

UNIVERSIDAD
SIGLO



La educación evoluciona

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN.

MUERTE DIGNA EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA.

Protección de los derechos del paciente o legalización de la eutanasia.

Carrera: Abogacía.

Alumno: Diego Catuogno.

Legajo: VABG25462.

Tutora: María Belén Gulli

Agradecimientos.

A Dios, por brindarme la vida, con salud y libertad para poder concretar mis sueños y objetivos.

A mis padres por haberme educado, aconsejado y permitirme ser la persona que soy.

A mi hermano, por estar siempre a mi lado, junto con Fernanda, su pareja. A mis hermosos sobrinos, Bruno y Juliana, por alegrarme la existencia.

A mi novia, mi pareja, mi compañera de vida, inseparable, quien me apoyó en esta etapa, me alentó, me cuidó y dejó muchísimas cosas en segundo plano, en pos de mi carrera. Romina, sin tu ayuda, sin tus consejos, sin tu cariño no hubiese llegado a esta instancia. Te amo, sos mi vida, mi alegría, la persona que completa mi existencia.

No puedo olvidarme de mi cuñada Natalia, quien me ayudó y acompañó en esta instancia.

Y por último a mis amigos Maximiliano y Mónica, quienes me alentaron e insistieron para comenzar a estudiar esta interesante carrera.

Resumen.

Las leyes n° 26.529 y 26.742 tratan sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, y regulan, entre otras cosas, el acceso a la denominada “Muerte Digna”. El dictado de las mismas ha representado un gran avance en la materia, relacionado especialmente con los derechos de los pacientes en los difíciles momentos del final de la vida, resaltando la autonomía de la voluntad y la potestad de decidir sobre el propio cuerpo, todo esto consagrado constitucionalmente.

No obstante ello, desde la sanción de las citadas normas, se han generado ciertas controversias y debates, debido a que se tendrían por aceptadas o permitidas la realización de prácticas eutanásicas pasivas e involuntarias, expresamente prohibidas en nuestro derecho.

Por ello, el presente trabajo analiza las inconsistencias normativas que se presentan en las citadas leyes para determinar si se consiente la aplicación de la eutanasia en alguna de sus formas.

Abstract.

Laws Nos. 26.529 and 26.742 deal with the rights of the patient in their relationship with professionals and health institutions, and regulate, among other things, access to the so-called "Dignified Death". The dictation of those laws has represented a great step forward in the matter, especially related to the rights of patients in the difficult moments of the end of life, highlighting the autonomy of the will and the power to decide on one's own body, all this constitutionally consecrated. However, since the sanction of these laws, certain controversies and debates have been generated, because passive and involuntary euthanasia practices would be accepted or allowed to carry out, expressly forbidden in our law.

Therefore, this paper analyzes the normative inconsistencies that are presented in the aforementioned laws to determine whether the application of euthanasia is allowed in any of its forms.

Palabras clave: muerte digna; eutanasia, derechos del paciente, autodeterminación de la persona; rechazo de tratamientos médicos; soporte vital.

Keywords: dignified death; euthanasia, patient rights, self-determination of the person; rejection of medical treatments; vital support.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.	6
CAPÍTULO 1: Nociones previas. Definiciones.	11
1) Eutanasia.	11
2) Distanasia.	14
3) Ortotanasia. Muerte digna.	16
4) Otros conceptos importantes.	18
CAPÍTULO 2: Antecedentes constitucionales y legislativos. Jurisprudencia.	22
1) Constitución Nacional, tratados internacionales y código civil y comercial de la Nación.	22
2) Antecedentes legislativos.	25
a. Legislación provincial.	25
b. Legislación nacional.	28
3) Antecedentes jurisprudenciales.	32
CAPÍTULO 3: Análisis de las leyes n° 26.529 y 26.742.	40
1) Introducción.	40
2) Autonomía de la voluntad.	43
3) Consentimiento informado.	45
4) Directivas anticipadas.	49
5) Cuidados paliativos.	53

CAPÍTULO 4: Ley de muerte digna o ley de eutanasia.	55
1) Tratamientos ordinarios y extraordinarios.	55
2) Quita de alimentación e hidratación. Eutanasia pasiva.	57
3) Consentimiento informado por representación. Eutanasia involuntaria.	61
4) Directivas médicas. Solicitudes de eutanasia por adelantado.	64
5) Estado vegetativo persistente. Acceso a muerte digna.	67
6) Contradicciones normativas en las leyes nº 26.529 y 26.742.	70
CONCLUSIONES.	73
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	80
1) Doctrina.	80
a) Libros.	80
b) Revistas.	81
2) Legislación.	82
a) Internacional.	82
b) Nacional.	82
3) Jurisprudencia.	83
a) Nacional.	83
4) Otros.	83
Páginas web consultadas.	83

ANEXO.	84
1) Sumario de fallos más representativos.	84
a) Caso Bahamondez.	84
b) Caso Albarracini.	86
c) Caso D.,M.A.	88
<hr/>	
2) Ley n° 26.529 y ley n° 26.742.	91

Introducción.

El desarrollo tecnológico representa una constante en la historia de la humanidad y ha permitido, principalmente en las últimas décadas, un vertiginoso progreso en todos los campos. Estos avances han impactado en la sociedad de una manera muy impresionante, han transformado la vida de las personas y debido a ello, provocaron cambios significativos en las costumbres.

Es notable las ventajas que brindan los avances en la tecnología, especialmente en lo concerniente a la electrónica, la informática y las comunicaciones. Estos progresos son constantes e ininterrumpidos y asimismo, los beneficios obtenidos, se encuentran al alcance de la población en general en forma casi instantánea, desde su descubrimiento o experimentación.

Gran parte de las tecnologías actuales más importantes, como las citadas en el párrafo anterior, consisten en la aplicación práctica de las ciencias. Como consecuencia de ello, nos hemos beneficiado con el surgimiento de nuevos productos y materiales, que colaboran en satisfacer en forma más rápida y eficiente nuestras necesidades y deseos.

La medicina no es ajena a esa circunstancia y ha sido favorecida con notables avances tanto en la farmacología, con nuevas drogas que permiten tratar enfermedades que anteriormente revestían el carácter de incurables, como así también, en lo referente a nuevo equipamiento e instrumental específico. Todo ello ha posibilitado que se realicen estudios y prácticas médicas en forma más efectiva.

Asimismo, los distintos estudios y/o tratamientos que en algún momento resultaban extraordinarios, ya sea por su costo o bien por su complejidad, se han tornado accesibles para la mayor parte de la población.

Estos avances, sin embargo, no han aportado solo beneficios como los enunciados, que colaboran con la prolongación de la vida de las personas, sino también han logrado, en muchos casos, que ese alargamiento de la misma se realice en forma artificial e invasiva. Se incorpora entonces “cantidad de vida” y no “calidad de vida”.

Por ejemplo, debido al avance tecnológico comentado, se recuperan para la vida a pacientes que antes morían irremediablemente. Pero debido a los procedimientos utilizados (resucitación cardiopulmonar, drogas específicas, etc), se multiplican nuevos

tratamientos que conducen a una sucesión a veces interminable de más y mayores incomodidades, nuevos sufrimientos y pérdida de la conciencia, entre otras situaciones.

El contexto descrito no resulta beneficioso para el paciente que se encuentra en estado terminal, en la última etapa de su vida, ni para sus familiares y allegados. Por el contrario, se le provoca un sufrimiento agravado, innecesario, afectando fundamentalmente la dignidad de la persona y de su entorno cercano.

Esta situación dista de ser extraordinaria y por ello se han realizado numerosas presentaciones judiciales, mediante las cuales se requiere, por ejemplo, la interrupción de alimentación e hidratación, la quita de soporte vital (respiradores artificiales), la suspensión o negativa de ciertos tratamientos, entre otras cosas, a pacientes en estado terminal, que padecen enfermedades incurables. Todo ello motivado por la afectación de diversos derechos, consagrados constitucionalmente.

La jurisprudencia ha receptado, de forma progresiva, los casos planteados, y ha hecho lugar a las peticiones que efectuaron las personas afectadas o sus representantes. Todo ello, a pesar de la falta de legislación específica que contemplara las circunstancias descritas. Sin embargo, es dable mencionar que los derechos humanos y personalísimos involucrados en la temática planteada, se encuentran consagrados en nuestra Constitución Nacional y en los numerosos tratados internacionales suscriptos por nuestro país.

Por todas estas situaciones, el derecho debía escuchar los reclamos de la sociedad y por ende adaptarse a la nueva realidad. Es así que luego de esos pedidos, que reflejaban en gran parte la problemática detallada anteriormente, y como resultado de un amplio debate, se dictó la ley n° 26.529, denominada –“Ley de Derechos del Paciente” y posteriormente la ley n° 26.742, conocida como “Ley de Muerte Digna”, modificatoria de la anterior.

Las citadas leyes, básicamente, tienen la finalidad de proteger la dignidad de la persona en supuestos casos de enfermedad definidos en la normativa, asegurar la autonomía del paciente y el respeto a su voluntad. Se le concede al enfermo terminal, bajo ciertas circunstancias, la posibilidad de aceptar o rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación y reanimación artificial, cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría.

Se reglamenta también la historia clínica de los pacientes en forma obligatoria, el denominado consentimiento informado y se crea la figura de las directivas anticipadas y la obligación de brindar cuidados paliativos. Cabe resaltar que se prohíben las prácticas eutanásicas, aunque no define dicho término, ni explica qué se entiende por la realización de las mismas.

No obstante lo expuesto y pese al avance que significó la sanción de esas leyes, existe una gran controversia con relación a ciertos temas legislados, como ser la posibilidad de poder renunciar a la alimentación e hidratación (en ciertas condiciones). Misma situación generó la solución propuesta en los supuestos de incapacidad o imposibilidad de brindar el consentimiento informado por parte del interesado, que no haya generado directivas anticipadas.

Cabe señalar, que permitir el tipo de conductas antes citadas, constituiría la realización de prácticas eutanásicas, las cuales están prohibidas en nuestro derecho. En el primero de los casos ejemplificados en el párrafo precedente, se trataría de una eutanasia pasiva voluntaria, y en el restante, estamos frente a la comisión de una eutanasia pasiva involuntaria, debido a la incapacidad por parte del paciente, de tomar las decisiones pertinentes.

Entonces, la ley que trata sobre los derechos de los pacientes y su modificatoria, conocida como ley de muerte digna ¿permite la realización de prácticas eutanásicas en alguna de sus formas? De ser así, ¿estamos frente a una antinomia o contradicción normativa?

Es dable mencionar que la doctrina ha elaborado numerosos trabajos, con el propósito de interpretar y explicar la normativa citada anteriormente, su alcance y sus falencias. De esas acciones han surgido numerosas críticas, principalmente con los temas controvertidos *ut supra* citados, relacionadas con esa grave problemática.

Por ello, este trabajo de investigación tiene como finalidad demostrar si lo instaurado en las leyes n° 26.529 y 26.742, permite la realización de prácticas eutanásicas, en algunas de sus formas, las cuales se encuentran expresamente prohibidas por el plexo normativo. Esta situación constituiría entonces una antinomia o contradicción normativa. Se pretende probar si estamos frente a una legislación que protege los derechos del paciente o bien, de manera indirecta y en contradicción a lo

establecido en una parte de la misma, permite o consiente la finalización de la vida en forma artificial y anticipada. ¿Se ha legalizado la eutanasia, en forma indirecta, en nuestro país?

Cabe citar que para poder cumplir el objetivo de este trabajo de investigación, se realizará previamente un análisis integral de la normativa, a efectos de conocer su efectivo alcance. De esta manera se podrán detectar las contradicciones en que la misma incurre, *a prima facie*, debido a lo expuesto precedentemente.

Por último se señalarán los aspectos y casos que las leyes analizadas no contemplan, a fin de generar, desde este ámbito, un nuevo debate y tal vez el impulso de nuevas reformas legislativas que permitan brindar respuestas a las inquietudes que se plantean en esta investigación. De esta forma, se podrá contar con un marco normativo superador del actual, que a su vez resulte más comprensible para el público en general, al cual apunta, y permita su rápida aplicación, evitando la judicialización de los casos que se presenten.

La delimitación temporal de la investigación se divide en dos partes. La primera desde el año 1993, cuando se dictó sentencia en el denominado caso Bahamondez, momento en que comienza a priorizarse la autonomía de la voluntad de los pacientes sobre el derecho a la salud en forma absoluta, hasta el año 2009, cuando se dictó la ley n° 26.529. La siguiente etapa abarca desde ese momento hasta el presente, donde el principio mencionado toma un protagonismo muy importante, con ciertas limitaciones.

Para una mejor comprensión del trabajo de investigación, se dividirá al mismo en tres partes. La primera parte, conformada por los capítulos 1 y 2, es de carácter introductorio. En el capítulo 1 se desarrollarán los conceptos principales que se utilizarán a lo largo de toda la investigación, como ser, a modo de ejemplo, eutanasia, distanasia y muerte digna, de fundamental importancia para la futura comprensión de los temas tratados en los capítulos posteriores.

En el capítulo 2, se realizará una enumeración y explicación del marco normativo vigente aplicable tanto nacional como provincial. Estos últimos antecedentes, han sido impulsores, en cierta medida, de la legislación nacional. También se mencionará la jurisprudencia estudiada, a fin de conocer los criterios expuestos por los distintos

tribunales, ante las controversias suscitadas, tanto anteriores como posteriores al dictado de las leyes n° 26.529 y 26.742.

La segunda parte está conformada por el capítulo 3, donde se realiza el tratamiento específico del tema objeto de esta investigación, y se analiza cada uno de los supuestos contemplados en el marco normativo que se citó en el capítulo 2, en forma detallada, con el propósito de explicar su alcance e implicancia. También se aportarán las elaboraciones doctrinarias específicas.

La tercera y última parte, corresponde a los temas tratados en el capítulo 4. En el mismo, luego del análisis efectuado en el capítulo anterior, se tratará de determinar, si la normativa vigente permite la realización de prácticas eutanásicas prohibidas en algunos de los supuestos analizados. Se citarán los principales argumentos e interpretaciones efectuadas por la doctrina en cada caso. Se expondrán también las contradicciones que surgen del análisis de la normativa y los problemas de aplicación de algunas de las soluciones legisladas.

Posteriormente y de acuerdo a todo lo desarrollado en los capítulos 1 al 4, se elaborarán las conclusiones finales, las cuales intentarán aclarar y dar respuesta a las cuestiones planteadas oportunamente en el problema de esta investigación.

Capítulo 1.

Nociones previas. Definiciones.

En este capítulo se van a explicar términos y conceptos fundamentales, a efectos de comprender acabadamente la temática a desarrollar en este trabajo de investigación. Esas definiciones serán de suma utilidad para la adecuada comprensión de lo establecido en las distintas leyes, decretos y reglamentaciones vigentes aplicable a la materia analizada.

La terminología utilizada en la normativa no es de uso corriente por gran parte de la comunidad, ajena a la medicina y al derecho, por lo que es imprescindible su comprensión para poder avanzar y profundizar los temas a tratar. Caso contrario no se podrán interpretar adecuadamente los problemas ni detectar las contradicciones que se van a exponer y muchos menos las conclusiones a las que se arribarán al final del trabajo.

En razón de lo expuesto, se van a definir los conceptos de eutanasia y sus distintas clasificaciones, de distanasia, de ortotonasia, de muerte digna y otros que se relacionen directa o indirectamente con los citados. En este último grupo, se incluye el significado de tratamiento fútil, cuidados paliativos, estado vegetativo persistente, soporte vital, estado terminal y sedación.

1) Eutanasia.

Según la Real Academia Española¹, eutanasia viene del latín científico “euthanasia” y del griego “εὐθανασία” (euthanasía) que quiere decir muerte dulce y la define como la acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes, acelere su muerte con o sin su consentimiento. Médicamente corresponde a la muerte sin sufrimiento físico y sin padecimiento.

¹ Fuente: “Real academia española”. Recuperado el 10/10/2017 de <http://www.rae.es/>.

Sambrizzi (2005) manifiesta que el filósofo y político inglés Francis Bacon fue quien se aproximó por primera vez al término eutanasia tal como se lo entiende en la actualidad, cuando expresó que le compete al médico proporcionar la salud y suavizar las penas y los dolores, no solo cuando se pueda llegar a la curación, sino cuando pueda servir para procurar una muerte tranquila y fácil.

La eutanasia es la “terminación deliberada y sin dolor de la vida de una persona afectada por una enfermedad incurable y progresiva que conduce inexorablemente a la muerte.” (Gafo, citado por Sambrizzi, 2005, p.10)

Dicho autor agrega que para que se configure esa terminación deliberada, se debe tener en cuenta que:

- a) se realiza por compasión;
- b) se aplica a una persona que padece una enfermedad incurable y de tal entidad que la conduce de forma inexorable a la muerte, la que puede ser o no inminente;
- c) la terminación de la vida debe ser indolora y generalmente por la administración de una dosis letal de algún fármaco o combinación de ellos;
- d) la administración de la dosis citada es generalmente administrada por un médico;
- e) puede ser voluntaria o no, según haya sido solicitado por el enfermo.

Entonces, para que se configure la eutanasia, se debe contar con la voluntad de un paciente que padece una enfermedad incurable, en estado terminal, con un gran sufrimiento físico y psíquico. Es necesaria la intervención de un tercero, quien ejecuta u omite una determinada acción, la cual provoca, directa o indirectamente, la muerte del enfermo, sin provocar dolor.

En la actualidad, existen numerosas maneras de clasificar a la eutanasia. No obstante ello, se realizará una descripción de los tipos principales, dejando de lado, por no ser objeto de este trabajo de investigación, a la denominada eutanasia eugenésica, que consiste en la eliminación indolora de individuos deformes, con discapacidades físicas o psíquicas, con el objeto de la mejora de la raza humana.

En primera instancia, de acuerdo a la acción ejercida o conducta desplegada, se clasifica a la eutanasia en activa o por comisión y en pasiva o por omisión. La denominada activa se caracteriza por la acción positiva de una determinada persona que provoca la muerte del paciente. En cambio, en la segunda se omite deliberadamente la

provisión de cuidados o de medidas curativas necesarias para que el paciente continúe con vida.

Es decir, la primera clasificación se caracteriza entonces por un *facere* (hacer) del sujeto que dispone sobre el paciente. En cambio, en el segundo tipo de eutanasia citada, estamos frente a un *non facere* (no hacer), que significa la omisión de proveer a un paciente la terapia o tratamiento que corresponde.

Cabe aclarar que, este último caso puede consistir en la no iniciación de algún tratamiento médico, la no administración de una medicación o en la interrupción de un tratamiento oportunamente iniciado. Esta eutanasia, en su forma pasiva, está dirigida a hacer morir y no a dejar morir. Esta última acción (dejar morir) constituye la denominada ortotanasia, que se definirá más adelante.

La eutanasia activa directa consiste en la acción ejercida directamente sobre el cuerpo del paciente. En cambio, la eutanasia activa indirecta se trata del accionar voluntario del médico, orientado a paliar los sufrimientos del enfermo y que como consecuencia de ello, se produce el acortamiento de la vida.

La eutanasia pasiva directa es la omisión dirigida hacia el paciente para obtener la muerte del mismo. Por su parte, la eutanasia pasiva indirecta corresponde a aquella conducta omisiva, por parte del médico, que produce los efectos necesarios para que con el desarrollo natural de las cosas, se produzca la muerte del paciente.

De acuerdo a la voluntad del paciente, podemos clasificar la eutanasia en voluntaria e involuntaria. La primera se configura cuando se lleva a cabo con el consentimiento expreso y directo del paciente, aún si éste se hubiese realizado en forma anticipada y la segunda, cuando es practicada sin el consentimiento del mismo, por resultar imposible la obtención de su voluntad, por ejemplo por encontrarse, en coma o sin la capacidad de ejercicio.

Es importante no confundir al suicidio asistido con la eutanasia activa. En el suicidio asistido se ayuda e informa a la persona acerca de las distintas maneras de terminar con su vida, en forma rápida e indolora. Es un asesoramiento profesional, donde generalmente un médico aporta su conocimiento científico, para que la misma persona ejecute el acto (auto ejecución) y termine con su propia vida.

Asimismo debemos distinguir el concepto de eutanasia del correspondiente al homicidio piadoso, también denominado misericordioso o altruista. Mediante ese acto se pone fin a la vida de algún ser querido, para evitar su sufrimiento. Puede provenir de una decisión unilateral, es decir, se puede ejecutar aún en contra de la voluntad de la víctima o bien puede ser convenida entre las partes con anterioridad.

Todas las prácticas enunciadas en los párrafos precedentes están prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico. Tanto la eutanasia, en cualquiera de sus formas, como el homicidio piadoso, quedan comprendidos en el tipo penal de homicidio del código penal. El artículo 79° del mismo establece que *“se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.”*

Por su parte, el suicidio asistido, ya sea ejecutado por un profesional de la medicina o no, quedaría punido por lo establecido en el artículo 83° del código penal. Dicho artículo estipula que *“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.”*

2) **Distanasia.**

Por otra parte, y *contrario sensu* a la eutanasia, la distanasia (dis: malo, y thanatos: muerte) implica el ensañamiento o encarnizamiento terapéutico. En este supuesto se emplean medios y métodos que no son proporcionales a la enfermedad padecida, con el único propósito de retrasar lo inevitable.

Lo expuesto surge como consecuencia de los grandes avances tecnológicos aplicados a la ciencia médica, que no sólo han logrado el efecto deseado de prolongar la vida y la calidad de la misma, sino también han generado tratamientos y prácticas médicas muy invasivas. Todo ello genera sufrimiento y padecimiento al paciente, sin asegurar resultados positivos que permitan la evolución del estado de salud del mismo.

Estas prácticas médicas no benefician al paciente en su última fase de la vida y pueden, inclusive, provocar daños y mayor sufrimiento al mismo, que agrava su situación. Lo único que se persigue en esta circunstancia no es la cura, sino la aplicación

de la totalidad de los medios que existan al alcance de la ciencia médica, para mantener con vida a una persona. (Sambrizzi, 2005)

Muchas veces, las conductas descriptas pueden conducir a la utilización del enfermo como objeto de posibles experimentos científicos, obviamente sin su consentimiento. La aplicación de las prácticas citadas puede tener también un trasfondo económico, que permite el enriquecimiento de instituciones privadas relacionadas con el cuidado de la salud, que aplican métodos y tratamientos invasivos y dolorosos con esa finalidad, lejana al deber de los médicos, de curar y cuidar al enfermo.

Todo lo expuesto viola el principio de proporción entre costo y beneficio de esas prácticas, dado que se exigen esfuerzos y gastos totalmente desmesurados sin resultados positivos. Solo se conserva la vida por un breve período de tiempo, en el mejor de los casos, en condiciones vergonzantes para el paciente, afectando su dignidad. (Pizzolo, 2012).

En definitiva la distanasia consiste en el “alargamiento en forma innecesaria y artificial, además de contraproducente, de la vida de una persona, lo cual en fondo resulta del hecho –ciertamente irracional- de la no aceptación de la muerte como una circunstancia inevitable en la vida del hombre” (Sambrizzi, 2005, p.189).

Esa prolongación exagerada y desmedida del proceso de morir por la utilización de tratamientos extraordinarios y desproporcionados es el resultado de la obstinación médica que supera su obligación de cuidar, curar y prolongar la vida. De esta conducta solo se logra que se prolongue una agonía y no la vida misma.

No obstante todo lo expuesto, existen casos especiales que admiten ciertos tratamientos para la preservación de la vida. Por ejemplo, cuando una paciente terminal se encuentra embarazada, supuesto en el cual deben continuar los cuidados, aún extraordinarios e invasivos, para preservar la vida del feto, de la persona por nacer. Este razonamiento también es válido cuando se deben conservar los órganos del paciente para su posterior trasplante a otra persona. (Sambrizzi, 2005)

3) **Ortotanasia. Muerte digna.**

Con el término ortotanasia (orthos: correcta, thanathos: muerte) definimos a la muerte correcta, a su debido tiempo, sin provocarla o adelantarla, pero sin que tampoco se la prolongue en situaciones extenuantes para el enfermo. (Sambrizzi, 2005).

Cuando un paciente sufre una enfermedad terminal e irreversible, la ortotanasia consiste en dejar morir a tiempo, sin emplear medios desproporcionados. Solo se le brinda al enfermo cuidados paliativos, consuelos, en pos de reducir el sufrimiento físico y psíquico que esa situación provoca.

Corresponde entonces a la muerte con todos los alivios médicos posibles y adecuados (calmantes, sedantes) y obviamente también con el apoyo moral y afectivo pertinente, que conjuntamente permiten apaciguar el padecimiento físico y psíquico del paciente. Se debe respetar la voluntad del mismo y permitir que la enfermedad o situación que lo está llevando a la muerte, lo deje morir en paz. (Sambrizzi, 2012)

Como se desprende de lo expuesto en los párrafos precedentes, la ortotanasia está íntimamente relacionada con el concepto de “Muerte Digna” establecido en nuestro ordenamiento jurídico, tal como se expondrá en los capítulos siguientes.

La muerte digna es el concepto que permite designar el derecho que ostenta todo paciente que padece una enfermedad irreversible e incurable y que se halla en un estado de salud terminal, de decidir y manifestar su deseo de rechazar ciertos procedimientos médicos. Estos comprenden tratamientos quirúrgicos invasivos, de hidratación, de alimentación y hasta de reanimación por vía artificial, por resultar los mismos extraordinarios y desproporcionados en relación a la perspectiva de mejora.

Tal como existe un derecho a la vida, consagrado en nuestra Constitución Nacional, también existe el derecho a tener una muerte digna. Para el correcto ejercicio de este derecho intervienen varios aspectos, entre los que podemos destacar el de morir con el apoyo de cuidados paliativos, en un ambiente confortable, sereno, acompañado de seres queridos. (Sambrizzi, 2012)

Por ello, al paciente lo asiste el derecho de requerir la aplicación de cuidados paliativos y el derecho a oponerse a tratamientos extenuantes y desproporcionados. Se

incluye también el derecho a negarse a ser objeto de investigaciones científicas, tanto en forma directa como indirecta.

Sambrizzi (2012), define muy claramente los derechos de las personas para que se configure la denominada muerte digna. Ellos son: el derecho a morir en un ambiente de paz y serenidad, el derecho a oponerse que se ponga fin a su vida sin su conformidad, el derecho a no ser objeto de tratamientos desproporcionados y el derecho a recibir cuidados paliativos.

Garay (2013), por su parte, sobre el mismo tema, manifiesta que se deben verificar el cumplimiento de tres principios, a saber:

- a) Principio de beneficencia: el equipo de salud debe procurar beneficiar al paciente.
- b) Principio de no maleficencia: no se deben usar indiscriminadamente todos los medios. Los mismos deben ser razonables desde el punto de vista médico. No se debe hacer daño al enfermo.
- c) Principio de autonomía: se debe consultar al paciente y respetar su voluntad.

Tenemos que tener en claro que el derecho a una muerte digna no es el derecho a morir, dado que la ejecución de esto último implicaría eutanasia en cualquiera de las formas antes descriptas. El derecho a la muerte digna refleja el deseo de cómo morir, no cuando morir, es decir, es la elección del camino, de la forma de transitar los últimos momentos de la existencia humana, en la forma más placentera posible. (Garay, 2013)

Entonces, se puede resaltar que todo ser humano cuenta con el derecho de elegir o exigir una muerte a su tiempo (ortotanasia), sin abreviaciones o interrupciones (eutanasia), ni prolongaciones crueles, obstinadas y dolorosas (distanasia). La muerte se concreta en forma correcta, la cual resultará del paso del tiempo y de la patología que el paciente padece, mediante la abstención de tratamientos invasivos, desproporcionados y fútiles. (Blanco, 2008).

Entonces, se puede asegurar que el objetivo final de acceder a una muerte digna es conseguir la mejor calidad de vida posible y la máxima autonomía del paciente y su familia. Se deben establecer todo tipo de cuidados en la etapa final que no aceleren bajo ningún concepto el proceso de muerte, lo cual constituiría eutanasia (ver definiciones más arriba). Tampoco se debe retrasarla en forma artificial o mediante la aplicación de

tratamientos desmesurados, desproporcionados e invasivos, actos que representarían la ya definida distanasia.

4) **Otros conceptos importantes.**

A continuación se explicará el significado del concepto de muerte, de estado vegetativo persistente, de cuidados paliativos, de estado crítico de un paciente, de soporte vital y por último que se entiende por tratamiento fútil. Todo ello, teniendo en cuenta que son conceptos fundamentales para la correcta interpretación de la normativa relacionada con el tema de esta investigación.

Gherardi (2006), explica que el **estado vegetativo persistente (EVP)** es una condición neurológica irreversible que afecta los centros superiores de la corteza cerebral impidiendo toda capacidad y contenido de la conciencia. Existe supresión absoluta de las emociones, la comunicación y la afectividad.

La **muerte cerebral** es definida como “el cese irreversible de los hemisferios cerebrales y el tallo cerebral, constituyendo la pérdida irreversible de función de las células cerebrales” (Delgado, 2012, p.86).

En cambio la **muerte encefálica** se define como “el cese irreversible de la actividad vital de todo el encéfalo incluido el tallo cerebral, estructura más baja del encéfalo encargada de la gran mayoría de las funciones vitales”. (Delgado, 2012 p. 86 – 87). Esta última situación se comprueba mediante protocolos clínicos neurológicos perfectamente definidos y sostenidos por pruebas especializadas.

La ley n° 24.193 denominada “Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos” define el momento exacto de la muerte de la persona. Se establece ese diagnóstico bajo criterios neurológicos, cuando cesan irreversiblemente las funciones del encéfalo y los signos vitales del paciente se mantienen sólo con la ayuda de medios externos artificiales.

El artículo 23° de dicha ley establece que 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 Organización Mundial de la Salud (OMS)², en su reporte del año 1990, define a los **cuidados paliativos** como “*el cuidado total, activo y continuado de los pacientes y sus familias por un equipo multiprofesional cuando la expectativa médica no es la curación. El control del dolor y de otros síntomas y de problemas psicológicos, sociales y espiritual es primordial*”. Los cuidados paliativos, según esa organización:

- alivian el dolor y otros síntomas angustiantes;
- afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal;
- no intentan ni acelerar ni retrasar la muerte;
- integran los aspectos psicológicos y espirituales del cuidado del paciente;
- ofrecen un sistema de apoyo para ayudar a los pacientes a vivir tan activamente como sea posible hasta la muerte;
- ofrecen un sistema de apoyo para ayudar a la familia a adaptarse durante la enfermedad del paciente y en su propio duelo;
- utilizan un enfoque de equipo para responder a las necesidades de los pacientes y sus familias, incluido el apoyo emocional en el duelo, cuando esté indicado;
- mejoran la calidad de vida, y pueden también influir positivamente en el curso de la enfermedad;

² Fuente: “Organización Mundial de la Salud OMS”. *Cuidados paliativos*. Recuperado el 27/10/2017 de: <http://www.who.int/cancer/palliative/es/>

- pueden dispensarse en una fase inicial de la enfermedad, junto con otros tratamientos que pueden prolongar la vida, como la quimioterapia o la radioterapia, e incluyen las investigaciones necesarias para comprender y manejar mejor complicaciones clínicas angustiosas.

La mencionada organización expresa que los elementos que definen la necesidad de intervención del equipo médico de cuidados paliativos son:

- presencia de una enfermedad avanzada y progresiva, sin posibilidades razonables de respuesta a un tratamiento curativo específico.
- presencia de síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes.
- gran impacto emocional en pacientes, familia y equipo terapéutico.
- pronóstico de vida habitualmente inferior a 6 meses.

Otras definiciones muy necesarias para la comprensión del tema a tratar y de la legislación aplicada son la de estado crítico de un paciente y la de soporte vital.

Se define al **estado crítico** de un paciente grave como “la existencia actual o probable de una alteración en la función de uno o varios órganos o sistemas, situación que puede comprometer su supervivencia en algún momento de su evolución, por lo que la muerte resulta siempre una alternativa posible”. (Gherardi, 2006, p.216)

El paciente crítico es “aquel que se encuentra comprometida su supervivencia en un tiempo eventualmente cercano, debido a las alteraciones de una a más funciones de sus órganos o sistemas.” (Farías, 2007, p.126)

El diagnóstico de estado crítico implica que se le otorguen al paciente cuidados especiales, más rigurosos y con estricto seguimiento de los profesionales de la medicina intervinientes. Generalmente implica el traslado del paciente a una unidad de terapia intensiva donde todo está preparado para la correcta atención en tiempo y forma del enfermo y para la utilización de los procedimientos asistenciales tanto instrumentales o farmacológicos que la situación amerita. (Gherardi, 2006).

Esos procedimientos, llamados de sostén o soporte vital implican la sustitución o el apoyo de funciones de órganos o sistemas cuya afectación pone efectivamente en peligro la vida. En ellos se incluyen no sólo a los de gran sofisticación como los respiradores mecánicos, oxigenación extracorpórea o diálisis sino también muchos otros

como la terapéutica farmacológica vasopresora, quimioterapia, antibióticos o nutrición e hidratación parenteral (Gherardi, 2006).

También es muy importante conocer que un **tratamiento fútil** es aquel que no va a alcanzar las metas terapéuticas, ya que el fin terapéutico en ese enfermo se ha tornado imposible. Esta futilidad terapéutica puede entenderse de varias formas, como el fracaso para prolongar una vida en condiciones dignas, para satisfacer los deseos o los pedidos del paciente, para lograr que los medicamentos tengan los efectos fisiológicos esperables o para obtener resultados terapéuticos que sean racionalmente aceptables. (Cataldi Amatriain, 2003).

Por último definiremos a la **sedación**, la cual consiste en la administración de ciertos fármacos, que en determinadas dosis y combinaciones, reducen la conciencia del paciente, con la finalidad de lograr el alivio de sus graves padecimientos físicos, debido a una enfermedad incurable y terminal. La muerte en estos casos se prevé muy próxima y cabe resaltar que se necesita el previo consentimiento informado para proceder de la forma descrita (Farías, 2007).

Con las definiciones de los distintos términos efectuadas y explicadas a lo largo de este capítulo, podremos avanzar en la temática del trabajo, y de esta manera, se podrá interpretar y comprender lo establecido en las leyes, decretos y en la doctrina aplicable, que se menciona en esta investigación.

Capítulo 2.

Antecedentes constitucionales y legislativos. Jurisprudencia.

En este capítulo vamos a detallar el marco normativo del tema objeto de estudio. Se mencionará lo establecido en nuestra Constitución Nacional y en los diversos tratados internacionales que con rango constitucional han sido incorporados la misma, de acuerdo a la reforma efectuada en el año 1994. Luego se expondrá lo establecido en el código civil y comercial de la Nación y en las leyes nacionales y provinciales vigentes.

Toda esta breve reseña histórica pretende el inicio del abordaje del tema investigado. En esta instancia es imprescindible haber comprendido las definiciones y el significado de los términos obrantes en el capítulo anterior.

Tanto en los tratados que se mencionarán seguidamente, como en la Constitución Nacional y en el nuevo código civil y comercial de la Nación, se reconoce el derecho a la vida, a la dignidad y a la autonomía de la persona humana. Estos derechos son claves para el desarrollo de esta investigación y han dado origen a la sanción de las leyes que se mencionarán más adelante, aunque su reconocimiento es anterior, tal como lo demostrará la jurisprudencia consultada y expuesta en el punto correspondiente.

Armesto (2013, p.18) ha afirmado que “debe respetarse la voluntad y opinión de la persona, a decidir su plan de vida, y como ésta desea vivir hasta el último minuto de su vida”. El mismo autor asegura entonces que se debe reconocer la dignidad de la persona y respetar sus derechos desde la concepción misma hasta el último instante de su vida.

1) Constitución Nacional, tratados internacionales y nuevo código civil y comercial de la Nación.

La Constitución Nacional consagra el derecho a la vida en diversos artículos. En la reforma de 1994, los tratados internacionales sobre derechos humanos, entre otros, obtuvieron jerarquía constitucional, a través de lo establecido en el artículo 75°, inciso 22.

El artículo 14° de nuestra carta magna reconoce el derecho al ejercicio de la voluntad, donde establece que *“todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: ... de profesar libremente su culto...”*. Por su parte el artículo 19° establece que *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*

El artículo 28° de la misma establece que *“los principios, derechos y garantías reconocidos en su texto, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”*. Por último, en lo que a nuestra Constitución respecta, cabe mencionar lo establecido en el artículo 33°, donde expresamente manifiesta que los derechos y garantías que ella enumera no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados.

En los tratados internacionales podemos encontrar numerosas declaraciones que reconocen la protección de la vida, de la dignidad, de la libertad y de la autonomía de la persona. Podemos citar, en primer lugar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) donde en el artículo 5°, inciso 1 se establece que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*.

El artículo 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que *“Nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*. Por otra parte, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su parte III, artículo 7°, establece que: *“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”*.

En el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se estipula que *“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.”*

Por otra parte, el nuevo código civil y comercial de la Nación reconoce ampliamente los derechos personalísimos. El artículo 51° enuncia que “...*la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*”. El artículo 55° del mismo manifiesta que “*el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable*”.

El artículo 58° establece que la investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumplen con una cantidad de requisitos allí enunciados. Por otra parte, y ya con relación al tema específico de esta investigación, en los artículos 59° y 60° se receptan las figuras del consentimiento informado y de directivas médicas anticipadas, respectivamente, conceptos que serán ampliados en capítulos siguientes.

Cabe destacar que el artículo 26° del citado código efectúa importantes modificaciones en temas relacionados con la capacidad de los menores en relación a temas vinculados con el cuidado de su propio cuerpo y de su salud.

El mencionado artículo estipula que el adolescente entre 13 y 16 años, tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Asimismo, de tratarse de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. Por último, se establece que a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Se incorpora entonces la denominada autonomía progresiva del menor, que toma al niño como sujeto de derecho, respetando su interés superior de acuerdo con la legislación nacional e internacional y lo hace partícipe en los actos personalísimos que se relacionan con los aspectos relacionados con su propio cuerpo y por ende, por su salud.

2) Antecedentes legislativos.

i) **Legislación provincial.**

Los temas relacionados con el derecho a la salud no son materia delegada por las provincias al gobierno federal, motivo por el cual cada estado provincial puede dictar leyes propias de la temática analizada.

Por ello, hasta el dictado de las leyes n° 26.529 y 26.742, a nivel nacional, de la cual hablaremos más adelante, las provincias de Río Negro y Neuquén dictaron leyes que se encargaron del vacío normativo sobre el tema existente hasta ese momento.

La ley n° 4.264 fue dictada en el año 2007, por la legislatura de la provincia de Río Negro. La misma tiene por objeto principal el respeto a la calidad de vida y a la dignidad de enfermos terminales.

Es dable destacar que Río Negro fue la primera provincia en dictar una ley acerca del tema tratado. Como consecuencia de ello, se constituyó en uno de los antecedentes que posteriormente dieron forma a la legislación de orden nacional, que analizaremos próximamente.

La citada ley estableció en su artículo 2° que *“Toda persona que padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación, informada en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial, cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y sufrimiento desmesurado”*.

Asimismo establecía la validez de toda manifestación previa de la voluntad de las personas realizada en instrumento público, ante un escribano, haciendo uso de los derechos establecidos precedentemente, descriptos *ut supra*. Esas manifestaciones pueden ser revocables únicamente por quien las manifestó.

Por último, es destacable que esa normativa provincial estableció que la persona que hiciese valer la autonomía de la voluntad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2°, no puede ser privada de aquellas medidas y acciones tendientes al confort y control

de síntomas, para el adecuado control y alivio del dolor y el sufrimiento. Como se desprende del texto mencionado, estamos en presencia de los denominados cuidados paliativos.

En la provincia del Neuquén y ante una situación similar a la suscitada en la provincia de Río Negro, se dictó la ley n° 2.611, en el año 2008. Esta ley, conocida como “Derechos del Paciente”, establece los derechos y obligaciones de los pacientes, entre los cuales se incluye el de “Muerte Digna”.

Cabe señalar, no obstante, que nada se dice en esta norma, a diferencia de la dictada en la provincia de Río Negro, con relación a la responsabilidad (administrativa, civil y penal) que puede caberle a los médicos intervinientes en el proceso.

El artículo 4°, inciso b) establece el derecho a resguardar la dignidad de la persona sana o enferma y el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad. El inciso e) trata sobre el derecho que posee todo paciente a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley.

Es de destacar la redacción del inciso o), donde se estipula que *“al respeto por la vida corresponde el respeto por la muerte, los pacientes tienen derecho a decidir en forma previa, libre y fehaciente la voluntad de no prolongar artificialmente su vida a través de medios extraordinarios y/o desproporcionados y a que se reduzcan progresiva y/o irremediablemente su nivel de conciencia..”*

Por último, el artículo 13° establece el derecho que posee el paciente a manifestar sus instrucciones previamente (unas directivas anticipadas) que van a ser observadas por los servicios de salud. No obstante ello, se aclara que no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

A nivel provincial y posteriormente al dictado de las leyes nacionales, varias provincias han sancionado leyes sobre la temática tratada en el presente. Cabe destacar en esta instancia que la norma correspondiente a la provincia de Córdoba se destaca sobre las demás, debido a ciertas particularidades que se detallarán a continuación.

El 16 de mayo de 2012, en la citada provincia, se sancionó la ley n° 10.058, denominada “Declaración de Voluntad Anticipada de Muerte Digna.” La misma tiene por objeto establecer, regular y garantizar el derecho que tiene cualquier persona con plena capacidad de obrar a decidir en forma anticipada su voluntad respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos o procedimientos médicos de encarnizamiento terapéutico que pretendan prolongar de manera indigna su vida.

Asimismo posibilita el derecho a efectuar directivas médicas anticipadas, pero prohíbe expresamente la aplicación de la misma en el caso de mujeres embarazadas, cuando en ese estado, padeciera una situación de enfermedad terminal. Dicha situación se contempla en el artículo 23° de la ley, que establece “.- *Mujeres embarazadas. En el caso de que la declarante fuese una mujer embarazada y en ese estado padeciera una situación de enfermedad terminal, la Declaración de Voluntad Anticipada (DVA) quedará suspendida hasta finalizado el período de gestación*”.

Como se ve, se respeta el derecho de las personas por nacer, en la situación descripta. Este supuesto no ha sido contemplado en ninguna de las legislaciones provinciales antes mencionadas ni en las nacionales, que se analizarán más adelante en este capítulo.

El texto provincial cordobés también indica expresamente que no podrán ser objetivo de las directivas aquellas disposiciones que impliquen el acortamiento intencional de la vida y tampoco pueden afectarse las medidas mínimas ordinarias (artículo 5, inciso g). En ese momento, se definieron a esas medidas mínimas como aquellas acciones tendientes a suministrar hidratación, higiene, oxigenación, nutrición y/o curaciones al paciente en etapa terminal.

Asimismo se creó el registro único de voluntades anticipadas dependiente del ministerio de salud de la provincia de Córdoba, en el que se inscribirán las declaraciones de voluntad anticipada (DVA) como así también su revocación. De esta manera centraliza y ordena administrativamente el uso de esa figura, para su correcta aplicación.

Se destaca que la normativa citada prohíbe la realización de conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida, la eutanasia o la provocación de la muerte por piedad.

Posteriormente, el 21 de diciembre de 2016, se sancionó la ley n° 10.421, modificatoria de la ley n° 10.058. Los cambios efectuados tuvieron como finalidad adecuar la norma provincial a lo establecido en el nuevo código civil y comercial de la Nación. Básicamente, una de las principales modificaciones radica en el cambio de la definición de las medidas mínimas ordinarias. Actualmente, la nueva normativa las detalla como las acciones tendientes a suministrar higiene y curaciones al paciente en etapa terminal.

Por lo tanto, con la sanción de la ley modificatoria citada en primer lugar en el párrafo precedente, se puede prescindir de la hidratación y alimentación, de la misma forma y en las mismas circunstancias que las establecidas en las leyes n° 26.529 y 26.742.

También se ha modificado la edad para poder efectuar la declaración de voluntad anticipada (DVA) junto al consentimiento informado. A partir de este momento, las personas con 16 años pueden acceder a esa declaración, en concordancia con los presupuestos contenidos en el artículo 26° del código civil y comercial de la Nación.

No obstante estos cambios, la legislación cordobesa, es, a mi entender, superadora de la legislación nacional, que se analizará siguientemente.

ii) Legislación nacional.

Como se expuso en el capítulo 1, en nuestro sistema jurídico, la eutanasia, en cualquiera de sus variantes, no se encuentra contemplada expresamente en nuestro código penal, por lo que se la asimila al tipo de homicidio simple, establecido en el artículo 79° del mismo. Por su parte, la asistencia al suicidio está tipificada en el artículo 83° del citado código.

Con relación a la legislación a nivel nacional, citaremos en primer lugar a la ley n° 17.132, del año 1967, denominada “Reglas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividad de Colaboración de las mismas”. En la citada, se regula el ejercicio de la medicina en nuestro país y en el artículo 19°, inciso 3) podemos encontrar un primer antecedente con relación al respeto de la voluntad del paciente y el consentimiento informado. El citado artículo establece que el médico debe “*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”.

Por otra parte, la ley n° 21.541 del año 1977 es el primer antecedente legislativo, donde en su artículo 21° se define a la muerte. Cabe señalar que esa definición se aplicaba a los fines del trasplante de órganos, que era la temática principal de esa norma.

Posteriormente se dictó la ley n° 23.464 del año 1987 y en 1993 se dicta la ley n° 24.193, a la que se denominó como “Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos”. En esta última es donde se determina el momento exacto de la muerte de la persona y se establece su diagnóstico bajo criterios neurológicos, cuando cesan irreversiblemente las funciones del encéfalo y los signos vitales del paciente se mantienen sólo con la ayuda de medios externos artificiales.

El artículo 23° de dicha ley establece cuando se considerará que una persona ha fallecido. Este tema fue tratado en el capítulo 1 de este trabajo, por lo que nos remitimos al mismo.

Recién en el año 2009 fue sancionada la ley n° 26.529 denominada “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”. En esta ley se establecen los derechos de los pacientes (trato digno y respetuoso, resguardo de la intimidad, confidencialidad, asistencia sin discriminación, interconsulta médica), se reglamenta la historia clínica de los mismos en forma obligatoria y se define el denominado consentimiento informado. Por último se establece la posibilidad de disponer de directivas anticipadas.

Asimismo, resalta la autonomía de la voluntad, destacándose lo establecido en el artículo 2°, inciso e), el cual expresa: *“Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 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 artículo 11° establece que *“..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.”

Es importante destacar en este punto que la ley analizada no define lo que se debe entender por prácticas eutanásicas. Esta falencia no será solucionada ni con el dictado de la ley modificatoria que se cita a continuación, ni con la publicación del decreto reglamentario de ambas normas.

Posteriormente, en el año 2012, se dicta la ley n° 26.742, la cual modifica su similar n° 26.529. Esta nueva ley es la que denominamos de “Muerte Digna” ya que incorpora, dentro de la autonomía de la voluntad del paciente, el derecho de poder decidir si acepta o rechaza un tratamiento que prolongue su vida de manera innecesaria, tal como lo establece el artículo 1°, inciso e), modificatorio del artículo 2° de la ley n° 26.529, el cual estipula: *“...el derecho del paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”*.

Existe una gran discusión sobre la posibilidad de renunciar a la alimentación e hidratación, bajo ciertas circunstancias. Es innegable que dejar de alimentar e hidratar a una persona provoca la muerte de la misma y en este caso, la causa del deceso no sería la enfermedad que padece la persona sino la inanición y la deshidratación. Todo ello constituiría una eutanasia pasiva, prohibida en el articulado de la norma.

La alimentación e hidratación de un paciente no pueden considerarse tratamientos médicos extraordinarios, sino acciones ordinarias para la vida, para su conservación. Son necesidades básicas de cualquier persona, se encuentre sana o enferma y deben suministrarse al paciente hasta el momento de su muerte, la cual debe presentarse en forma natural. Si se suspende la hidratación y la alimentación, se produce

la muerte del paciente, por inanición, constituyendo un acto de eutanasia por omisión (Sambrizzi, 2012).

Sobre el mismo tema, Padrón (2016) manifiesta que la alimentación y la hidratación son acciones básicas de cualquier ser vivo y ninguna enfermedad terminal, incurable e irreversible va a variar su curso o evitar el desenlace correspondiente a la muerte de la persona, debido a la suspensión de esas conductas.

No obstante lo expuesto, este tema controversial será analizado en profundidad en el capítulo 4 del trabajo.

Volviendo a la normativa, mediante el dictado de la ley n° 26.742 también se modificó el artículo 5°, incisos g) y h) de la ley n° 26.529, donde enumera los requisitos del consentimiento informado, y se establece la obligación, por parte de los profesionales médicos tratantes, de informar al paciente el derecho al rechazo de tratamientos, estudios, intervenciones quirúrgicas y a recibir los llamados cuidados paliativos.

Es decir el profesional médico debe obtener del paciente el consentimiento informado, luego de éste reciba la totalidad de la información, en forma clara y precisa, acerca de su estado de salud, del procedimiento o tratamiento propuesto, de sus riesgos y beneficios y de las consecuencias que pudiesen ocurrir, en caso de no realizarlos. Asimismo se incorpora el artículo 11° bis, el cual establece que ningún profesional que haya obrado conforme a la normativa vigente está sujeto a responsabilidad civil, penal ni administrativa.

Las leyes n° 26.529 y 26.742 fueron reglamentadas por el decreto n° 1.089 del 5 de julio del 2012. El mismo efectúa ciertas aclaraciones y permite precisar algunos alcances de las leyes mencionadas.

En primer lugar se corrigió la amplitud de la redacción aprobada, relacionado con el sujeto de la misma cuando establece: “...*el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación...*”

Como se desprende del texto normativo, esas expresiones (enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estadio terminal) se refieren a situaciones alternativas. Es decir se encuentran separados por una disyuntiva, y según las

leyes de la gramática, se admite que se cumpla cualquiera de esas condiciones o alguna de ellas, excluyendo a las demás.

El decreto reglamentario reemplazó la conjunción disyuntiva “o” por la conjunción copulativa “y”. De este modo el paciente puede ejercer el derecho previsto en la normativa cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación.

En segundo término, en el artículo 11° establece que *“cuando el paciente rechace mediante Directivas anticipadas determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud, y se encuentre en los supuestos previstos por el art.2° inc. e) tercer párrafo de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos...”*

Es importante la aclaración efectuada en la reglamentación, con relación a la obligación de mantener los cuidados paliativos. Sobre ese tema, nada se decía en el texto de la ley, cuando se utilizara la figura de las directivas médicas.

El decreto reglamentario, asimismo, intenta aclarar cómo se debe actuar en los casos en que la persona esté imposibilitada de dar el consentimiento, pero subsisten dudas sobre el problema de fondo, al no brindar criterios objetivos para la toma de decisiones en esos casos. (Lafferriere, 2013)

Por último, queda claro que el decreto en trato ha efectuado aclaraciones, reformulaciones y mejoras en el texto legislativo, que pueden ser consideradas como agregados innovativos. Todo ello se realizó utilizando una vía inadecuada como es la reglamentación. No obstante ello, todos esos cambios son bienvenidos y adecuados para una mejor interpretación y aplicación del plexo normativo analizado.(Andruet (h), 2016).

Los puntos controvertidos citados precedentemente, serán detallados y analizados en los capítulos siguientes.

3) Antecedentes jurisprudenciales.

Ante la ausencia de la norma que regule o establezca los principios del tema objeto de este estudio, se han presentado casos en los distintos tribunales del país, para

solicitar que se respete la dignidad de la persona, la libertad de aceptar o rechazar tratamientos médicos y la autonomía de la voluntad. Los casos más comunes, por su cantidad, corresponden a las personas que profesan el culto denominado “Testigos de Jehová”, quienes se niegan generalmente, a recibir transfusiones de sangre, debido a motivos religiosos.

Con el caso que se expone a continuación comienza el reconocimiento de los derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional, relacionados con la temática tratada. El damnificado profesaba el culto denominado Testigos de Jehová.

En el año 1993, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, falló en el caso denominado “Bahamondez”³, donde se hizo lugar a la pretensión de un paciente que se negaba a recibir una transfusión de sangre. Tanto en primera como en segunda instancia, los fallos obligaban a los médicos a realizar la transfusión de sangre resistida por el paciente. En esas instancias se consideró que la actitud del paciente constituía un “suicidio lentificado”, por un medio no violento.

La cámara de apelaciones interviniente señaló que al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma. Por ello, el defensor oficial del solicitante acude al máximo tribunal de la República Argentina para que se expida; considerando que tanto el a-quo como el tribunal de cámara se equivocan al considerar la decisión de Bahamondez un suicidio lentificado, ya que este sujeto no desea suicidarse, sino todo lo contrario desea vivir, pero no desea recibir un tratamiento que sea contrario a su íntima convicción religiosa.

La corte deja expresamente establecido que el artículo 19° de la ley fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. Es decir, en este fallo emitido por la corte, se establece expresamente que el artículo 19°

³ C.S.J.N. “Bahamondez s/Medidas Precautorias” LL, 1993-D-130 (1993).

de la Constitución Nacional concede a todos los hombres la facultad, según la cual pueden disponer de sus actos, de su cuerpo, de todo lo que le es propio.

Asimismo queda establecido que el principio citado resulta de aplicación al caso traído a consideración, dado que se encuentran comprometidas, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal.

Los jueces Fayt y Barra argumentaron que la correcta interpretación de la disposición legal de la ley de ejercicio de la medicina, excluye toda posibilidad de imponer, a una persona adulta y competente, cualquier intervención sobre su cuerpo sin su consentimiento. Por último los jueces Petracchi y Belluscio concluyen que autorizar por vía judicial una intervención en contra de la voluntad de una persona adulta, no resultaba constitucionalmente justificable.

Si bien este fallo se tornó abstracto, pues para cuando fue emitido, el señor Bahamondez se encontraba fuera de peligro, el mismo es de suma importancia dado que trazó una frontera jurisprudencial respecto de la autodeterminación sobre el propio cuerpo y a la objeción de la conciencia, de modo tal que quien no quiera sujetarse a una terapia recomendada y que con esa negativa solamente pone en riesgo, aún de muerte, nada más que su propia salud y su propia vida, no puede ser constitucionalmente compelido a prestarse al tratamiento que rechaza (Farías, 2007, p.124).

Otro caso que citaremos corresponde al denominado “Caso Parodi”⁴. En el mismo el señor Ángel Parodi se niega a que le practiquen una intervención quirúrgica, que consistía en la amputación del miembro inferior izquierdo, práctica necesaria para salvarle la vida.

El señor Parodi tenía antecedentes de diabetes y debido a su negativa, se acude a la justicia. En esta instancia se solicita la intervención del comité de bioética del nosocomio donde se encontraba internado el paciente y se realizaron entrevistas con el mismo.

Finalmente, el juzgado en lo criminal y correccional n° 3 de Mar del Plata, emite sentencia, la cual expresa “..*decidir a favor del respeto de la decisión autónoma del paciente Ángel Fausto Parodi internado en el Hospital Interzonal General de Agudos de*

⁴ Juzg.1° Inst. Crim. y Corr. N° 3 Mar del Plata, “Dirección del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) de Mar del Plata s/ Presentación”. (1995).

Mar del Plata, en lo que se refiere a su negativa a una intervención quirúrgica mutilante -amputación de miembro inferior izquierdo-, todo ello sin perjuicio de la continuación de las demás medidas terapéuticas adecuadas al estado de salud del paciente y que resguarden el respeto debido a su condición de persona (arts. 19, 33, 43 y cctes., Constitución nacional; 22, 26, Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 19, ley 17.132)”

En el año 2005, un tribunal de Mar del Plata, hace lugar a la acción de amparo, y deja establecido que deberán ser respetadas a futuro las directivas anticipadas o actos de autoprotección instrumentadas. El caso se refiere a la paciente “M”⁵ quien se niega a soportar prácticas médicas invasivas, por considerarse lesivas, las cuales afectaban su dignidad. El tribunal interviniente estableció que deberán ser respetadas a futuro las directivas anticipadas o acto de autoprotección instrumentadas mediante actuación notarial. En este fallo también se dejó establecido, que sin perjuicio de la negativa expresada por la Sra. “M” en relación a la implementación de medios artificiales o permanencia, el equipo médico tratante deberá brindar absolutamente todos los cuidados paliativos no invasivos, con miras a evitarle padecimientos y eventualmente acompañarla en un proceso de muerte digna, en la medida que no implique prácticas eutanásicas activas, todo ello en el contexto del máximo respeto a la dignidad de la persona humana.

Otro caso, también del año 2005, corresponde al caratulado como “S., M.d. C.”⁶. Se trata de una mujer de 38 años que quedó en estado vegetativo después de entrar en coma por convulsiones postpartum, correspondiente a su cuarto hijo.

El tribunal de familia n° 2 del departamento judicial de San Isidro rechazó la demanda del curador que había solicitado autorización para interrumpir la alimentación e hidratación artificiales que la paciente recibía a través de una sonda de gastrostomía. En la causa quedó acreditado que la paciente se encontraba en estado vegetativo permanente (EVP) desde hace más de 5 años y que el cuadro que presentaba era irreversible.

5 Juzg. Crim. y Corr. N° 1 de Transición de Mar del Plata, “M s/Amparo”, (2005).

6 SCBA, “S., M. d. C., Insania”; LL 2005-B-267 (2005).

La Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires (SCBA) rechazó los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos por el actor. Se pronunció así por la negativa a su pedido de autorización de desconexión y suspensión de tratamientos, por unanimidad, si bien con matices en la fundamentación de sus miembros, algunos de cierta importancia.

Resalto los votos efectuados por los jueces Roncoroni y Kogan. El primero de ellos manifestó que el enfermo no dejó instrucciones anticipadas ni mandas, ni tampoco se cuenta con manifestaciones previas a su pérdida de conciencia que ilustren acabadamente sobre su madura y reflexiva decisión de tal magnitud. Sostiene, asimismo, que tratándose del derecho a la vida, derecho personalísimo e inherente a la persona, solo puede ser ejercido por el titular. Por su parte, la jueza Kogan rechazó el pedido interpuesto basándose en que el enfermo no se manifestó expresamente en tal sentido de manera previa y consciente.

Del análisis del fallo y de las consideraciones efectuadas por los magistrados intervinientes, se puede concluir que de haber existido las directivas anticipadas en ese momento, las mismas habrían sido tenidas en cuenta por los jueces.

En el año 2006, también en Mar del Plata, los padres de una niña de tres años presentaron una acción de amparo a efectos de interrumpir la prolongación artificial de la vida de la menor. La misma padecía serias e irreversibles afecciones debido a una enfermedad conocida como “Síndrome de Edward”.

La niña falleció antes de que se expidiera el juzgado de primera instancia en lo correccional n° 4 de Mar del Plata⁷. No obstante ello, ese órgano se expidió y señaló importantes criterios en torno a la acción de amparo en estas circunstancias. Se hizo hincapié en los derechos del niño, en cuanto a todo aquello que implique la protección y tutela del mejor interés del menor.

Otro caso importante para comentar corresponde al denominado caso Albarracini⁸. En el mismo, se solicita a la justicia una medida precautoria, en razón de que el hijo del presentante se encontraba inconsciente como consecuencia de un hecho

⁷ Juzg. 1° Inst. Corr. N° 4 de Mar del Plata, “M.d.C.M y N.A. A” 2006.

⁸ C.S.J.N. “Albarracini Nieves, Jorge Washignton s/Medidas Precautorias”.L.L.2012-D, 252.

de inseguridad. El pedido consistía en la autorización para que los médicos tratantes efectuaran una transfusión de sangre, dado que el paciente profesaba la religión conocida como Testigos de Jehová.

Si bien se autorizó dicha medida, luego se constató la existencia de una directiva anticipada, manifestando lo contrario del pedido original. Por lo tanto la cámara de apelaciones correspondiente revoca el otorgamiento de la autorización de la primera instancia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirma la decisión de la cámara. En este fallo, se hace expresa mención a la ley n° 26.529 ya vigente y se respeta la autonomía de la voluntad de la persona y lo establecido en la norma mencionada.

En este caso, la citada corte culmina sentando las bases interpretativas de la ley de los Derechos del Paciente n° 26.529 y su modificatoria ley n° 26742. Es un fallo que se dicta durante la vigencia de la nueva normativa, objeto de la presente investigación.

También durante la vigencia de la normativa citada, podemos mencionar el caso R.R.T⁹, correspondiente a un paciente llamado Roberto Rubén Trípodí, quien padecía un cáncer terminal e irreversible. La citada persona realizó una presentación judicial a efectos de hacer valer sus directivas anticipadas, para no ser sometido a tratamientos y procedimientos que prolongasen la vida, con sufrimientos y padecimientos.

El tribunal hizo lugar al pedido y también dejó expresa constancia en la sentencia del derecho del denunciante de modificar las directivas anticipadas homologadas en la misma, si así lo desease.

El 7 de julio de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo, mediante el cual:

ha resuelto jurídicamente una de las cuestiones más delicadas y comprometidas entre todas aquellas en las que les corresponde a un juez intervenir; como es, la de ser en manera directa o no, parte de la causa eficiente de un resultado que tal como cualquier persona aún inexperta en la materia advierte es previsible, la muerte de otro. (Andruet (h) 2016, p.127).

El caso mencionado corresponde a Marcelo A. Diez¹⁰ quien había sufrido un accidente automovilístico y como consecuencia del mismo, se hallaba en estado

⁹ Juzg.Corr. N°. 4 de Mar del Plata “R.R.T s/ actos de autoprotección (directivas anticipadas)” (2012).

¹⁰ C.S.J.N. “D.,M.A. s/Declaración de Incapacidad”, D. 376. XLIX. REX (2015).

vegetativo persistente e irreversible, desde el año 1994. Las hermanas de Marcelo, sus curadoras, habían solicitado oportunamente la supresión de la hidratación y de la alimentación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia oportunamente dictada por el Tribunal Superior de Neuquén e hizo lugar a las pretensiones de las hermanas del paciente, al entender que resultaba aplicable la ley n° 26.742, aunque puede discutirse si mediaba el carácter de terminal, en el estado del paciente, requerido por la normativa.

En este caso no existían directivas médicas anticipadas (en el momento del accidente ni siquiera estaba legislado este supuesto) y la corte recurrió entonces al denominado “consentimiento por representación”. El mismo fue materializado por una declaración jurada de las hermanas, donde constaba la presunta voluntad del paciente.

Sobre el fallo citado Padrón (2016, p. 211).destaca que:

la Corte ignora la distinción epistemológica fundamental en Medicina entre “curar” y “cuidar”, ya que la hidratación y la alimentación son medidas de cuidado de todo viviente humano, especialmente del viviente humano enfermo grave cuyo estado crónico permanece por más de 20 años- como irreversible, no terminal. En ningún caso la hidratación y la alimentación están ordenadas a curar nada; sí a cuidar la vida de una persona absolutamente digna tanto en su vida cuanto en su muerte.

Por último quiero citar el caso de Camila Sánchez Herbón, quien nació en el año 2009. Luego de complicaciones durante el parto, donde la tuvieron que reanimar durante veinte minutos, entró en coma quedando en estado vegetativo. Se alimentaba mediante botón gástrico y respiraba con la asistencia de un respirador.

Ante la irreversibilidad de su estado, sus progenitores solicitaron el retiro de la asistencia respiratoria, pero el centro de asistencia donde estaba internada se negó, ante la ausencia de normativa específica a tal efecto. Ante esa negativa, los padres de Camila tuvieron una activa militancia a favor de la sanción de una ley que previera estos casos, teniendo gran notoriedad pública.

“Que la dejen ir” era el dramático pedido que llevó a Sandra Herbón, mamá de Camila, a encabezar la campaña contra el encarnizamiento terapéutico y en demanda de una ley específica. La sanción de la primera ley nacional sobre el tema fue muy

influenciada por este caso. Luego de su entrada en vigencia, los médicos retiraron la asistencia mecánica respiratoria, produciéndose el fallecimiento de la paciente.

Capítulo 3.

Análisis de las leyes n° 26.529 y 26.742. Muerte digna en la República Argentina.

1) Introducción.

Como se expuso en el capítulo 2, la necesidad social exteriorizada en gran medida por los pedidos de varias personas en situaciones extremas relacionadas con su estado de salud, logró que los legisladores trataran el tema, y de esta forma, se dictó en el mes de octubre del año 2009 la ley n° 26.529, denominada “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”. Posteriormente, en el mes de mayo del año 2012, se dictó la ley n° 26.742, modificatoria de la anterior, conocida como “Ley de Muerte Digna”. Ambas leyes fueron reglamentadas por el decreto n° 1.089/2012.

En la primera de las nombradas se reglamentó el ejercicio de los derechos del paciente, principalmente relacionado con la autonomía de la voluntad, el derecho a la información médica y a la documentación clínica.

Según lo establecido en el artículo 2° de la norma mencionada en primer lugar, todo paciente tiene derecho a:

- a) Asistencia, igualdad y no discriminación.
- b) Trato digno y respetuoso.
- c) Intimidad.
- d) Confidencialidad.
- e) Autonomía de la voluntad.
- f) Información sanitaria.
- g) Interconsulta médica.

Como puntos importantes, cabe resaltar que se define en forma expresa y clara al consentimiento informado como *“la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto al*

estado de salud, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados del procedimiento, los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto y las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.”

El consentimiento informado es de carácter obligatorio y asimismo es revocable por parte del paciente. Sin embargo, existen excepciones a esa obligación cuando mediare grave peligro para la salud pública o bien cuando ante una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

Como se expuso en el capítulo anterior, el artículo 11° establece “*que 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 cuales deben ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes”*.”

Posteriormente, la ley n° 26.742 modifica los artículos 2°, 5°, 6°, 10° y 11° de la ley n° 26.529 e incorpora el artículo 11° bis y un inciso al artículo 7°. La misma posee los siguientes alcances generales:

- Autonomía de la voluntad. Permite al paciente aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa.
- Permite la renuncia a la alimentación e hidratación en esos casos.
- Derechos del paciente. Consentimiento informado.
- Evitar la prolongación artificial de la vida, en las circunstancias que determina la ley.
- Evitar el encarnizamiento terapéutico. Distanasia.
- Cuidado paliativos.
- Como proceder en casos incapacidad o imposibilidad de dar el consentimiento, por parte del paciente.
- Directivas médicas anticipadas.

- Exención de responsabilidad civil, administrativa y penal a los profesionales tratantes.
- Prohibición de la eutanasia.

Es muy importante el texto agregado al inciso e) del artículo 2º, el cual queda redactado de la siguiente manera: *“En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.*

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.”

Como se desprende de lo expuesto, queda muy claro que la normativa bajo análisis resalta los derechos personalísimos consagrados en nuestra carta magna, en un todo de acuerdo con lo expuesto en la jurisprudencia estudiada y mencionada en el capítulo precedente. Se priorizó la autonomía de la voluntad de los pacientes, relacionado con la negativa a tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas.

En definitiva, esta legislación se refiere principalmente al derecho que posee el paciente que presenta una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, a manifestar su voluntad, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean desproporcionadas a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento (Tinant, 2013).

2) Autonomía de la voluntad.

Como se expresó en el capítulo 1, la tutela de las libertades individuales como es el derecho a la privacidad e intimidad tiene su manifestación en el artículo 19° de la Constitución Nacional. Es decir que aquellas acciones privadas de los hombres que no ofendan la moral, las buenas costumbres que perjudiquen a terceros no están sujetas a revisión judicial.

Estos derechos nacen con la persona misma, son inherentes e inescindibles del ser humano y por ello son llamados derechos personalísimos y se encuentran directamente vinculados a la dignidad humana. Cabe destacar que el paciente es un sujeto de derecho y tiene plena vigencia el ejercicio de la autonomía de su voluntad.

Es importante destacar que los derechos personalísimos son “derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical”.(Cifuentes, 1995, p.338)

La obligación de requerir al paciente el consentimiento libre e informado para la realización de prácticas médicas, da por sentado que éste puede aceptar o rehusar la terapia que se le propone, impidiendo que el médico imponga algo que el paciente no desea. La legislación estudiada, entonces constituye un gran paso a favor de la autodeterminación del enfermo, siempre que sea una persona mayor de edad (ver artículo 26° del código civil y comercial de la Nación), con plena capacidad de ejercicio.

Como se expuso *ut supra*, las leyes citadas resaltan la autonomía de la voluntad de los pacientes. Se detallan los casos en los que se puede ejercer el derecho a rechazar la distanasia o encarnizamiento terapéutico.

En este punto, cabe señalar y recordar que la ley establece 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.

Como se desprende del texto normativo, esas expresiones (enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estadio terminal) se refieren a situaciones alternativas que se encuentran separados por una disyuntiva. Según las leyes

de la gramática, se admite que se cumpla cualquiera de esas condiciones o alguna de ellas, excluyendo a las demás.

Es decir, según la redacción expuesta, un paciente diabético, podría entrar en los supuestos contemplados en la norma, dado que dicha enfermedad es tratable pero incurable. Como se ve, corresponde a un caso lejano al espíritu que quiso brindarle el legislador.

Esta situación fue corregida por el decreto reglamentario, donde se reemplazó la conjunción disyuntiva “o” por la conjunción copulativa “y”. De este modo el paciente puede ejercer el derecho previsto en la normativa cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación.

Por lo tanto, se deben cumplir ciertas condiciones para poder hacer uso del derecho mencionado. En primer lugar se debe tratar de un paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable y que se encuentre en estado terminal. En segundo lugar el paciente debe conocer acerca de todos los procedimientos, sus riesgos y consecuencias que puede derivar de los mismos, ya sea por su aceptación o rechazo con la mayor claridad. (consentimiento informado).

Y por último, debe existir la exteriorización de la voluntad del paciente, la cual debe ser registrada formalmente en la historia clínica.

En consecuencia, podemos decir que se le otorga al paciente la libertad de elegir continuar o no artificialmente con la vida cuando no se tiene perspectivas reales de mejoría, debido a la enfermedad que padece. La jurisprudencia citada en el capítulo 1 ha privilegiado claramente la autodeterminación de la personas en los casos de rechazo de tratamientos, mucho tiempo antes del dictado de la normativa bajo análisis. Se refuerza o bien se reglamenta un derecho que la sociedad reclamaba y la justicia otorgaba.

En definitiva, cada persona adulta, que posea discernimiento, intención y plena libertad, puede elegir su propio plan de vida, aunque el mismo le cause daños personales. El único limitante para la concreción del plan de vida elegido opera cuando se provoca perjuicio a terceros (Basterra, 2013).

3) Consentimiento informado.

El artículo 2° de la ley n° 26.742 modifica el artículo 5° de la ley n° 26.529 y define al consentimiento informado como *“la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:*

- a) Su estado de salud;*
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;*
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;*
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;*
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;*
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;*
- g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;*
- h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.”*

El artículo 4° de la ley modificatoria establece que en el supuesto detallado 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. Cabe citar que el consentimiento será verbal, salvo en los casos de internación, intervención quirúrgica,

procedimientos invasivos y en el caso de revocación del mismo, tal como se establece en el artículo 7° de la ley n° 26.742.

El artículo 9° de la citada indica los casos donde el personal de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado por parte del paciente. Las mismas, deben ser interpretadas con carácter restrictivo y comprende los siguientes casos:

- a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública;
- b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

Como se expuso en el punto anterior, el consentimiento informado está basado en el principio de autonomía de la voluntad es decir, el derecho del paciente a ser reconocido como persona libre y dueña de tomar sus decisiones. Y no importa si las mismas no son beneficiosas para el mismo, si fueron tomadas con total libertad.

Podemos decir que para que exista consentimiento informado, la persona debe ser capaz para tomar decisiones, en forma libre, sin coerción, presión, violencia o manipulación, por parte de un tercero. También se le debe otorgar al paciente un tiempo prudencial a efectos de que el mismo pueda pensar, reflexionar e inclusive realizar consultas a otras personas, sobre las propuestas efectuadas relacionadas con los tratamientos o intervenciones a realizar, a fin de poder tomar una decisión correcta, meditada y razonada.

Wierzba (2015) manifiesta que la información que proporcionan los profesionales de la salud debe ser efectuada en un lenguaje claro, despojado en lo posible de terminología técnica y científica, para que sea comprensible y evitar confusiones. Debe asimismo, tomarse en cuenta el nivel de formación del paciente, para aportar la información necesaria, en términos adecuados a su instrucción y facilitar de esta manera su comprensión.

Asimismo, sería apropiado que el médico revele los riesgos más graves y frecuentes del tratamiento a efectos de facilitar la tarea al paciente de efectuar un correcto balance entre riesgos y beneficios y asimismo tomar conciencia de que no sólo la práctica médica puede resultar portadora de peligros, sino que su no aplicación también puede acarrear los mismo o mayores riesgos. (Wierzba, 2015)

El derecho del paciente a decidir sobre la aceptación o el rechazo de ciertos tratamientos, no es absoluto. Es decir, no puede negarse a realizar un tratamiento o terapia cuando la negativa pueda causar daños a terceros. Por ejemplo, cuando se resiste a recibir una vacuna contra una determinada enfermedad contagiosa, y de esta forma, pone en riesgo la salud de otros, debido a la propagación de la enfermedad. Por lo tanto, la irrupción de graves epidemias o pandemias, puede justificar la disposición de medidas compulsivas con el fin inmediato de evitar su propagación y sus graves consecuencias.

Cabe destacar que todo lo enunciado precedentemente, relacionado con el consentimiento informado, es válido cuando el paciente se encuentra con capacidad de ejercicio, lúcido y consciente para tomar la decisión que cree correcta. De esta forma conoce cabalmente las consecuencias positivas y negativas que la misma puede acarrear.

Ahora cabe preguntarse qué sucede cuando el paciente se encuentra imposibilitado para brindar el consentimiento, debido a su estado de salud, por ejemplo, si se encuentra en coma. En esta circunstancia la normativa establece que el consentimiento podrá ser dado por las personas mencionadas en la ley n° 24.193, con los requisitos y con el siguiente orden de prelación:

- 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;
- 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;

En realidad, estos requisitos establecidos en la ley de “Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos” refieren a la voluntad del difunto acerca de la donación de sus órganos.

El artículo 5° del decreto reglamentario n° 1.089/2012 establece que *“Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente”*.

Asimismo, el artículo 10° del citado estipula que *“Ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación, en los casos en que hubiere mediado un consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca en beneficio del paciente, con la intervención del comité de ética institucional respectivo, fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas. Para ello, se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relación a una indicación terapéutica, incluso cuando conlleve el rechazo del tratamiento.”*

Este punto de la normativa es, a mi entender, muy controvertido, ya que no es lo mismo disponer de los órganos de una persona fallecida que disponer sobre la misma vida del paciente. El artículo 6° de la ley n° 26.529 permite hacer una sustitución del enfermo imposibilitado de brindar el consentimiento informado por aquella persona mencionada en la lista de posibles intervinientes, la cual se detalló anteriormente.

En la misma línea argumental, destaco que ni la ley n° 26.742 ni el decreto n° 1.089/2012, reglamentario de la citada, brindan criterios objetivos para la toma de decisiones en los casos en que el paciente no posea la capacidad para brindar el consentimiento informado (Diegues, 2013).

Considero que la toma de decisiones racionales y de suma importancia en el final de la vida es un proceso muy complejo. No sólo debería tenerse en cuenta los criterios médicos y legales, sino también los deseos personalísimos del paciente, que en definitiva, es lo más importante.

Si una determinada persona, aún facultada legalmente, puede tomar una decisión acerca de la vida de un tercero incapaz y como consecuencia de la misma, se acorta la vida del paciente, estamos frente al supuesto definido como eutanasia involuntaria, de

acuerdo a lo definido en el capítulo 1. Se profundizará esta temática en el siguiente capítulo.

4) **Directivas anticipadas.**

Como se expuso en el capítulo 2°, el artículo 11° de la ley n° 26.529 establece que *“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.”*

El artículo 7° de la ley n° 26.742, incorpora el artículo 11 bis, modificando la ley citada en el párrafo anterior. En el mismo se exime de la responsabilidad civil, penal y administrativa a los profesionales intervinientes que hayan obrado de acuerdo a las disposiciones establecidas en la normativa vigente, derivadas del estricto cumplimiento de la las leyes bajo análisis.

No obstante ello, la norma no contempla el derecho de los profesionales a la objeción de conciencia, es decir a la posibilidad de no cumplir con una determinada directiva anticipada por estar en contra de su valor central y esencial de vida. La única excepción a este derecho sería en caso de emergencia o cuando no existen otros profesionales en el establecimiento (Gherssi, 2012).

La objeción de conciencia es el derecho que posee el profesional de la salud a no intervenir en las prácticas médicas correspondientes, dado que las mismas violentan sus creencias o convicciones íntimas, mientras que su decisión no ponga en riesgo la vida del paciente. En este caso, debe procurar ser reemplazado a tiempo por otro profesional médico.

En esta instancia, creo importante exponer la diferencia existente entre el consentimiento informado (ver punto 3 del presente capítulo) y las directivas anticipadas. En el primero, es condición necesaria de que quien lo preste sea un paciente, ya que precisamente se ejerce cuando se está en esa condición, previo al acto médico al que va a ser sometido; en cambio quien otorga las directivas médicas anticipadas puede

estar en perfecto estado de salud y lo realiza exclusivamente en previsión de que en un futuro pueda encontrarse en una situación de no poder brindar el consentimiento por sí mismo.

Estas manifestaciones, también llamadas testamento vital o testamento de vida, se encuentran fundadas en el derecho a la autonomía decisoria sobre el propio cuerpo, en la medida que no se afecten a terceros. Blanco (2008), explica muy claramente la figura de las directivas anticipadas, a las que define como aquella documentación mediante la cual una persona civilmente capaz y bioéticamente competente, consigna determinadas pautas o instrucciones, referentes a como deberá ser atendido médicamente, en ocasión de enfrentar situaciones de riesgo de muerte o discapacidad.

Mediante estas directivas, cada persona puede manifestar conductas autorreferentes, dejando expresas indicaciones respecto de su salud. En las mismas se establecen indicaciones que resultan en la aceptación o rechazo de tratamientos y/o prácticas médicas, las que deben ser respetadas y acatadas por los profesionales de la salud que la traten, en protección de sus propios derechos.

Las directivas anticipadas, constituyen el derecho de toda persona capaz, con discernimiento y mayor de edad a tomar decisiones de manera previa, relacionadas con su salud, las que deberán ser respetadas cuando no se posea la capacidad para elegir libremente, por cualquier circunstancia. Las mismas son revocables en cualquier momento. (Basterra, 2013)

La implementación de las directivas favorece, en primer término, que se respeten las convicciones y deseos del paciente. También permiten que las decisiones cruciales en esos instantes de la vida no sean una carga para familiares o allegados, orientan al profesional de la medicina al conocer los deseos del paciente y deberían además reducir la judicialización de los casos.

El reconocimiento de estos derechos, que corresponden a decisiones tomadas por la persona en momentos cruciales de su existencia, han variado la relación médico paciente, desde el sistema paternalista hacia un nuevo modelo donde las decisiones a tomar sean de carácter compartido, voluntarias y con la información suficiente y clara para la toma de la misma, brindada por el médico a cargo del tratamiento (Farías, 2007).

No obstante el reconocimiento de derechos consagrados constitucionalmente, debemos analizar más adelante, si, tal como está definida la figura bajo análisis en nuestra legislación, se permite la ejecución de prácticas eutanásicas, expresamente prohibidas.

Por otra parte, mediante la sanción de la ley n° 26.742 se incorporaron las formas para implementar dichas directivas, las cuales deberán realizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

Cabe preguntarse si, en caso de revocación o modificación de las directivas, se deben atender a las mismas formalidades legales que para el otorgamiento. Situación esta, no contemplada expresamente en la norma.

A pesar del avance que significa poder contar con el derecho a tomar directivas anticipadas, cabe señalar que las formas de su implementación pueden atentar contra su utilización. Los requisitos exigidos pueden considerarse excesivos y de difícil cumplimiento, debido a que no todas las personas tienen acceso a un escribano, por los costos que ello implica y tampoco poseen el acceso a los juzgados que correspondan.

Las formalidades estipuladas constituyen ciertamente trabas para hacer efectivo el derecho del paciente a efectuar sus directivas anticipadas, debido a temas más que nada económicos. Por ello, la forma de implementación de las directivas debería realizarse a través de un trámite sencillo, gratuito, de fácil acceso por parte de toda la población, la cual debe incorporarse a la historia clínica del paciente (Siverino, 2012).

Por otro lado, tal como se expuso anteriormente, si las directivas médicas anticipadas sólo constituyen la expresión de la voluntad del paciente que se emite en diferido, a futuro, ninguna diferencia debería existir con el consentimiento informado, dictado en el mismo momento de la toma de decisión, relacionado con la formalización de dichas figuras (Roitman, 2012). No se comprende entonces la disparidad de criterios entre las exigencias para la formalización de las directivas anticipadas y el consentimiento informado.

La situación que se presenta como consecuencia de las formas exigidas, se agravan en el caso del paciente internado en un centro asistencial, que pretende, con

plena capacidad, efectuar unas directivas anticipadas,. En esa situación, los requisitos exigidos, representan grandes impedimentos para hacer valer el derecho consagrado en la normativa.

Por otra parte, es importante resaltar que el artículo 60° del código civil y comercial de la Nación establece lo siguiente: *“La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutánicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.”*

El artículo transcrito, no estipula formas de implementación de las directivas médicas anticipadas, lo que resulta mucho más lógico que la rigidez exigida y establecida en la ley n° 26.529 y su modificatoria. Supone entonces un reconocimiento a la no exigencia de formalidades especiales y rígidas, dada la naturaleza de los actos comprometidos. Por lo tanto se ha superado esa exigencia formal inconveniente.

Es importante también indicar que nada se dice en la reglamentación acerca del tiempo de validez de las directivas, por lo que entiendo que las mismas no pierden su vigencia, perdurando en el tiempo, hasta que el titular de la misma la modifique o bien la revoque. Algunos reconocidos autores afirman la razonabilidad de establecer un plazo para determinar la caducidad de las mismas, debido a los desarrollos técnicos y científicos de la medicina, que pueden variar ciertos parámetros que han sido tenidos en cuenta por el declarante como extraordinarios, a considerarse ordinarios o corrientes.

Tampoco se contempla el posible caso de mujeres embarazadas, cuando en ese estado, padeciera una situación de enfermedad terminal, y hayan efectuado directivas anticipadas. Este supuesto fue tenido en cuenta en la legislación de la provincia de Córdoba, como se mencionó oportunamente en el capítulo 2.

Con relación a la registración de las directivas, la normativa nacional no efectúa previsión alguna al respecto. Si bien existen distintos registros de actos de autoprotección, que funcionan en los colegios notariales del país, es muy necesario que se organicen sistemas adecuados que permitan que los médicos obtengan dichas disposiciones en tiempo y forma. (Llorens y Rajmil, 2010)

Por último se destaca que hasta la sanción de la normativa bajo análisis, no existía en nuestro país, a nivel nacional, legislación alguna que permitiera en forma expresa ese tipo de directivas. No obstante ello, la doctrina, en general, se ha expedido a favor de la validez de ese tipo de instrucciones, en el supuesto de que alguna persona capaz, mayor de edad, lúcida, emitiera una manifestación anticipada de su voluntad, que contemplara cuestiones de ese tenor. Podemos citar a modo de ejemplo el fallo del denominado caso “S.,M.d.C.”, acaecido en el año 2005, mencionado detalladamente en el capítulo 2.

En razón de todo lo enunciado, si bien la implementación de las directivas anticipadas es un punto positivo de la normativa vigente, deberían tenerse en cuenta los aspectos comentados, relacionados principalmente con la forma de implementación y su vigencia. Debe contemplarse expresamente el caso de las mujeres embarazadas y la creación de algún registro nacional informático para el registro de las mismas, a efectos de su consulta obligatoria por parte de todos los establecimientos de salud del país.

Es decir, si no se unifican los criterios a nivel nacional, a efectos de centralizar en algún organismo o dependencia pertinente la forma de registrar las directivas anticipadas y además no se impone la obligatoriedad de consultar inmediatamente esos registros, el sistema no funcionará con la rapidez y eficacia que la temática exige. Las consecuencias de errores, omisiones o demoras en la entrega de los informes pueden ser irreparables para el paciente enfermo.

5) Cuidados paliativos.

La normativa nacional establece que en todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos extraordinarios no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. En la información que el profesional médico debe aportar al paciente, en el marco del consentimiento informado, se incluye que el rechazo a algún tratamiento no implica la interrupción de los cuidados paliativos.

El artículo 11° del decreto 1.089/2012 define a los cuidados paliativos como *“la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y*

confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y sufrimiento”. Se trata del control de los síntomas, principalmente del dolor, para ofrecer una mejor calidad de vida y para procurar que el paciente pueda llegar al final de sus días con el máximo confort posible, respetando sus intereses, su individualidad y por sobre todo, su dignidad.

Esta área de la medicina considera que el paciente y la familia conforman una unidad de tratamiento. Por lo tanto los miembros de la familia del enfermo también necesitan asistencia para poder atravesar la difícil experiencia.

No obstante todo lo expuesto, cabe señalar que dentro de los cuidados paliativos, no se encuentran incluidos los procedimientos de alimentación y la hidratación. Los mismos, en determinadas circunstancias pueden ser renunciados por el paciente terminal.

Si bien el acceso y la obligatoriedad de recibir esos cuidados es un paso adelante y muy positivo, hay que destacar que debe existir la posibilidad de que dicho tratamiento pueda realizarse en el domicilio del enfermo. Contar con instituciones debidamente equipadas tanto técnica como humanamente para poder brindar el servicio de cuidados paliativos debería ser política de salud pública.

Capítulo 4.

Ley de muerte digna o de eutanasia.

En este capítulo se expondrán las contradicciones en los que incurre la normativa estudiada. Luego de haber analizado cada uno de los puntos salientes e importantes de las leyes n° 26.529 y 26.742, y teniendo en cuenta los diversos aportes de la doctrina sobre el particular, estamos en condiciones de comprender acabadamente cada uno de ellos y detectar algunas antinomias normativas.

Básicamente se tratará de demostrar que las leyes citadas, denominadas de “Muerte Digna” consienten la realización de prácticas eutanásicas, las cuales se encuentran prohibidas en nuestro derecho.

1) Tratamientos ordinarios y extraordinarios.

Para emprender el análisis de los puntos controvertidos de la norma, en primer lugar trataré de exponer las diferencias entre tratamientos médicos ordinarios y tratamientos médicos extraordinarios. Es dable destacar que al día de hoy existen discrepancias doctrinarias y científicas con referencia a lo que se entiende por ambos tratamientos.

Sambrizzi (2005), afirma que los de carácter extraordinarios corresponden a aquellos que son experimentales y que conllevan un peligro para el paciente, y además, por algunas de sus características, costos o posibles resultados finales, no son considerados para su utilización habitual. Es decir son complejos, costosos, riesgosos e invasivos. La no aplicación de este tipo de tratamientos no puede ser considerada una práctica antijurídica, como tampoco puede considerarse a esa práctica omisiva y por ende eutanásica.

Por el contrario, el mismo autor sostiene que los de carácter ordinario son aquellos normalmente aceptados por la mayoría de las personas, de fácil acceso y aplicación y además, su utilización es moralmente obligatoria. Resultan entonces, simples, habituales, no invasivos y económicos.

Sin embargo estas definiciones, con el tipo de clasificación efectuada, no resultan muy útiles, dado los factores cambiantes de los cuales depende la misma. Por ejemplo una determinada terapia o tratamiento puede ser extraordinaria u ordinaria, dependiendo del lugar de aplicación, de la situación sanitaria de ese país, del grado de avance tecnológico y científico de la medicina en el momento de la aplicación del tratamiento, del costo del mismo y del acceso a la población en general, entre otros.

Por ello, para tratar de superar estos inconvenientes, Sambrizzi (2005) manifiesta que se han propuesto otras clasificaciones, como ser la de medios proporcionados o desproporcionados. Se considera entonces a una terapia médica como desproporcionada cuando son innecesarias o exageradas según los resultados previsibles que se esperan de su aplicación.

Tinant, citado por Sambrizzi (2005, p. 207) explica que “son medidas desproporcionadas las que no sugieren un beneficio sustancial para el paciente y que no sirven para preservar la vida o recuperar al enfermo sino para prolongar el proceso de morir o que suponen costos excesivos o severa desfiguración”.

Según la definición mencionada, se entiende como beneficio sustancial tanto a la recuperación y cura del paciente, como a la reducción del dolor y al mantenimiento con vida del enfermo. Esto es así siempre que existan esperanzas razonables para su posterior recuperación.

Para Magnant (2010) la proporcionalidad de un tratamiento deberá ser evaluada por el médico. Se deberá comparar y tener en cuenta la disponibilidad concreta de hallar el medio, la posibilidad técnica de usarlo adecuadamente, las expectativas razonables de eficacia médica, y los efectos perjudiciales para el paciente. También se deben cuantificar los recursos sanitarios, técnicos y económicos necesarios para el empleo del medio seleccionado.

No obstante lo expuesto, es evidente que el paso del tiempo y el avance de la tecnología y de la ciencia médica, pueden convertir a determinado tratamiento aplicado a una determinada persona, de desproporcionado a proporcionado. Por ello, la valoración de los tratamientos y de su proporcionalidad, como del resultado esperado, deben realizarse de acuerdo al caso concreto, a las condiciones imperantes en ese momento y

en ese lugar, teniendo en cuenta, a mi entender, las definiciones expuestas precedentemente.

Por último, cabe señalar que la normativa nacional no define qué significa cada concepto analizado en este apartado, mientras que para la ley dictada en la provincia de Córdoba, las medidas desproporcionadas o de encarnizamiento terapéutico son acciones que prolongan la agonía de una persona sin posibilidad de recuperación, que atentan contra la dignidad humana y que no demuestran evidencias médicas de beneficios para la salud.

2) Quita de alimentación e hidratación. Eutanasia pasiva.

Como se expuso en capítulos anteriores, el inciso e) del artículo 2° de la ley n° 26.742 establece que *“..el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.”*

Es visible e indiscutible que se resalta la autonomía de la voluntad de la persona, con relación a la posibilidad de recibir o rechazar tratamientos médicos, en ciertas circunstancias, al padecer una enfermedad incurable.

No obstante ello, como todo derecho, la autonomía de la voluntad no es absoluta, dado que las decisiones que tome el paciente pueden afectar a terceros. Se puede citar como ejemplo el caso de la negativa a ser vacunado contra una enfermedad contagiosa.

Cabe resaltar, que la normativa bajo análisis, deja expresamente establecido que aún en el ejercicio del derecho estipulado en el inciso *ut supra* mencionado, no se puede renunciar a cuidados paliativos. Es importante recordar también que se prohíben las

prácticas eutanásicas, teniéndose las mismas por no escritas, en el caso de figurar en las directivas médicas anticipadas.

Sin embargo, se permite que el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, pueda renunciar a la alimentación e hidratación. Esto es así cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal.

Por ello, el texto legal resulta incongruente, dado que por un lado, se admite que el paciente rechace ciertas prácticas médicas y, por el otro expresa que esa acción consentida, no significará la interrupción de aquellas medidas para el adecuado control y alivio del enfermo. Si se rechaza la alimentación o hidratación, ¿no sería una interrupción de las medidas adecuadas de control? En este caso, estaríamos agregando padecimientos al enfermo, contrarios al espíritu de la ley. (Urbina, 2012).

Como se adelantó en el capítulo 3, es innegable que dejar de alimentar e hidratar a una persona, en cualquier estado, provoca la muerte de la misma, por inanición y deshidratación. Las acciones de alimentarse e hidratarse no pueden considerarse tratamientos médicos extraordinarios o desproporcionados, sino acciones básicas para la vida, para la conservación de cualquier persona, ya sea que se encuentre sana o enferma, consciente o inconsciente.

Al no encontrarse expresamente definido en la normativa, lo que se entiende por uno u otro tratamiento (ordinario o extraordinario), la situación descrita, relacionada con la posibilidad del rechazo a la alimentación e hidratación, no se enmarca en el rechazo al encarnizamiento terapéutico. Se trata de medios ordinarios y básicos de cuidado, según las definiciones elaboradas por la doctrina mencionada en el punto 1) de este capítulo.

Es muy claro que la alimentación e hidratación, la limpieza de secreciones respiratorias, la rotación postural, la prevención y alivio del dolor, la higiene personal, el cambio de ropa de cama o el mantenimiento de una temperatura adecuada del ambiente, no constituyen prácticas asistenciales o terapéuticas. Representan medidas adecuadas de control, para el apropiado confort del enfermo.

La sanción de las leyes que estamos analizando, protegen ciertamente al paciente de la distanasia, ya definida, la cual lleva generalmente a un mayor sufrimiento del enfermo, en forma innecesaria. Pero esa situación, de encarnizamiento, ciertamente no se configura si a un determinado paciente, se le sigue brindando alimentación e hidratación, de acuerdo a sus necesidades físicas, durante el padecimiento de una enfermedad.

Padrón (2016), siguiendo la misma línea de razonamiento, manifiesta que la alimentación y la hidratación son acciones básicas de cualquier ser vivo y ninguna enfermedad terminal, incurable e irreversible va a variar su curso o evitar el desenlace correspondiente a la muerte de la persona, debido a la suspensión de esas acciones.

En ningún caso y bajo ninguna circunstancia, la hidratación y la alimentación están destinadas a la cura de alguna enfermedad, pero si a cuidar y mantener la vida del paciente.

Continuando con el análisis en curso, si se suspende la alimentación e hidratación, estamos en presencia de la figura definida oportunamente en el capítulo 1 como eutanasia pasiva, voluntaria o involuntaria, según sea si el paciente brindó el consentimiento o no para dicha acción. Se omite deliberadamente la provisión de cuidados para que el mismo continúe con vida y esta práctica está expresamente prohibida.

Por lo tanto, estamos frente a una contradicción. Por un lado se permite una determinada acción, que consiste en la posibilidad de suspender la alimentación e hidratación en ciertas circunstancias, la cual provoca o acelera la muerte del paciente (eutanasia pasiva) Y por otro lado, se prohíbe la eutanasia en cualquiera de sus formas.

Entonces, parecería que la normativa vigente permite, en forma indirecta la eutanasia pasiva voluntaria, cuando el paciente así lo acepta, en uso de sus capacidades y en forma involuntaria cuando se trata de pacientes que no pueden manifestar su voluntad, su elección o bien porque son de muy corta edad (Rossetti,2013).

Lafferriere (2013, p. 335) manifiesta sobre el tema que “este alegado propósito de no aceptar la eutanasia o el suicidio asistido en la ley n° 26.742, se resquebraja con la posibilidad de renuncia de la alimentación y la hidratación”.

En este punto, también es importante destacar que la Conferencia Episcopal Argentina¹¹, al expedirse sobre la ley objeto de estudio, manifestó lo siguiente: “Lamentamos, sin embargo que en estos medios se hayan incluido el posible rechazo a la hidratación y alimentación, como si fuesen medidas desproporcionadas, siendo, por el contrario, un acto humanitario que hace a una muerte digna. Su privación, en cambio, sería una eutanasia pasiva.”

Sobre el tema que nos ocupa, Pondal (2012, p. 106) asevera que “Ante tan confusas palabras uno no encuentra que es lo valorable, porque si se admite la eutanasia pasiva, entonces ¿Dónde radica la prohibición de la eutanasia? Admitirla un poco ya no es prohibirla.”

Es claro que la normativa no regula la eutanasia, es más, la prohíbe expresamente, pero resulta evidente que existe una línea muy delgada en esta regulación y por lo tanto, los límites de la misma, inevitablemente se están tocando.(Rossetti, 2013)

De todo lo expuesto, surge claramente que dejar de hidratar o de alimentar a una persona, acelera su muerte y además agrega padecimientos a los ya existentes por la enfermedad que cursa. Y todas estas situaciones encajan perfectamente en la figura de la eutanasia, en su forma pasiva, ya sea voluntaria o involuntaria, según la capacidad de decisión del paciente, definida oportunamente en el capítulo 1.

Para concluir en el análisis de la temática de este punto, Aldao, Clérico y Ronconi (2013) expresan que la reglamentación aplicable no explica lo que se debe entender por prácticas eutanásicas. No obstante ello, existen diversas clasificaciones de esas prácticas y algunas de ellas estarían permitidas por la ley bajo estudio. Los citados autores concluyen que entonces el legislador está haciendo un guiño institucional a través del uso de un concepto jurídico indeterminado.

¹¹ Fuente: “Conferencia Episcopal Argentina”. Recuperado el 10/09/2017 de <http://www.episcopado.org/contenidos.php?tipo=unica&id=648&bus=MUERTE%20DIGNA>.

3) Consentimiento informado por representación. Eutanasia involuntaria.

La obligatoriedad de brindar el consentimiento informado es un gran paso adelante en la relación médico – paciente, donde este último, al contar con la información correspondiente que le debe aportar el profesional, puede, en base a sus principios, creencias y lógica, tomar la decisión que le parezca más adecuada para su tratamiento y para su futuro. Esa información debe brindarse en forma adecuada, accesible y se debe emplear un lenguaje apropiado que permita que el paciente comprenda la situación y las alternativas que el profesional médico pone a consideración.

Este consentimiento puede ser brindado por el propio paciente, mayor de edad (ver artículo 26 del nuevo código civil y comercial de la Nación), cuando el mismo se encuentra con capacidad de ejercicio, lúcido y consciente para tomar la decisión que cree correcta. Obviamente debe conocer cabalmente tanto las consecuencias positivas como las negativas que la decisión a tomar pueda acarrear.

En estos casos, y de acuerdo a lo establecido en la norma, Aldao, Clérico y Ronconi (2014, p. 255 - 256) expresan que:

La figura del consentimiento informado viene a limitar la asimetría intrínseca en la relación médico-paciente, sistema de salud-paciente; de modo tal que este último pueda contar con la información suficiente que le permita tomar una decisión que pueda ser considerada efectivamente autónoma, y que sólo puede ser salvada por el médico si mediere una situación de emergencia.

Pero cuando el paciente se encuentra imposibilitado para brindarlo, dicho consentimiento podrá ser dado por las personas mencionadas en la ley n° 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. En este punto, no creo que sea equivalente legislar y decidir sobre el destino de los órganos de una persona ya fallecida que sobre el futuro de la vida de la misma. Estas decisiones disponen de la vida ajena y hay que recordar que nos encontramos frente al ejercicio de derechos personalísimos, los cuales son indelegables e indisponibles.

Es oportuno mencionar que no siempre la mayor proximidad formal, establecida por el parentesco, indica una mayor afinidad o vinculación afectiva real entre las personas. En este momento cabe preguntarse, ¿Qué sucede con aquella persona que no

posee familiares o si los tiene, no mantiene lazos afectivos, los cuales cultiva con un amigo o vecino?

Es importante destacar que los derechos personalísimos son originarios, absolutos, indisponibles, intransferibles e irrenunciables. Acompañan al hombre a lo largo de su vida, carecen de naturaleza patrimonial y reconocen el valor central de la persona como correlato de su dignidad (Bergel, 2015)

Wierzba (2015, p. 226) manifiesta que “la norma impone, en ese caso, un régimen de representación estricto, formal e inadecuado para las mayoría de las prácticas médicas.”

En esas circunstancias no hay lugar para la opinión de amistades y allegados, que muchas veces son quienes acompañan al enfermo sin familiares o bien sin lazo afectivo con los citados. Se deja la vida en manos de terceros, que pueden ostentar algún grado de parentesco y el solo hecho de ser familiar del enfermo no acredita de ninguna manera la cercanía afectiva. Muchas veces pueden también existir intereses económicos que me hacen dudar de la legitimidad de una decisión tan trascendental, que se debe tomar acerca del futuro del paciente, que se encuentra incapacitado de exteriorizar su voluntad.

Por ello, en no pocas ocasiones lo que proyecta ese consentimiento no es lo que hubiese deseado la persona imposibilitada, sino el propio de quien lo expresa, lo que produce una notable confusión, en los proyectos de vida de cada uno. (Andruet (h), 2016)

Es cuestionable que los representantes puedan rechazar tratamientos necesarios para conservar la vida, dado que de esta manera se establece la disponibilidad de la vida ajena y ese derecho personalísimo se estaría ejecutando por representación presunta. (López Delgado, 2012). Dicho autor, asimismo, enfatiza que esta decisión contradice la jurisprudencia sobre rechazo de tratamientos que es restrictiva cuando lo hace un representante.

Dieguez (2013) entiende que la posibilidad del consentimiento por representación podría tratarse de una eutanasia indirecta, circunstancia que se da al interrumpirse la vida del paciente, cuando éste no está capacitado o en condiciones de brindar su opinión, ni ha dejado manifestaciones expresas de su voluntad. Esta decisión, la cual es ejercida por un familiar estaría afectando el derecho a la vida del paciente.

El mismo autor destaca que tanto la ley n° 26.742 como el decreto n° 1.089/2012, reglamentario de la citada, no brindan criterios objetivos para la toma de decisiones en los casos en que el paciente no posea la capacidad para brindar el consentimiento informado, como se ha expresa anteriormente.

Por último, enfatiza que esta decisión contradice la jurisprudencia sobre rechazo de tratamientos que es restrictiva cuando lo hace un representante y guarda estrictas reservas con la interrupción de la vida cuando el paciente no está en condiciones de dar su opinión.

Cabe destacar que el derecho a la autonomía de la voluntad, consagrado en nuestra Constitución Nacional, receptado en las leyes bajo análisis y resaltado en la jurisprudencia estudiada, es ignorado totalmente en el supuesto analizado, ya que un derecho personalísimo e indelegable, es suplido por el testimonio de familiares, o sea de terceros, quienes deciden sobre la vida del paciente.

Por lo tanto, la acción positiva de consentir alguna intervención sobre el paciente incapacitado de manifestar su voluntad, relacionado, por ejemplo con la quita de hidratación o alimentación, constituiría una eutanasia pasiva involuntaria. Esa situación se configura dado que un tercero decide sobre la vida del enfermo, que no ha dejado directivas médicas en forma anticipada y que no puede expresar en ese momento, sus propios deseos.

De esta forma, no sólo se violenta y desconoce el derecho a la autonomía de la voluntad del paciente, sino también se hace caso omiso a lo establecido en la normativa, que prohíbe este tipo de prácticas. Sin embargo, evidentemente, las permite en forma indirecta.

Por lo tanto, en las circunstancias descriptas, la normativa analizada permite la ejecución de prácticas eutanásicas, expresamente prohibidas, las cuales son llevadas a cabo por médicos, a solicitud de terceros legalmente habilitados, cuyo destinatario es un paciente imposibilitado de manifestar su voluntad.

4) Directivas anticipadas. Solicitud de eutanasia por adelantado.

Tal como se expuso en el capítulo 3, en nuestro país se admite que una persona pueda decidir válidamente, con anticipación a sufrir una enfermedad grave o alguna circunstancia que lo ubique en un estado tal que no pudiera expresar su voluntad, cómo desearía ser tratada en ese supuesto y qué tratamientos estaría dispuesta a aceptar y cuáles no. Este derecho es ejercido con la implementación de las directivas médicas anticipadas (Sambrizzi, 2005).

Recordamos que también la normativa vigente permite que se designe a un tercero para que, en las situaciones descritas, éste decida en su nombre sobre dichas cuestiones tan importantes. Generalmente, esas directivas anticipadas contiene indicaciones para rechazar tratamientos considerados desproporcionados en relación a las posibilidades de cura o recuperación, debido a sus características invasivas y dolorosas.

Ahora bien, analizaremos si la figura aprobada fomenta o bien permite la realización de prácticas eutanásicas en algunas de sus formas, ya definidas con anterioridad, en capítulos anteriores.

En primer lugar, es importante mencionar que Castañeda (2011) manifestó oportunamente que los testamentos en vida, versión equivalente a nuestras directivas médicas anticipadas, surgieron como un instrumento diseñado por un grupo fundado en los Estados Unidos de América en el año 1967, denominado "Concern for the Dying" (Solicitud por los Moribundos) o CFD, para promover la aceptación de la eutanasia. Dicho autor asegura que como el público no estaba listo todavía para aceptar la eutanasia, la CFD anticipó que este tipo de documentos podría gradualmente cambiar la opinión pública y de esta manera se llegaría a aceptar el mal llamado derecho a escoger cuándo, dónde, por qué y cómo morir.

Para reforzar su postura, manifiesta que del análisis que ha realizado oportunamente, puede concluir que los citados testamentos en vida son documentos de contenido ambiguo y con definiciones vagas, imprecisas o francamente en pro de la eutanasia.

Andruet (h) (2016) expresa que originalmente las premisas de dicha manifestación eran la de evitar ser sujeto pasivo de tratamientos desproporcionados o extraordinarios en caso de padecer enfermedades terminales, dejando de lado los reclamos de mala praxis, pero, luego fue mezclándose con ello. Es decir, no sólo se trata de una interrupción o pedido de no iniciación de determinados tratamientos, sino por el contrario, de una autorización para realizar actos médicos, que en definitiva tienen el propósito excluyente de acelerar el proceso de muerte evitando el sufrimiento.

Sobre el tema, Andruet señala que se ha ido produciendo una suerte de ensanchamiento o ampliación del contenido del testamento vital, avanzando de una posición no distanásica (con la finalidad de evitar el encarnizamiento terapéutico), a una pretensión eutanásica.

Si bien es cierto que el texto de la ley originaria y su modificación contienen la limitación respecto del contenido de las directivas anticipadas, al prever la libertad de las mismas salvo en cuanto impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán por inexistentes, Taiana de Brandi y Brandi Taiana (2012) sostienen que el citado texto originará múltiples interpretaciones a partir de que en nuestro derecho positivo no está tipificado como delito la eutanasia.

Asimismo, Llorens y Rajmil (2010) comparten lo enunciado precedentemente y agregan que la normativa nacional no precisa ni detalla cuáles prácticas pueden ser consideradas eutanásicas y cuáles no. Este punto ya ha sido resaltado en anteriores oportunidades.

Cabe darse la situación que debido a esa falencia, las directivas médicas anticipadas podrían solicitar al médico la decisión de morir con dignidad o en paz y esa voluntad debería ser respetada, pues en definitiva se trataría de un procedimiento paliativo. La normativa nacional “..ha comprendido el concepto de autonomía de la voluntad como una referencia omnímoda que el ciudadano posee y que, salvo lo que concierne a la reclamación de una práctica eutanásica, ninguna otra práctica o intervención puede ser negada” (Andruet, 2016, p. 180).

Tal como se citó en el apartado ii) del punto 2 del capítulo 2, el artículo 11° del decreto 1.089/2012 estipuló que cuando el paciente rechace mediante directivas anticipadas determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud, y se encuentre

en los supuestos previstos por el artículo 2º inciso e) tercer párrafo de la ley n° 26.529, modificada por la ley n° 26.742, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento. Estos cuidados están destinados a garantizar higiene y confort al enfermo terminal.

Nuevamente estamos frente a una contradicción, dado que mediante las mismas directivas el paciente puede rechazar, por ejemplo, la alimentación e hidratación y por otro lado el médico tratante debe mantener los cuidados paliativos según la obligación descripta precedentemente, a efectos de aliviar el dolor y sufrimiento. ¿Cómo se procede en estos casos? ¿Qué decisión debe tomar el médico para cumplir ambas premisas?

Entonces es posible, mediante la utilización de las directivas médicas anticipadas, rechazar procedimientos de hidratación y alimentación. Por lo tanto estamos en presencia de idéntica situación a la oportunamente citada en el punto 1) de este capítulo.

Es decir, al aceptar la posibilidad del rechazo de los mencionados procedimientos, para nada extraordinarios o desproporcionadas, se producirá la muerte del testador vital por inanición y deshidratación, lo cual constituye indudablemente una práctica eutanásica, de carácter pasivo y voluntaria.

Es decir, con coherencia, la norma permite que un paciente lúcido, mayor de edad y capaz rechace procesos de alimentación e hidratación, al manifestar ese deseo en el momento de padecer una enfermedad incurable. También, mediante la utilización de la figura legal estudiada, puede dejar asentado la pretensión de suprimir tales actividades, por adelantado. La única diferencia radica en el momento en que se realiza la elección detallada, porque el resultado final de esa decisión es idéntico en ambos casos, el cual consiste en acelerar el final de la vida. Ello ocurre por la supresión de la alimentación e hidratación y no por el curso ordinario y normal de la enfermedad padecida.

Es sabido, por otra parte, que si bien la aplicación de las directivas anticipadas posee la única limitación consistente en la ejecución de prácticas eutanásicas, el contenido de las mismas debería ser rechazado cuando por su ejercicio se provoque un daño a una tercera persona. Tal es la situación cuando la persona enferma es una mujer embarazada, en cuyo caso deberían utilizarse todos los medios posibles, aún aquellos

considerados desproporcionados, en razón de que el compromiso de vida ya no es autónomo del testador vital, sino que arrastra a otra persona que no tiene porque ser asimilada en la consecuencia, de igual desenlace letal. (Andruet (h), 2016).

En este especialísimo caso, por su importancia, el médico debe desobedecer lo expresado en la directiva, aunque los pedidos detallados en la misma, no configuren la realización de prácticas eutanásicas, única limitante expresamente escrita.

Dicha situación se encuentra expresamente contemplada en la legislación cordobesa. Por lo tanto, la persona por nacer correrá muy distinta suerte si la mujer embarazada se encuentra internada en un hospital nacional o provincial, en la mencionada provincia.

Por lo expuesto, a nivel nacional, las directivas médicas anticipadas pueden contener pedidos que constituirían la realización de eutanasia, en su forma pasiva y voluntaria. En este supuesto, el pedido fue realizado con anterioridad al padecimiento de la enfermedad, es decir, se ha requerido la eutanasia por adelantado.

5) Estado vegetativo persistente. Posibilidad de acceso a muerte digna.

El estado vegetativo persistente ha sido definido en el capítulo 1 de este trabajo de investigación. Podemos agregar que los pacientes en esa condición mantienen algunas funciones vitales, el ritmo sueño-vigilia y carecen de actividad voluntaria.

La Asociación Médica Mundial¹², en su 41° asamblea definió al estado que nos ocupa como *“las personas con graves daños en los hemisferios cerebrales comúnmente pasan a un estado de inconsciencia crónico, llamado estado vegetativo, en el cual el cuerpo cíclicamente se despierta y se duerme, pero no expresa evidencia metabólica cerebral o de comportamiento que indique una función cognitiva o que es capaz de*

1) ¹² Fuente: “Declaración sobre el estado vegetativo persistente”. *Organización Médica Mundial (OMS)*. Recuperado el 10/08/2017 de: <https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-la-asociacion-medica-mundial-sobre-el-estado-vegetativo-persistente>

responder de una manera aprendida a eventos o estímulos externos. Esta condición de pérdida total cognitiva puede producir graves daños que lleven al coma o que se pueden desarrollar más lentamente, como un resultado final de alteraciones estructurales progresivas, como la enfermedad de Alzheimer, que en sus etapas finales puede destruir las funciones psicológicas del cerebro. Cuando dicha pérdida cognitiva dura más de unas pocas semanas, la condición se llama estado vegetativo persistente (EVP), porque el cuerpo mantiene las funciones necesarias para continuar la sobrevivencia vegetativa. La recuperación del estado vegetativo es posible, en especial durante los primeros días o semanas después del comienzo, pero la tragedia es que muchas personas en EVP viven por muchos meses o años, si se les proporciona alimentación y otros medios artificiales”.

El cuerpo mantiene las funciones necesarias para continuar con la supervivencia. De esta manera, el paciente puede vivir meses o varios años, si se le proporciona los cuidados adecuados y obviamente la alimentación e hidratación.

Generalmente, el cerebro de las personas en el estado descrito, sigue funcionando, dado que de no ser así, se debería diagnosticar la muerte cerebral. En ese caso debería cesar toda actividad terapéutica, salvo en casos como el de las mujeres embarazadas, entre algunos otros casos especiales (Sambrizzi, 2005).

El mismo autor sostiene que los pacientes en el estado descrito anteriormente presentan actividad respiratoria y cardiovascular espontánea. Nadie puede con seguridad afirmar y asegurar que una persona en ese estado no va a recuperarse. Existen numerosos casos documentados fehacientemente de personas que han despertado luego de permanecer algunos años en coma.

Por otro lado y tal como describimos anteriormente, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o

alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

Destaco que en he colocado la conjunción copulativa “y”, en lugar de conjunción disyuntiva “o”, tal como se reglamentó mediante el decreto n° 1.089/2012. Por ello, para ejercerse el derecho consagrado en la normativa, el paciente debe padecer una enfermedad irreversible, incurable y debe encontrarse en estado terminal.

Por lo expuesto, en principio, los pacientes en el estado descrito, no estarían contemplados en la norma, dado que no pueden ser considerados enfermos terminales, porque su fallecimiento no va a producirse en forma inminente.

Como se advierte, para acceder a la posibilidad estipulada normativamente, la condición de que el paciente se encuentre en estado terminal es una condición excluyente, además de que se trate de una enfermedad irreversible e incurable. No es el caso entonces de aquellas personas que se encuentran en estado vegetativo persistente.

Por ello, la privación de la alimentación e hidratación a los pacientes en ese estado, que no haya dejado directivas médicas anticipadas, constituiría una eutanasia pasiva involuntaria.

Es oportuno conocer que Taiana de Brandi y Brandi Taiana, citadas por Lafferriere (2013) expresaron que el rechazo de la alimentación e hidratación debería ser decidido sólo por el paciente, ya sea directamente o por medio de las directivas anticipadas, debido a la importancia, transcendencia y envergadura de esa decisión y de las consecuencias que puede acarrear, excluyendo de este modo a los terceros determinados en la normativa vigente.

Como se citó anteriormente, los procedimientos de alimentación e hidratación no están contemplados dentro de los tratamientos médicos denominados extraordinarios o desproporcionados, por tratarse simplemente de cuidados básicos, a los que todo ser humano tiene derecho a acceder. Asimismo, las acciones de alimentar e hidratar al paciente respetan absolutamente la historia natural de toda enfermedad. (Padrón, 2016)

Por ello, el caso de estos pacientes queda fuera de la aplicación de la normativa estudiada. Se debe entonces brindar a los mismos, aquellos tratamientos adecuados que la ciencia médica establece, además de los cuidados de higiene y confort pertinentes. Obviamente que también debe abstenerse de aplicarles tratamientos fútiles, a efectos de

evitar el sufrimiento sin sentido del paciente. Toda privación de tratamiento o quita de soporte vital, constituye la aplicación de eutanasia, si como consecuencia de ello, se acelera la muerte del paciente. Todo esto, de acuerdo a las definiciones citadas en el capítulo 1, dado que como se expresó en reiteradas oportunidades, la normativa no define en forma objetiva que se entiende por prácticas eutanásicas.

6) Contradicciones normativas en las leyes n° 26.529 y 26.742.

La normativa estudiada, presenta contradicciones, cuando trata la temática del alivio del sufrimiento innecesario con motivo del padecimiento de una enfermedad incurable y terminal, cuyo objetivo principal es el rechazo a la distanasia (ver definición en el capítulo 1).

En primer lugar, se debe explicar que se entiende por sistema normativo y el significado de antinomia o contradicción normativa, para situarnos en el contexto de lo que se pretende demostrar.

Según Nino (2003, p.272), existe contradicción entre normas “cuando dos de ellas imputan al mismo caso soluciones incompatibles”. Es decir, dos o más normas incompatibles entre sí regulan la misma relación y tienen el mismo ámbito de validez personal o espacial.

Existen básicamente dos condiciones importantes para asegurar la existencia de una inconsistencia normativa. La primera de ellas radica en que dos o más normas se refieran al mismo caso supuesto y que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad. La segunda condición, es que las normas imputen a ese caso, soluciones lógicamente incompatibles (Nino, 2003).

Por otra parte, Alchourrón y Bulygin, citados por Nino (2003, p.102) han precisado que “un sistema normativo es un sistema deductivo de enunciados”. Un sistema deductivo es “un conjunto cualquiera de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas”. (Tarski citado por Nino, 2003, p.102).

Por lo tanto, los sistemas normativos son aquellos sistemas deductivos de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas existe al menos una norma. Es decir, un

determinado enunciado donde existe una correlación de un caso particular y determinado con una permisión, prohibición u obligatoriedad de alguna acción. (Nino, 2003).

Cabe agregar que un sistema normativo no requiere estar constituido sólo por normas, es suficiente con que en el conjunto de enunciados aparezca al menos una norma para calificar de normativo.

Asimismo, un sistema normativo es inconsistente cuando correlaciona un caso con dos o más soluciones y lo hace de tal modo, que la conjunción de esas soluciones constituye una contradicción normativa (Nino, 2003).

Alchourrón y Bulygin, citados por Nino (2003, p.273) manifiestan sobre el particular que “la prohibición de una acción es lógicamente incompatible con su permisión y con su facultamiento (o sea, la permisión tanto de la acción en cuestión como de su opuesta)”.

Como ya se ha expresado en capítulos anteriores, tanto las leyes analizadas, como el código civil y comercial de la Nación, prohíben expresamente la realización de prácticas eutanásicas. También, como se expuso en su oportunidad, el artículo 79 del código penal, establece la pena para quien las ejecute (“el que matare a otro”).

Es muy importante destacar en este momento que ninguna de las normas que trajimos a colación en esta investigación define objetivamente a la figura controvertida de la eutanasia. Por lo tanto, me permito utilizar el significado que la doctrina le ha otorgado a la misma. Destaco, que la ciencia jurídica ha sido muy coincidente en ese aspecto, tanto en la definición como en la clasificación de las distintas formas existentes, expuestas en el capítulo 1, a las cuales me remito.

En esta línea argumental y tal como se ha expresado en reiteradas oportunidades a lo largo del desarrollo de este trabajo, el rechazo a la alimentación y a la hidratación, la quita de soporte vital y el consentimiento informado por representación, en el caso de pacientes imposibilitados de expresar su voluntad, acortan la vida o bien aceleran la muerte. Por lo tanto configuran prácticas que se encuentran contempladas dentro de las distintas formas de eutanasia.

En las circunstancias señaladas *supra*, se está ayudando a morir. Se acelera ese proceso, más allá del curso normal y natural de la enfermedad que se padece, situación que resulta claramente diferente a lo que se conoce como muerte digna o como

ortotanasia, cuyas figuras fueron descriptas adecuadamente en el capítulo 1, que corresponde a dejar morir, sin alterar en nada el curso de ese proceso. En estos casos, se libra al paciente de sufrimientos innecesarios, de tratamientos invasivos, fútiles y desproporcionados, es decir se quita o no se brinda al paciente lo que nada bueno le provoca.

En razón de todo lo enunciado, evidentemente y sin lugar a dudas, estamos en presencia de contradicciones normativas, dado que dos partes o secciones de las leyes bajo análisis y a su vez, esas mismas normas específicas con el código civil y comercial de la Nación, las cuales poseen el mismo ámbito de aplicabilidad, imputan soluciones lógicamente incompatibles, prohibiendo una acción por un lado (ej: realizar prácticas eutanásicas) y facultando la misma por el otro (quita de soporte vital, alimentación, hidratación).

Todo esto teniendo en cuenta las definiciones y clasificaciones correspondientes a la eutanasia, que fueron expuestas al comienzo el trabajo y al silencio que hace la normativa sobre el caso, que omite la definición del término traído a colación.

Por último, en este contexto, me parece importante la opinión de Delgado (2012, p. 50), quien expresa que “la ley de derechos del paciente que se encuentra en contradicción con la semántica castellana prohíbe como directiva anticipada las prácticas eutanásicas olvidando que la muerte digna es una forma de la eutanasia pasiva”.

Conclusiones.

En este trabajo de investigación se analizaron las leyes n° 26.529 y 26.742, denominadas “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” y “Ley de Muerte Digna”, respectivamente.

Como se expuso a lo largo de los capítulos precedentes, el rápido y constante avance tecnológico aplicado a la medicina ha tenido efectos tanto positivos como negativos. En algunos casos, esa evolución ha colaborado en prolongar y mejorar la calidad de vida, pero en otros, sólo han agregado sufrimiento y dolor, debido a la aplicación de tratamientos desmesurados, desproporcionados y exorbitantes, con el solo fin de prolongar una agonía. Estos hechos han despertado la toma de conciencia por parte de los pacientes, de que tienen derecho a aceptar o rechazar estos tratamientos, que no tienen como fin la cura o la mejora de la salud.

Es evidente que las leyes citadas han brindado muchas respuestas sobre el tema tratado, el cual afecta a toda la sociedad, concerniente al derecho a morir dignamente y a no soportar ciertas prácticas médicas que no lograrán ningún resultado beneficioso para el paciente.

En este contexto, en la investigación efectuada, se ha analizado, en primer lugar, los conceptos principales de la temática estudiada, como ser eutanasia, distanasia, ortotanasia, entre otros. Del análisis del primer término citado, se puede concluir que la doctrina es coincidente cuando expresa que la eutanasia representa a una forma de poner fin a la vida, sin dolor ni sufrimiento, de un persona que padece una enfermedad, irreversible y terminal, motivado por la compasión. Dicha acción puede ser o no consentida.

De la misma manera, y *contrario sensu*, la distanasia, también denominada encarnizamiento terapéutico, consiste básicamente en la aplicación al paciente de todos los procedimientos posibles para tratar su enfermedad, pero en forma desproporcionada. Considero que es acertado su rechazo tal como lo establece la normativa vigente, pues su aplicación podría considerarse como degradante de la dignidad, de la integridad física y moral de la persona que debe padecerla y por supuesto de su entorno familiar.

Es incuestionable que la normativa prioriza la voluntad del paciente, por sobre cualquier otra, cuando este manifestó su decisión. La misma puede ser realizada con anterioridad, por intermedio de la denominada directiva anticipada o bien en el momento de recibir la información pertinente por parte del médico, mediante la figura del consentimiento informado. Se reconoce expresamente al paciente como dueño de su cuerpo, de su salud, y se respetan las decisiones que tome acerca de su plan de vida. Es indudable que la prevención del encarnizamiento terapéutico es una de las finalidades que ha motivado la sanción de las leyes analizadas.

No obstante todo lo expuesto, se han generado muchísimos debates tanto en el ámbito médico como doctrinario, respecto al alcance de la posibilidad de rechazo de los procedimientos de hidratación y alimentación bajo ciertas circunstancias descriptas oportunamente, al considerarse los mismos, como tratamientos médicos y de carácter extraordinario. Podemos asegurar que es el principio que más controversia ha generado tanto en el debate legislativo como académico.

Si bien es cierto que nuestro derecho ha reconocido la validez de la renuncia a estos medios de soporte vital, es importante destacar que los mismos representan cuidados básicos que deben proveerse a cualquier persona. Alimentar e hidratar al paciente terminal no es una manera desmedida de mantenerlo con vida, sino todo lo contrario. Quitar o suprimir el citado soporte implica provocar la muerte del paciente por inanición, con las terribles consecuencias que ese estado provoca al mismo.

El rechazo de la alimentación o hidratación constituye la interrupción de una de las tantas medidas adecuadas de control, que tienen como objetivo más importante el de brindar confort y alivio al paciente moribundo, enmarcado en los denominados cuidados paliativos.

El mantenimiento de dicho soporte no altera el curso normal de la enfermedad ni tampoco evita el desenlace correspondiente a la muerte de la persona, sino que hará su tránsito hacia la misma de una forma menos dolorosa. Ello, porque no agrega otro padecimiento a los propios generados por la enfermedad que se padece.

La nutrición e hidratación son medidas que no pretenden corregir, curar o modificar una enfermedad o una disfunción del organismo, sino que responden a

necesidades naturales del ser humano y por lo tanto constituyen requisitos básicos de toda persona para mantenerse con vida.

Cabe resaltar que aunque los procedimientos mencionados se practiquen en forma artificial, constituyen un medio ordinario y proporcionado para la conservación de la vida. Se trata de conductas normales y necesarias que practican todas las personas, estén o no enfermas, y constituyen necesidades básicas y elementales del paciente.

Es claro que si se retira la hidratación se promueve o se potencia el fracaso cardiovascular y renal y la muerte ocurre en el plazo de pocos días. El respeto a la vida de toda persona humana es un principio moral universal, que trasciende ampliamente a la medicina y que está presente a lo largo de toda la historia de la humanidad.(Sambrizzi, 2010)

En este punto, cabe reflexionar sobre la dignidad de la persona en esa situación, a la que dejamos morir por desnutrición o deshidratación debido a la desconexión de las medidas de soporte vital que lo mantiene con vida. Por un lado se sancionó una ley que procura evitar la distanasia, para proteger la dignidad del paciente y por otro lado, la misma norma permite que se produzca la muerte, en forma dolorosa, por inanición y falta de agua, lo que resulta terriblemente contradictorio.

No tengo dudas entonces que la supresión de la alimentación e hidratación constituyen eutanasia, del tipo pasiva, la cual está prohibida en el plexo normativo. Se permite esa práctica, pero bajo otro nombre, evitando el término adecuado, quizás para evitar las controversias sociales, éticas y religiosas que el tema acarrea.

Es válida aquí la pregunta que se formula Pondal (2012, p. 106), ya expuesta en los capítulos anteriores, la cual expresa: “si se admite la eutanasia pasiva, entonces ¿Dónde radica la prohibición de la eutanasia? Admitirla un poco ya no es prohibirla.”

Otro tema controvertido tratado en este trabajo corresponde al consentimiento informado cuando el paciente se encuentra imposibilitado para brindar el mismo, debido a su estado de salud.

El punto del presente análisis corresponde a los casos donde se permite que los representantes puedan rechazar tratamientos necesarios para conservar la vida del paciente enfermo.

En esa circunstancia, como se expuso oportunamente, la normativa establece que el mismo podrá ser brindado por las personas mencionadas en la ley n° 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación que allí se establece. Se impone entonces un régimen de representación formal. No obstante ello, reitero que ninguna de las leyes analizadas brinda criterios objetivos para la toma de decisiones en esos casos.

Es muy importante tener en cuenta que es realmente diferente disponer de los órganos de una persona fallecida que decidir sobre la vida de un paciente, dado que se deben tomar decisiones cuyas consecuencias impactan en la vida ajena, que afectan derechos personalísimos, indelegables, intransferibles e indisponibles.

En primer lugar, quiero destacar que al permitir ese tipo de consentimiento en las circunstancias descriptas, se vulnera el derecho a la autonomía de la voluntad, consagrado en nuestra Constitución Nacional, resaltado en la jurisprudencia expuesta en este trabajo y receptado por los legisladores al sancionar las leyes bajo análisis. El ejercicio de un derecho personalísimo, que no puede realizarlo el paciente inconsciente, es suplido por el testimonio de terceros, quienes deciden sobre la vida del enfermo.

Por ello, cuestiono que un derecho tan personalísimo, pueda ejercerse por otra persona sin un mandato expreso efectuado por el titular de tal derecho, el cual no puede exteriorizar su voluntad.

Hay que ser muy prudentes y excesivamente cautelosos cuando se decide el rechazo de un tratamiento o la quita de soporte vital en las circunstancias analizadas, dado que se trata de una vida ajena. Si el paciente continúa viviendo y luego se descubre, por algún medio (por ej, se encuentran directivas anticipadas), que su voluntad consistía en el rechazo de ciertas prácticas, el caso es totalmente remediable. Por el contrario, si el mismo fallece por la suspensión de los tratamientos a pedido de sus representantes y luego se descubre de la misma manera que existía alguna directiva médica anticipada, contraria a la decisión tomada, este error no es subsanable.

Por lo expuesto, en estas situaciones descriptas, se está ejecutando una eutanasia involuntaria, circunstancia que se configura al interrumpirse la vida del paciente, cuando éste no está en condiciones de brindar su opinión, de acuerdo a las definiciones esbozadas en el capítulo 1.

Nuevamente estamos ante la presencia de prácticas eutanásicas prohibidas en el texto legal, pero permitidas indirectamente por la misma norma, al consentir la toma de decisiones por parte de terceros, acerca de la quita o supresión de ciertos soportes al paciente en estado terminal, sin capacidad de ejercicio.

Por lo expuesto, en estos casos, no sólo se están llevando a cabo prácticas eutanásicas prohibidas, sino también se estarían violentando el derecho a la autonomía de la voluntad del paciente, la cual se desconoce, por su estado de salud (inconsciencia, incapacidad, etc) y por no haber dejado directivas anticipadas.

Es claro entonces que en nuestra legislación se permite la interrupción de tratamientos médicos y también de los procedimientos de la alimentación e hidratación. Por lo tanto, se admiten las prácticas eutanásicas, en forma pasiva al ejecutarse esas posibilidades, ya sea por la decisión del paciente consciente en el momento de sufrir una enfermedad (consentimiento informado) o con anterioridad al padecimiento de la misma (directivas anticipadas). También se consienten las prácticas eutanásicas en forma involuntaria, cuando esas decisiones son tomadas por terceras personas, debido a que el paciente se encuentra inconsciente y no ha dejado directivas expresas sobre su tratamiento.

Por lo tanto, se confirma la hipótesis del presente trabajo, concluyendo que la normativa estudiada permite las prácticas eutanásicas, en forma pasiva voluntaria e involuntaria, según sea el caso. Es decir, el plexo legal admite el ejercicio de ciertos derechos, como ser el de una muerte digna o el rechazo al encarnizamiento terapéutico, entre otros, y asimismo también concede la realización de ciertos procedimientos que concluyen en eutanasia, como se detalló en los párrafos precedentes.

Es muy importante recalcar que no cuestiono de ninguna manera la posibilidad de permitir o legalizar la figura de la eutanasia en sí, sino la contradicción de la normativa de prohibirla por un lado y permitir la por otro. Comprendo que la eutanasia es uno de los temas más controvertidos, con importantísimas implicancias sociales, éticas, religiosas y políticas. El plexo normativo analizado la permite, indirectamente, casi furtivamente y evita usar el término adecuado.

Por ello, en este momento me pregunto el motivo por el cual un paciente, en estado terminal, no puede solicitar (en el momento o en forma anticipada, mediante la

figura de las directivas médicas anticipadas) directamente la interrupción de su vida, acortando el período de sufrimiento. ¿No estamos frente a la presencia de los mismos derechos que motivaron la sanción de las leyes estudiadas, con el mismo desenlace?

Es contradictorio que sea plenamente legal el permitir a un paciente que muera lenta y agónicamente por inanición y deshidratación, en un periodo de tiempo determinado y que no se admita la posibilidad de que a la misma persona se le aplique una inyección letal para que se produzca su muerte en forma inmediata e indolora. La única diferencia visible y concreta entre ambos procedimientos que desencadenan en la muerte, es la variable tiempo, dado que por el método permitido normativamente se logra el cometido en forma mucho más lenta que la resulta de la aplicación de la eutanasia.

Mantener con vida a una persona, que sufre, que no puede soportar los dolores que padece y que voluntariamente desea morir, constituye, a mi entender, un grave avasallamiento a sus decisiones íntimas y privadas, contrario a lo establecido en el artículo 19° de nuestra carta magna. No se respetan los deseos de la persona, fundados en la autonomía de la voluntad y el derecho de la misma a vivir de acuerdo a su propio plan, libre de injerencias arbitrarias hasta en sus últimos días.

Debemos aceptar la libertad de decidir de las personas desde el inicio hasta el final de la vida, incluyendo, el modo o forma de morir. Por ello, debe plantearse la necesidad de regular aquella situación en la que un paciente capaz, lúcido, consciente y despojado de todo tipo de presión, pueda solicitar a su médico un procedimiento previamente establecido para provocar su muerte, en aquellos casos, por ejemplo, que padezca una enfermedad incurable e irreversible.

No obstante todo lo expuesto, la normativa vigente, a pesar de las contradicciones y falencias enunciadas, ha sentado una base muy importante en el reconocimiento de los derechos de los pacientes. Y de acuerdo al principio de progresividad, no solo es imposible el retroceso en el tema, sino que el estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción de los derechos consagrados.

Por ello, mediante la sanción de las normas analizadas, se ha comenzado un largo camino hacia una nueva discusión, que debe tratar sobre la posibilidad de reglamentar la

eutanasia. Se debe determinar cómo y cuándo disponer, bajo determinadas y estrictas condiciones, de la propia muerte.

Referencias bibliográficas.

1) Doctrina:

a) Libros:

1. Abad, D., Andruet (h), A. y Padrón, J. (2016). *Las Directivas Médicas Anticipadas y su Conocimiento Profesional Médico – Jurídico*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
2. Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
3. Aldao, M., Clérico, L. y Ronconi, L. (2013). Crónica de una Ley Anunciada: el principio de autonomía en los casos sobre negativa a recibir tratamientos médicos. En A. Gil Domínguez (Ed.), *Muerte Digna* (pp.243 - 259). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
4. Basterra, M. (2013). El Derecho a una Muerte Digna y el Principio de la Autonomía Personal. En A. Gil Domínguez (Ed.) *Muerte Digna* (pp.219 – 240). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
5. Bergel, S., Flah, L., Herrera, M., Lamm, E. y Wierzba, S. (2015). *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Caba: Thomson Reuters La Ley.
6. Cifuentes, S (1995). *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires : Astrea.
7. Diegues, J. (2013). Los estándares Jurisprudenciales de Eutanasia en los Casos más Paradigmáticos y su Influencia en la Ley de Muerte Digna. En A. Gil Domínguez (Ed.), *Muerte Digna* (pp.261 – 270). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
8. Farías, G. (2007). *Muerte Voluntaria*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
9. Garay, O. (2013). La Ley de Muerte Digna en el Marco Ético y Jurídico de la Ley de Derechos de los Pacientes. En A. Gil Domínguez (Ed.), *Muerte Digna* (pp 159 - 197). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
10. Gherardi, C. (2006). Eutanasia. Propuesta para una definición restrictiva. En S. Bergel (Ed.), *Bioética y Derechos Humanos de la Revista Jurídica Argentina* (pp 209 – 223). Buenos Aires, Argentina: LexisNexis Abeledo Perrot.
11. Lafferriere, J. (2013). Entre el Derecho a la Vida y la Autonomía de la Voluntad. Comentario a la Ley 26.742. En A. Gil Domínguez (Ed.), *Muerte Digna* (pp.329 – 348). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
12. Llorens, L. y Rajmil A. (2010). *Derecho de Autoprotección*. Caba: Astrea.
13. Nino, C. (2003). *Introducción al Análisis del Derecho* . (2ª ed.). Caba: Astrea.
14. Rossetti, A. (2013). Sobre la llamada “Ley de Muerte Digna”, La Eutanasia y los Derechos en Argentina. En A. Gil Domínguez (Ed.), *Muerte Digna* (pp.37 - 50). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

15. Sabino, C. (1994). *El Proceso de Investigación*. Buenos Aires: Lumen.
16. Sambrizzi, E. (2005). *Derecho y Eutanasia*. Buenos Aires: La Ley.
17. Sampedri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Recursos Metodológicos para la Preparación de Investigaciones* (6° Ed.). México: Mc Graw Hill Education.
18. Tinant, E.(2013). Luces y Sombras de la Llamada Muerte Digna. En A. Gil Dominguez (Ed.), *Muerte Digna* (pp.121 – 142). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
19. Yuni, J. y Urbano, C. (2014) *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación* (1° Ed.). Córdoba: Brujas.

b) Revistas:

1. Blanco, G. (2008). Directivas anticipadas. *Diccionario latinoamericano de bioética.*, 425 -427.
Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001618/161848s.pdf>.
2. Blanco, G. (2008). Morir con Dignidad. *Diccionario latinoamericano de bioética.*, 508 – 511.
Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001618/161848s.pdf>.
4. Castañeda, A. (2011). Los testamentos en vida. *Vida Humana Internacional*. Disponible en http://www.vidahumana.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=682:los-testamentos-en-vida&Itemid=183.
5. Cataldi Amatriain, R. (2003). Futilidad terapéutica. *Revista de la Sociedad de Medicina Interna de Buenos Aires.*(4)
Disponible en: https://www.smiba.org.ar/revista/vol_04/04_04_03.htm.
6. Ghersi, C. (2012). El consentimiento informado y el médico en la muerte digna. *Suplemento Especial La Ley*, 100 – 102.
Disponible en: <http://www.gracielamedina.com/identidad-de-g-nero-muerte-digna-suplemento-especial-la-ley/>.
7. Gonzalez Pondal, T. (2012). Legislación pseudo divina y muerte digna. *Suplemento Especial La Ley*, 103 – 106.
Disponible en: <http://www.gracielamedina.com/identidad-de-g-nero-muerte-digna-suplemento-especial-la-ley/>.
8. Magnante, D. (2010). Tratamientos proporcionados y desproporcionados en el estado vegetativo persistente. *Vida y Ética*, año 11, nº 1, Buenos Aires.
Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/tratamiento-estado-vegetativopersistente.pdf>.
9. Sambrizzi, E. (2012). Muerte digna: Modificación de la ley 26.529 sobre derechos del paciente. *Suplemento Especial La Ley*, 123 - 126.

Disponible en: <http://www.gracielamedina.com/identidad-de-g-nero-muerte-digna-suplemento-especial-la-ley/>

10. Sambrizzi, E. (2010). Voluntades anticipadas, su valor legal. *Vida y Ética*. 11.2 (2010).
Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/voluntades-anticipadas-valor-legal-sambrizzi.pdf>.
11. Siverino, P. (2012). Derechos de los pacientes y muerte digna: comentario a la ley sobre el rechazo o la negativa al soporte. *Suplemento Especial La Ley*, 127 - 131.
Disponible en: <http://www.gracielamedina.com/identidad-de-g-nero-muerte-digna-suplemento-especial-la-ley/>.
12. Taiana de Brandi, N y Brandi Taiana; M (2012). La modificación de la ley 26.529. *Suplemento Especial La Ley*, 137- 140.
Disponible en: <http://www.gracielamedina.com/identidad-de-g-nero-muerte-digna-suplemento-especial-la-ley/>.
13. Urbina, P. (2012). La capacidad de decidir sobre la propia vida. *Suplemento Especial La Ley*, 149 - 154.
Disponible en: <http://www.gracielamedina.com/identidad-de-g-nero-muerte-digna-suplemento-especial-la-ley/>.

2) Legislación:

a) Internacional:

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).
2. Declaración Universal de Derechos Humanos.
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

b) Nacional:

1. Constitución de la Nación Argentina.
2. Código Penal de la Nación.
3. Ley n° 21.541 del año 1977.
4. Ley n° 23.464 de Ablación e Implantes.
5. Ley n° 24.193 de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos.
6. Ley n° 26.529 de los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.
7. Ley n° 26.529 de los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud N° 26.742, llamada “Muerte Digna”.
8. Ley n° 4.264 “Muerte Digna” de la provincia de Río Negro.

9. Ley n° 17.132 de las Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas.
10. Ley n° 10.058 de la Declaración de Voluntad Anticipada de Muerte Digna de la provincia de Córdoba.
11. Ley n° 2.611 de los Derechos del Paciente de la provincia del Neuquén.
12. Código Civil y Comercial de la República Argentina.

3) Jurisprudencia:

a) Nacional:

1. C.S.J.N. “Bahamondez s/Medidas Precautorias” LL, 1993-D-130 (1993).
2. Juzg. 1° Inst. Crim. y Corr. N° 3 Mar del Plata, “Dirección del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) de Mar del Plata s/ Presentación” (1995).
3. Juzg. Crim. y Corr. N° 1 de Transición de Mar del Plata, “M s/Amparo” L.L. 2005 - 1066.
4. SCBA, “S., M. d. C., Insania”; L.L. 2005-B-267.
5. Juzg. 1° Inst.Corr. N° 4 de Mar del Plata, “M.d.C.M y N.A. A” (2006).
6. C.S.J.N. “Albarracini Nieves, Jorge Washignton s/Medidas Precautorias”.L.L.2012-D, 252.
7. Juzg. Corr. N° 4 de Mar del Plata “R.R.T s/ actos de autoprotección (directivas anticipadas)” (2012).
8. C.S.J.N. “D.,M.A. s/Declaración de Incapacidad”, D. 376. XLIX. REX (2015).

4) Otros:

a) Páginas web consultadas:

- 1) Organización Mundial de la Salud. OMS Cuidados paliativos:
<http://www.who.int/cancer/palliative/es/>
- 2) Asociación médica mundial: <https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-la-asociacion-medica-mundial-sobre-el-estado-vegetativo-persistente>
- 3) Real academia española: <http://www.rae.es/>.

Anexo.

1) Sumario de los fallos más representativos.

a) Caso Bahamanodez.

Resulta inoficioso decidir sobre cuestiones planteadas en el remedio federal cuando hay falta de un interés o agravio concreto y actual del apelante. Las sentencias de la Corte Suprema deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario.

Ante la inexistencia de un agravio actual, no corresponde a la Corte dictar un pronunciamiento que decida definitivamente –en función de una determinada situación de hecho– sobre la legitimidad de la oposición del paciente a recibir una transfusión sanguínea, pues aun para el caso de ser necesaria una intervención médica de igual naturaleza, no existe certeza alguna sobre la verificación de idénticas circunstancias fácticas que las consideradas, principalmente en lo que atañe a la declaración de voluntad del interesado, a la afectación de derechos de terceros o a la presencia de un interés público relevante, aspectos cuya apreciación es esencial para juzgar fundadamente la cuestión que dio lugar a las actuaciones en la medida en que podrían sustentar soluciones opuestas.

El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos a la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. Los derechos que amparan la dignidad y la libertad se yerguen para prevalecer sobre los avances de ciertas formas de vida, impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico.

Respecto al marco constitucional de los derechos de la personalidad, los mismos se relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a

disponer de su propio cuerpo. En rigor, el art. 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de sus propias vidas, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa

La libertad religiosa es un derecho natural e inviolable de la persona humana, en virtud del cual en materia de religión nadie puede ser obligado a obrar contra su conciencia, ni impedido de actuar conforme a ella, tanto en privado como en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos.

El fundamento de la libertad religiosa reside en la naturaleza misma de la persona humana, cuya dignidad la lleva a adherir a la verdad. Mas esta adhesión no puede cumplirse en forma adecuada a dicha naturaleza, si no es fruto de una decisión libre y responsable con exclusión de toda coacción externa. En razón de ello, este derecho permanece en aquellos que no cumplen la obligación moral de buscar la verdad y ordenar su vida según sus exigencias.

La libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho cumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común.

El Estado se halla investido de título suficiente para tutelar la integridad física y la vida de las personas en supuestos como el consumo individual de estupefacientes o la práctica de la eutanasia o de operaciones mutilantes carentes de una finalidad terapéutica. En estos supuestos, no existe óbice constitucional para el castigo tanto del afectado, como de los profesionales intervinientes, pues constituyen manifestaciones de

una cultura de la muerte que, al lesionar la naturaleza y la dignidad de la persona, no son susceptibles de tutela ni tolerancia jurídica.

El art. 19 de la ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros.

No resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros.

La recta interpretación del art. 19 de la ley 17.132, que dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán "respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse" aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente.

b) Caso Albarracini.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil denegó la medida precautoria solicitada por Jorge Washington Albarracini Nieves a los efectos de que se autorice a los médicos tratantes de su hijo mayor de edad, perteneciente al culto "Testigos de Jehová" e internado en una clínica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a efectuarle una transfusión de sangre que resultaba necesaria para su restablecimiento. A raíz de ello, se dedujo recurso extraordinario.

La corte confirmó el pronunciamiento recurrido. Los jueces Fayt y Petracchi se remitieron a sus respectivos votos en el precedente "Bahamondez" (Fallos: 316:479)-

El tribunal confirmó el pronunciamiento que denegó la medida cautelar tendiente a que se autorice a los médicos tratantes a efectuar una transfusión de sangre si no existen constancias que indiquen que la negativa del hijo mayor de edad del presentante a recibir un tratamiento médico contrario a sus creencias religiosas -culto “Testigos de Jehová”- ofenda al orden, a la moral pública o a los derechos ajenos, por lo que cabe concluir que no existió interés público relevante que justificara la restricción en su libertad personal.

Entendió que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorice a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento, ya que mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo; una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carga Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior.

Agregó que con sustento en el art. 19 de la Constitución Nacional, que concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su vida y de cuanto les es propio, es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal, que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada, idea que ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos “con o sin expresión de causa” (art. 2 inc. e).

c) Caso D.,M.A.

Los representantes de un paciente, que desde 1994 se encontraba en estado vegetativo persistente e irreversible, solicitaron que se ordene la supresión de su hidratación y alimentación enteral así como todas las medidas terapéuticas que lo mantienen con vida en forma artificial. El Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Neuquén hizo lugar al reclamo. A raíz de ello, el curador ad litem y el representante del Ministerio Público de Incapaces interpusieron sendos recursos extraordinarios.

La Corte Suprema confirmó lo resuelto entendiendo que deberían adoptarse las providencias y acciones para el adecuado control y alivio de un eventual sufrimiento del paciente.

En primer término, la Corte Suprema entendió que los agravios introducidos se vinculaban con la determinación del alcance de los derechos constitucionales tales como el derecho a la vida, a la autonomía personal, a la dignidad humana y a la intimidad y la resolución apelada fue contraria al derecho invocado por los recurrentes.

Consideró que la modificación introducida a la Ley de Derechos del Paciente 26.529 por la ley 26.742 importó el reconocimiento a personas aquejadas por enfermedades irreversibles, incurables o que se encuentren en estado terminal o que hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación, la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos mediante la admisión, en el marco de ciertas situaciones específicas y ante la solicitud del paciente, la “abstención” terapéutica. En el caso, tratándose de un paciente desahuciado en estado terminal, la petición formulada para que se retiren las medidas de soporte vital que se le suministran, encuadra dentro de lo contemplado en los artículos 2º, inciso e) y 5º, inciso g), de la ley 26.529.

Entendió que la decisión del paciente de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional. Al respecto -sostuvo- corresponde resaltar el valor de la autodeterminación de la persona humana con fundamento en el artículo 19 de la

Constitución Nacional no sólo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones del individuo concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de éste para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo.

Manifestó que en supuestos en que el paciente se encuentre imposibilitado de expresar su consentimiento a causa de su estado físico o psíquico, el art. 6° de la ley 26.529 -que remite al art. 21 de la ley 24.193- determina qué personas vinculadas a él -y en qué orden de prelación- pueden hacer operativa la voluntad de aquél y resultar sus interlocutores ante los médicos a la hora de expresar sobre la continuidad del tratamiento o el cese del soporte vital, sin que pueda considerarse una transferencia a aquellas de un poder incondicionado para disponer la suerte del paciente mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia.

Señaló que conforme lo dispuesto en el art. 21 de la ley 24.193 al que remite el artículo 6° de la ley 26.529, los hermanos resultan personas autorizadas por ley, bajo declaración jurada, a dar testimonio y hacer operativa la voluntad del paciente imposibilitado de expresar su consentimiento a causa de su estado físico o psíquico sobre la continuidad del tratamiento o el soporte vital.

Agregó que la autorización que la ley asigna a personas vinculadas al paciente -impedido para expresarse por sí y en forma plena debido a su discapacidad- a hacer operativa su voluntad no significa autorizarlos a decidir la cuestión en función de sus propios valores, principios o preferencias sino que por el contrario, ellas sólo pueden intervenir exclusivamente dando testimonio juramentado de la voluntad de aquél con el objeto de hacerla efectiva y garantizar la autodeterminación de aquél en plena correspondencia con los principios del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 26.378, que integra el bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto en la ley 27.044.

El ser humano –sostuvo el Tribunal- goza del derecho a la autodeterminación de decidir cesar un tratamiento médico como también, en sentido opuesto, a recibir las necesarias

prestaciones de salud y a que se respete su vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.

Afirmó que no cabe exigir autorización judicial para convalidar las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la abstención o continuidad de los tratamientos médicos, en la medida en que se ajusten a los supuestos y requisitos establecidos en la ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las leyes 26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión.

Además, expresó que a los fines de garantizar la efectiva vigencia de los derechos del paciente al que alude la ley 26.529, corresponde dar cumplimiento al artículo 2, inciso e, in fine, de la ley 26.529 en cuanto precisa que en los casos en que corresponde proceder al retiro de las medidas de soporte vital, es menester adoptar las providencias y acciones para el adecuado control y alivio de un eventual sufrimiento del paciente.

En el marco de las situaciones de pacientes contempladas en los arts. 2º, inciso e) y 5º, inciso g), de la ley 26.529, sostuvo que deberá contemplarse -mediante un protocolo- las vías por las que el personal sanitario pueda ejercer su derecho de objeción de conciencia, sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención del paciente y, a tal fin, deberá exigirse que aquélla se manifieste en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente de modo tal que cada institución contemple recursos humanos suficientes para garantizar en forma permanente, el ejercicio del derecho que la ley confiere a los pacientes en la citada ley.

Puntualizó que el artículo 19 de la Constitución Nacional otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros.

Estimó que, en el caso, la petición efectuada por las hermanas de un paciente, que desde 1994 se encontraba en estado vegetativo persistente e irreversible, de que se abstenga de proveerle de todo tratamiento médico se enmarca dentro de los supuestos previstos en la ley al ser efectuada por familiares legitimados y sin que los testimonios por ellos brindados fueran contrarrestados.

Por otra parte, señaló que la manifestación de voluntad del paciente, que había realizado oportunamente, había sido probada en la causa, sin que fuera contrarrestada.

Por último, enfatizó que la ley 26.529 (art. 6°) no autoriza a las personas designadas a decidir por sí y a partir de sus propias valoraciones subjetivas y personales, con relación al tratamiento médico de quien se encuentra impedido de expresarse en forma absoluta y permanente a su respecto sino que les permite exclusivamente intervenir dando testimonio juramentado de la voluntad del paciente con el objeto de hacerla efectiva y garantizar la autodeterminación de este.

2) Ley n° 26.529 y ley n° 26.742.

ARTÍCULO 1° — Ámbito de aplicación. El ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la presente ley.

Capítulo I

DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACION CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD.

ARTICULO 2° — Derechos del paciente. Constituyen 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, los siguientes:

a) Asistencia. 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;

b) Trato digno y respetuoso. 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;

c) Intimidad. 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 N° 25.326;

d) Confidencialidad. 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;

e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan

como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significarán la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. (Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

f) Información Sanitaria. 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.

g) Interconsulta Médica. 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.

Capítulo II

DE LA INFORMACION SANITARIA

ARTÍCULO 3° — Definición. A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria 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.

ARTÍCULO 4° — Autorización. La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente.

En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al 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.

Capítulo III

DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

ARTÍCULO 5° — Definición. Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;
- h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. (Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

ARTÍCULO 6° — Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En

el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

ARTÍCULO 7° — Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito:

- a) Internación;
- b) Intervención quirúrgica;
- c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos;
- d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley;
- e) Revocación.
- f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto. (Inciso incorporado por art. 4° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

ARTÍCULO 8° — Exposición con fines académicos. Se requiere el consentimiento del paciente o en su defecto, el de sus representantes legales, y del profesional de la salud interviniente ante exposiciones con fines académicos, con carácter previo a la realización de dicha exposición.

ARTÍCULO 9° — Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos:

- a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública;

b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.

ARTICULO 10. — 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.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

ARTICULO 11. — Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

Artículo 11 bis: 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.

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

Capítulo IV

DE LA HISTORIA CLINICA

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

ARTICULO 13. — Historia clínica informatizada. El contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad.

La reglamentación establece la documentación respaldatoria que deberá conservarse y designa a los responsables que tendrán a su cargo la guarda de la misma.

ARTICULO 14. — Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia.

ARTICULO 15. — Asientos. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes y de lo que disponga la reglamentación, en la historia clínica se debe asentar:

- a) La fecha de inicio de su confección;
- b) Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar;

- c) Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad;
- d) Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes;
- e) Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos del paciente, si los hubiere;
- f) En el caso de las historias clínicas odontológicas, éstas deben contener registros odontológicos que permitan la identificación del paciente;
- g) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas. Los asientos que se correspondan con lo establecido en los incisos d), e), f) y g) del presente artículo, deberán ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria. Para el caso del inciso f) debe confeccionarse el registro odontológico, integrante de la historia clínica, en el que se deben individualizar las piezas dentales del paciente en forma estandarizada, según el sistema dígito dos o binario, conforme al sistema de marcación y colores que establezca la reglamentación.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.812 B.O. 21/1/2013).

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

ARTICULO 17. — Unicidad. La historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una "clave uniforme", la que deberá ser comunicada al mismo.

ARTICULO 18. — Inviolabilidad. Depositarios. La historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, "Del depósito", y normas concordantes.

La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de DIEZ (10) años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación.

ARTICULO 19. — Legitimación. Establécese que se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica:

- a) El paciente y su representante legal;
- b) El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla;
- c) Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal.

A dichos fines, el depositario deberá disponer de un ejemplar del expediente médico con carácter de copia de resguardo, revistiendo dicha copia todas las formalidades y garantías que las debidas al original. Asimismo podrán entregarse, cuando corresponda, copias certificadas por autoridad sanitaria respectiva del expediente médico, dejando constancia de la persona que efectúa la diligencia, consignando sus datos, motivos y demás consideraciones que resulten menester.

ARTICULO 20. — Negativa. Acción. Todo sujeto legitimado en los términos del artículo 19 de la presente ley, frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, dispondrá del ejercicio de la acción directa de "habeas data" a fin de asegurar el acceso y obtención de aquélla. A dicha acción se le imprimirá el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte más apto y rápido. En jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia.

ARTICULO 21. — Sanciones. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave, 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— y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas.

Capítulo V

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 22. — Autoridad de aplicación nacional y local. Es autoridad de aplicación de la presente ley en la jurisdicción nacional, el Ministerio de Salud de la Nación, y en cada una de las jurisdicciones provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la máxima autoridad sanitaria local.

Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adherir a la presente ley en lo que es materia del régimen de sanciones y del beneficio de gratuidad en materia de acceso a la justicia.

ARTICULO 23. — Vigencia. La presente ley es de orden público, y entrará en vigencia a partir de los NOVENTA (90) días de la fecha de su publicación.

ARTICULO 24. — Reglamentación. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los NOVENTA (90) días contados a partir de su publicación.

ARTICULO 25. — Comuníquese al Poder Ejecutivo.