



PROYECTO DE INVESTIGACION APLICADA

**“EUTANASIA Y LA REGULACION DE LA MUERTE DIGNA EN EL
SISTEMA JURIDICO ARGENTINO”**

Stratta Karen del valle. 2019. Universidad Empresarial Siglo 21.

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia el proceso de eutanasia y su posible implementación en Argentina dentro de la ley 26.742 así como su definición, clases, antecedentes y regulación. A lo largo del proyecto se aborda la temática desde un punto de vista inclusivo para con la eutanasia, de manera que pueda ser considerada un derecho que tengan las personas de decidir qué hacer con sus vidas frente a determinadas situaciones. Dado que para nuestra Constitución la vida es un bien jurídico tutelado y el Derecho Natural es su base también se tratan los distintos debates que se han generado, exponiendo las opiniones en contra y a favor. Se ha utilizado legislación internacional para conocer la situación de la eutanasia en otros países donde es legal y donde intentaron legalizarla, legislación nacional e informes y artículos para contemplar su situación en nuestro país, donde actualmente, es ilegal y considerada un homicidio según el código penal.

PALABRAS CLAVES: Eutanasia; muerte digna; capacidad; ordenamiento jurídico.

ABSTRAC

In the present work the euthanasia process is studied and its possible implementation in Argentina within the law 26.742 as well as its definition, classes, antecedents and regulation. Throughout the project the subject is approached from an inclusive point of view towards euthanasia, so that it can be considered a right that people have to decide what to do with their lives in certain situations. Given that for our Constitution, life is a protected legal asset and Natural Law is its base, the different debates that have been generated are also discussed, exposing the opinions against and in favor. International legislation has been used to know the situation of euthanasia in other countries where it is legal and where they tried to legalize it, national legislation and reports and articles to contemplate their situation in our country, where it is currently illegal and considered a homicide according to the penal code.

KEY WORDS: Euthanasia; dignified death; capacity; legal system.

ÍNDICE DEL PROYECTO FINAL DE GRADUACIÓN

CAPÍTULO 1: MUERTE DIGNA EN LA LEY 26.742.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10
1.1. UNA PRESENTACIÓN ACERCA DE LA MUERTE DIGNA.....	10
1.2. PRESENTACIÓN DE LA LEY 26.742.....	11
1.3. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA REVOCACION DE LA DECISION.....	13
1.4. LOS TERCEROS: MEDICOS PROFESIONALES.....	14
1.5. LA VOLUNTAD DEL PACIENTE.....	15
CONCLUSIÓN PARCIAL.....	19
CAPÍTULO 2: EUTANASIA Y MUERTE DIGNA.....	20
INTRODUCCIÓN.....	21
2.1. DEFINICIÓN.....	21
2.2. CLASES DE EUTANASIA CONOCIDAS.....	22
2.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	25
CONCLUSIÓN PARCIAL.....	32
CAPÍTULO 3: LA REGULACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.....	33
INTRODUCCIÓN.....	34
3.1. PAÍSES DONDE ES LEGAL.....	34
3.2. EL CASO PARADIGMÁTICO: HOLANDA Y BELGICA.....	36
3.3. EL CASO LATINOAMERICANO: COLOMBIA.....	40
3.4. UN ANALISIS DE LA EUTANASIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	42
3.5. LA EUTANASIA EN ARGENTINA.....	44
CONCLUSIÓN PARCIAL.....	53

CAPÍTULO 4: IMPLEMENTACIÓN DE LA EUTANASIA EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO.....	54
INTRODUCCIÓN.....	55
4.1. LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO.....	55
4.2. IMPLEMENTACIÓN DE LA EUTANASIA DENTRO DE LA LEY 26.742...	58
4.3. CONDICIONES EN LAS QUE SE LLEVARÍA A CABO.....	60
4.4. EL FALLO SAGUIR Y DIB.....	61
4.5. FALLO ALBARRACINI: TESTIGO DE JEHOVA.....	65
4.6. FALLO D.M.A: DECLARACION DE INCAPACIDAD.....	66
4.7. FALLO T. R. R.: AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	68
CONCLUSIÓN PARCIAL.....	71
CONCLUSION FINAL.....	72
BIBLIOGRAFIA.....	75

INTRODUCCIÓN GENERAL

La eutanasia es definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como una "acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente"; la misma se encuentra prohibida en Argentina y actualmente se la castiga como homicidio. Por otro lado, la muerte digna es entendida en la Ley 26.742 como "el derecho que tiene el paciente 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 voluntad".

A lo largo de los años discusiones acerca del tema han generado numerosas controversias en la sociedad. En el siglo XX, los debates sobre la eutanasia alcanzan su mayor apogeo, creándose asociaciones Pro- Eutanasia, estas defienden el derecho de las personas a elegir la forma de morir cuando se encuentren ante enfermedades terminales que ocasionen graves padecimientos.

Actualmente, la Eutanasia es ejercida legalmente solo en cinco países del mundo, Holanda, Bélgica, Suiza y Luxemburgo. En América Latina, únicamente Colombia consiente esta práctica. Para que Argentina pueda legalizar esta alternativa, profundos cambios deben producirse, tanto a nivel jurídico como ético y medicinal, debido a que la constitución nacional tiene como base el derecho natural, el cual parte de que la vida es un derecho fundamental y que de ese derivan los demás.

En cuanto a la muerte digna, muchos son los problemas planteados en torno a ella, quienes argumentan a su favor se basan en la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, los que están en contra en cambio, se basa en la inviolabilidad de la vida humana. En todo el mundo y desde tiempos remotos se ha debatido sobre este tema, el cual ha resurgido nuevamente en una actualidad que plantea con fuerza la autodeterminación de las personas y la posibilidad de que tengan el derecho, frente a determinadas circunstancias, de decidir qué hacer con su vida.

En esta tesis se analizará el origen de la eutanasia, su historia, su evolución y las diferentes formas de ejecución, lo que nos permitirá conocer esta práctica y comprender las

problemáticas en torno a la legalización de la misma dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

El interrogante central que articula los ejes del presente ensayo es el siguiente: ¿Es posible la implementación de la eutanasia dentro de los parámetros de la ley 26.742 de muerte digna?

En cuanto a la hipótesis final de trabajo, se dará una respuesta a dicho interrogante, en la cual explicaremos por qué dentro de los parámetros de la ley 26.742 de muerte digna, es posible la implementación de la eutanasia como práctica alternativa y voluntaria.

Para dar respuesta a la hipótesis formulada, debemos reconocer la diferencia entre eutanasia y muerte digna. Diremos que la eutanasia es una acción del médico hacia el paciente, mientras que la muerte digna es más bien una instancia donde quien decide es el paciente, sin la intervención necesaria de terceros profesionales. Podemos decir así, que la eutanasia también es una forma de muerte digna.

Como veremos más adelante, en diversos países del mundo la legalización de la eutanasia ya es un hecho, pero en otros la lucha continua. En Argentina, si bien existen discusiones doctrinarias, nunca se planteó concretamente su legalización, sólo se consiguió aprobar la Ley N° 26.529 de muerte digna, la cual permite a pacientes con enfermedades irreversibles o en estado terminal negarse a recibir cirugías y medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a las perspectivas de mejoría.

En cuanto a la relevancia que posee investigar esta propuesta, considero que esta problemática ha generado múltiples controversias a lo largo de los años. Pese a que el tratamiento de esta práctica fue perdiendo importancia con el tiempo, en nuestra actualidad el debate resurge, lo cual nos acerca a nuevas perspectivas posibles, en donde la muerte digna sea considerada un derecho para personas que se encuentren bajo determinadas circunstancias y no un atentado contra la vida. Por otro lado, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha considerado incluirla dentro del derecho a la salud. Permitir que la eutanasia se lleve a cabo en nuestro país podría considerarse un avance en relación al derecho y la libertad de los pacientes a morir dignamente.

Por otra parte, el objetivo general del presente trabajo, será determinar si es posible la legalización de la eutanasia dentro del ordenamiento jurídico argentino actual.

En cuanto los objetivos específicos, incluimos: a) conceptualizar y analizar la posible implementación de la eutanasia; b) establecer las circunstancias bajo las cuales podría realizarse; c) Indagar la posibilidad de regular dicha práctica a través de una ley; d) estudiar una posible excepción al homicidio dentro de nuestro Código Penal; e) Analizar casos jurisprudenciales paradigmáticos que argumenten en torno a muerte digna.

En relación al marco metodológico en esta tesis, el tipo de estudio que se utilizará será principalmente el descriptivo, ya que permite descubrir las propiedades más relevantes del tema investigado, como el hecho de conocer sus distintos aspectos, las condiciones de su ejercicio y sus antecedentes a lo largo de la historia.

En otro aspecto, la estrategia metodológica empleada consiste en el método cualitativo, el mismo nos permite analizar la incidencia que podría tener la legalización de la eutanasia en nuestro ordenamiento jurídico. A su vez, este método nos concede la posibilidad de describir en forma detallada en que consiste el asunto bajo análisis. Del mismo modo, la técnica seleccionada es el análisis documental ya que se estudiarán las fuentes primarias, secundarias y terciarias utilizadas en la realización de la presente tesis, contando también el análisis de contenido, su posterior análisis y sistematización de la información recolectada, para su mejor organización.

Finalmente, en cuanto a la delimitación temporal, iniciaremos nuestro análisis en el siglo XVII, desde que se comienza a utilizar el término “eutanasia”. Luego transitaremos por las diferentes épocas, hasta llegar a nuestra actualidad. Por otro lado, en relación con los niveles de análisis, se empleará para la investigación la legislación nacional e internacional, jurisprudencia y doctrina nacional; asimismo se utilizarán estudios, investigaciones y desarrollos provenientes de distintos países.

Para dar cumplimiento con el objetivo de la presente tesis, abordaremos los distintos objetivos en capítulos. Así, en el primer capítulo se analiza la ley 26.742 de muerte digna y posteriormente las modificaciones introducidas por la ley 26.529 de derechos del paciente en cuanto a la autonomía, capacidad y posibilidad de rechazar determinados tratamientos.

En el segundo capítulo explicaremos la definición de eutanasia, las distintas clases que existen y un breve recorrido sobre sus antecedentes históricos. En el tercer capítulo abordaremos las diferentes regulaciones de la eutanasia en los países que han logrado legalizarla, su situación en el derecho internacional y su tratamiento en nuestro país. Finalmente, en el capítulo cuarto, y último, se trata el derecho natural y su influencia en nuestro derecho constitucional, la vida como bien jurídico protegido. Consecuentemente, el objetivo principal de este capítulo es indagar la realidad de nuestro ordenamiento jurídico en torno a la eutanasia, focalizándonos en el análisis de la jurisprudencia argentina. Así, por ejemplo, se analiza el fallo Saguir y Dib en cuanto a la interpretación que se puede realizar a favor de la capacidad. También se explica cómo tratar de equiparar la eutanasia con la muerte digna para poder incluirla en la ley 26.742 y las condiciones que requeriría su ejercicio. De igual modo, se analizará el fallo Albarracini, entre otros, todo ello con la finalidad de indagar qué sostienen los tribunales argentinos en torno al problema aquí presentado.

CAPÍTULO 1: MUERTE DIGNA EN LA LEY 26.742

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se abordará la Ley 26.742 de muerte digna aprobada en Argentina y las modificaciones producidas en la ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud.

Bajo este enfoque, el objetivo de esta primera instancia es realizar una interpretación preliminar que permita conocer la Ley 26.742. Consecuentemente, veremos cómo a la hora de presentar dicha legislación, emergerán cuestiones conceptuales de gran relevancia a saber: consentimiento del paciente, el rol del médico, consentimiento informado, etcétera.

Como he anunciado oportunamente, la eutanasia es una forma, entre otras tantas, de tener muerte digna. Mientras que la eutanasia es una acción del médico hacia la persona del paciente, la muerte digna es una instancia donde decide el paciente sin la intervención necesaria de terceros profesionales. Desde esta óptica, es fundamental observar si alguna interpretación de la ley de muerte digna podría permitir esta práctica.

1.1. UNA PRESENTACIÓN ACERCA DE LA MUERTE DIGNA

En el año 2012 se sancionó en nuestro país la ley 26.742 de muerte digna, que modifica los artículos 2° en su inciso e, 5°, 6°, 10° y 11° de la ley 26.529 de derechos del paciente e incorpora en el artículo 7° de la misma el inciso f y el artículo 11 bis. La iniciativa, que ya fue aprobada en Diputados, establece el "derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también revocar posteriormente su manifestación de la voluntad". La decisión fue apoyada por los 55 senadores que se encontraban en el recinto, aunque algunos de ellos se opusieron a ciertos artículos en particular.

Desde hace tiempo se advertía la necesidad de modificar la Ley 26.529, para ampliar su ámbito de aplicación en aquellas situaciones en las que un empecinamiento pseudo terapéutico impide un final digno de la vida; fue por esto que el Senado aprobó un proyecto

que ofrece una respuesta normativa, cuyo principal objetivo es brindar amplios espacios de libertad para que cada individuo pueda ejercer su derecho al rechazo o retiro de tratamientos médicos de acuerdo con sus propias creencias y preferencias.

Un aspecto central del proyecto es la inclusión de tratamientos independientemente de su complejidad tecnológica o finalidad propia; por este motivo es plausible la admisión del rechazo a la alimentación e hidratación artificial, soportes vitales que en innumerables casos su única motivación real es la prolongación artificial, penosa y gravosa de la agonía y de una muerte segura.

De igual modo, se introduce un derecho sustancial en los finales de la vida, el "derecho a permitir morir" sin intromisiones religiosas, morales, médicas o jurídicas; en ningún caso se trata de convalidar prácticas activas u omisivas dirigidas exclusivamente a abreviar el curso vital. Era hora de que las garantías constitucionales se expresaran adecuadamente en legislación de alcance nacional, como el derecho a la intimidad y la posibilidad de decidir el el final de la vida, en la medida en que no lesione derechos de terceros.

1.2. PRESENTACIÓN DE LA LEY 26.742

En primer lugar, esta ley modifica el inciso e del artículo 2° de la ley 26.529, el cual queda redactado de la siguiente manera: “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 decisiones sobre terapias y procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En el marco de esta potestad, el inciso g de la Ley 27.742 sostiene que el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal, 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 provoquen 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”.¹

De esta manera, se establece como base la autonomía de la voluntad, la cual es definida como el derecho del paciente 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.

La noción de autonomía de la voluntad se encuentra expresada en el artículo 19 de la Constitución Nacional, el cual 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.

En otro aspecto, el artículo 3° de la ley 26.742 modifica el artículo 6° de la ley 26.529, el cual se refiere a la obligatoriedad, estableciendo que:

Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. 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.²

¹ Artículo 2° inciso e de la ley 26.529

² Artículo 6° de la ley 26.529

El artículo 4 de la ley 26.742 incorpora en el artículo 7 de la ley 26.529 el inciso f, este insta que en el supuesto del inciso g deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

Finalmente, el artículo 5 de dicha ley también modifica el artículo 10 de la ley 26.529 que alude a la revocabilidad, lo que posibilita al paciente de revocar la aceptación o rechazo a recibir los tratamientos expresados en la Ley 26.742; en este caso el profesional debe aceptar la decisión del paciente y dejar constancia escrita de dicha circunstancia. 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 la manifestación de voluntad, dando por sentado que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica.

1.3. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA REVOCACION DE LA DECISION

Las personas contempladas en el artículo 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su decisión con los requisitos y en el orden de prelación establecido en dicho artículo. “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”.³ Se modifica la redacción del artículo 5° de dicha ley, referido al consentimiento informado, el cual queda definido como la declaración de voluntad suficiente, efectuada por el paciente o por sus representantes legales; la cual es emitida luego de la recepción de información clara, precisa y adecuada por parte del profesional interviniente. Dicho de este modo, el artículo 5 de la ley 24.193 queda redactado de la siguiente manera:

“Entiéndase por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, por parte del profesional interviniente 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

³ Artículo 10° de la ley 26.529

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 estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.”⁴

1.4. LOS TERCEROS: MEDICOS PROFESIONALES

El artículo 6° de la Ley 26.742 modifica el artículo 11° de la Ley 26.529, el cual se refiere a la obligatoriedad de los médicos de contemplar el previo consentimiento del paciente y su participación en la toma de decisiones, referidas a los tratamientos o curaciones. Dicho artículo queda redactado de la siguiente manera:

“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.”⁵

⁴ Artículo 5° de la ley 26.529

⁵ Artículo 11° de la ley 26.529

Por último, se modifica el artículo 11° de dicha ley, el mismo establece que toda persona mayor de edad, siendo capaz, puede expresar directivas en cuanto a su salud y a la aceptación o rechazo de los tratamientos a los que pueda llegar a ser sometido, esta instancia requeriría que el artículo 7° incorpore el artículo 11° bis de la ley 26.529, el cual decreta que ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, y/o administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.

Durante el debate por la ley 26.742 José Cano, el radical tucumano presidente de la comisión de Salud y Deporte, opinó:

La medida apunta a mitigar el dolor y los sacrificios de los pacientes y sus familiares. Se están garantizando derechos y recuperando el rol de arte de curar de los equipos médicos”. Por su parte, sostuvo que el proyecto "atiende a un reclamo social y es una adecuación que se debe la Argentina respecto de acuerdos internacionales sobre derechos humanos.

1.5.LA VOLUNTAD DEL PACIENTE

Tal como sostiene Vial (2013), hay que hacer la salvedad de que el hombre en estos puntos se rige por su propia y sola voluntad, no solo en razón de su capacidad legal sino intelectual. Ya que una persona puede estar sufriendo un grave mal y optar por no asistir a una institución médica para ser tratado, ya sea en ignorancia de que puede ser lo mejor para él o no. El fundamento de dicha elección radica en la intimidad propia de la persona mayor y capaz de elegir por sí mismo en lo concerniente a aquellas elecciones que repercutan sobre él. Sin embargo, al momento de atenderse en una institución pasa a estar bajo la vela del juramento hipocrático que realizó cada profesional de la salud.

A partir de ello, se va a generar una situación en la que por un lado se encuentra el derecho a la salud, a ser atendido. Por el otro, el deber médico de atender y cuidar al paciente. Pero ¿Qué ocurre cuando los esfuerzos realizados por los profesionales resultan en vanos, dolorosos, prolongados? ¿Es legítimo seguir aplicando cirugías, tratamientos externos? ¿Hasta qué punto la autonomía de la voluntad evita el encarnizamiento

terapéutico? ¿Realmente se evita el encarnizamiento terapéutico o se produce una interrupción del ciclo vital natural? Varios interrogantes vienen a colación de la ley. Sin embargo, no es menor que ciertos enunciados de la misma generaran un debate doctrinario, a partir de quienes opinan que la ley por entero es imbatible, pues no opta por la eutanasia, y por otro lado quienes se oponen a este pensamiento (Viar, 2013).

Si la implementación de la eutanasia fuera posible dentro de la Ley 26.742, representaría un gran progreso en relación a la decisión de poder elegir como y cuando morir de aquellas personas que se encuentren en determinadas condiciones, sin tener que soportar los padecimientos que algunas enfermedades conllevan, por lo tanto, uno de los puntos más importantes para que se pueda llevar a cabo sería determinar bajo qué cláusulas podría realizarse. Si bien dicha ley ha significado un avance en cuanto a derechos, permitiendo que se respete la autonomía del paciente y su derecho a morir dignamente, la eutanasia sigue estando prohibida y condenada.

Y es que desde hace ya muchos años esta problemática ha generado numerosas controversias, con el tiempo su tratamiento fue perdiendo importancia, pero es en nuestra actualidad cuando esta temática resurge nuevamente, con lo cual es importante tratarlo ya que podría generar nuevas perspectivas donde la muerte digna sea considerada un derecho para personas que se encuentren bajo determinadas circunstancias y no un atentado contra la vida. Ya la ONU ha considerado incluirla dentro de lo que es el derecho a salud.

Por muerte digna se debe entender el derecho del paciente a decidir por sí mismo el tratamiento de su enfermedad según lo expresado en los debates que tuvieron lugar en el congreso de la Nación en torno a la aprobación de la Ley 26.742. Cuando el cuerpo ya ha cumplido su ciclo natural, no hay obligación de recurrir "a métodos extraordinarios" para prolongar la vida, sostenemos que los sufrimientos de una agonía prolongada no tienen sentido. El enfermo tiene derecho de pedir que lo dejen morir en paz, pero una cosa es prescindir de tratamientos extraordinarios y otra, provocar la muerte positivamente, eso es la eutanasia.

Es razonable que una norma jurídica dé la posibilidad al paciente de negarse a recibir un tratamiento cuando juzga que no se encontraría en condiciones de llevarlo

adelante, o cuando lo dejaría en un estado no deseable. En muchos casos, la manifestación de esta preferencia se realizará con anticipación, para que tanto sus familiares como el médico puedan respetar la voluntad del interesado.

Tal como sostiene Pineda (2012), es distinto ocasionar el fallecimiento de un enfermo por hambre o sed que dejar morir en paz a alguien. La ley aprobada debería evitar esta posibilidad y en su aplicación los médicos deberemos pensar siempre que hemos estudiado para ayudar a vivir dignamente, y que parte de esa dignidad es ayudar a las personas a morir en paz. (Pineda, 2012).

Uno de los casos emblemáticos en este tema y en gran parte motor de la aprobación de este proyecto es el de Camila Sánchez, que hace días cumplió 3 años y desde que nació está en estado vegetativo permanente. Su madre, Selva Herbon, se puso al frente de una cruzada en el Congreso para que se sancione esta ley. Su intención era terminar con la agonía de su hija.

En rigor, la ley 26.742 (que modifica la ley 26.529 referida a los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud) establece el derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas terapias médicas con o sin expresión de causa, luego de haber sido debidamente informado sobre las consecuencias de tal decisión. En ese sentido, la norma confiere la potestad de rechazar procedimientos terapéuticos “cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado”.

Quizá en la ancestral angustia del hombre por la finitud de su existencia mundana pueda encontrarse uno de los motivos por los cuales ha tomado estado público el debate en torno a la reciente sanción de la denominada “ley de muerte digna”, y sus implicancias éticas, filosóficas, religiosas, jurídicas y médicas. Al respecto, desde la filosofía se ha señalado que, el ejercicio de la libertad y la autonomía que le permite al hombre determinar la dirección de su existencia, son pilares fundamentales en que se sustenta la dignidad humana.

En un Estado democrático, existen ciertos derechos que por su fundamental importancia son considerados inherentes a las personas. Dada su naturaleza, tales derechos

llamados personalísimos (entre los que queda comprendido el derecho a la autodeterminación), en principio sólo pueden ser ejercidos por su titular.

Por lo tanto, y tal como sostiene Bevacqua (2012), es el propio individuo quien haciendo uso de la autonomía de su voluntad, se encuentra facultado para tomar las decisiones trascendentales de su vida, pudiendo por lo tanto rechazar tratamientos terapéuticos a sabiendas de sus consecuencias. Y ante la ausencia de manifestación de la voluntad del titular del aludido derecho personalísimo, pareciera dificultoso que ese derecho pueda válidamente ser ejercido por un tercero. La cuestión se hace dramáticamente palpable, en casos de personas que encontrándose imposibilitadas de expresar su voluntad a causa de su patología, no hubieran dejado directivas anticipadas sobre la conducta a seguir en dichas circunstancias. ¿Puede en tal situación un familiar determinar sobre la continuidad o no de la asistencia médica?

En este aspecto la nueva ley ha producido un giro copernicano, ya que establece que, ante la incapacidad o imposibilidad del paciente de manifestar su voluntad, son sus parientes quienes quedarán habilitados para ejercer el aludido derecho personalísimo y tomar dichas decisiones (Bevacqua, 2012).

CONCLUSIÓN PARCIAL

Como se puede apreciar a lo largo del capítulo, la Ley 26.742 ha introducido significativos cambios a la ley 26.529, ya que ha sido un importante avance en cuanto a los derechos de los pacientes, enfatizando la autonomía de la voluntad que cada ser humano tiene sobre su cuerpo, estableciendo que el doliente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Lo que se ha intentado con la sanción de esta ley es dejar en claro que la vida tiene que ser un derecho y no una obligación; lo que se procura es humanizar la medicina, recuperando de esta manera la relación entre el paciente y el médico, la cual se construye a través de las decisiones que tienen que ver con la calidad de vida del paciente. Una de las funciones de dicha ley también es evitar que se judicialicen las decisiones de esos pacientes o de su familia con relación a tratamientos considerados extraordinarios cuando no sirven para aliviar, mejorar o curar el dolor y que solo están destinados a prolongar de manera artificial la agonía. Por otro lado, garantiza a los médicos no caer bajo responsabilidad civil y/o penal ante la decisión del paciente de rechazar la continuación de algún tratamiento.

CAPÍTULO 2: EUTANASIA Y MUERTE DIGNA

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este capítulo es dar a conocer las cuestiones básicas referentes a la eutanasia en torno a su conceptualización y debate político.

En el primer apartado se encuentran múltiples definiciones otorgadas a esta práctica a lo largo de la historia. Comenzaremos con la concepción de la palabra eutanasia según la Real Academia Española (RAE), su sentido y alcance para un conocimiento no técnico de ella y culminaremos en el análisis abstracto de su significación.

En el segundo apartado se abordan las diferentes clases de eutanasia que existen dependiendo de distintos factores, lo que nos permite conocer en que consiste dicha práctica y como se efectúa, dando cuenta de las diferenciaciones – válidas y necesarias- entre muerte digna y eutanasia.

En el tercer y último subtítulo se explicitan los antecedentes a lo largo de la historia, lo que nos da cuenta de su surgimiento, los diferentes usos que se le han dado y su desarrollo en la actualidad.

2.1. DEFINICIÓN

XVII. (Osio, 2005); según la definición del diccionario de RAE, proviene del griego Ethos, bien y Tanathos, muerte, por lo que significaría “buena-muerte o muerte buena”, es decir la acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera o favorece su muerte con su consentimiento o sin él, lo que médicamente se traduce en una muerte sin sufrimiento físico.

También es definida por la OMS como aquella "acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente". Como vemos, la propia OMS aclara que es requisito fundante para la propia conceptualización de la eutanasia reconocer que un

médico es quien se la práctica a un paciente, también se resalta la característica de que es una acción deliberada, no una omisión de prestación de algún tratamiento.

2.2. CLASES DE EUTANASIA CONOCIDAS

A continuación, y siguiendo a Osio (2005), presentaremos las múltiples clasificaciones de las formas de eutanasia existentes, según criterios extraídos de su libro “Eutanasia. Morir con derecho y dignidad”.

A) *De acuerdo a la acción ejercida u omisión.*

Tal como menciona Osio (2005), la eutanasia activa es la eutanasia en la cual el agente, mediante una acción positiva, provoca la muerte del paciente. Por ejemplo, el caso en que se administran sustancias que combinadas provocan la muerte sin sufrimiento del enfermo terminal o accidentado con lesión irreversible.

Por su parte, y siendo a lo que sostiene Osio (2005) tenemos también eutanasia activa directa, en que la acción se ejerce materialmente sobre el cuerpo del paciente. Ejemplo de esto puede ser el caso en que se suministra una inyección letal a un enfermo terminal. Por otro lado, encontramos la eutanasia activa indirecta, en que la conducta se despliega sobre objetos que como efecto colateral producen la consecuencia buscada. Por ejemplo, combinar medicamentos que en el estado en que se encuentra el paciente, le alivian el dolor, pero le acortan el tiempo de vida que le queda.

En cambio, la eutanasia pasiva es la que el agente, para evitar mayores padecimientos al paciente, lo deja morir intencionadamente, por omisión de cuidados o tratamientos que son necesarios pero infecundos. Por ejemplo, no proseguir una terapia intensiva infecunda en un comatoso profundo que vegeta irreversiblemente por lesión cerebral severa.

También, podemos subclasificarla en eutanasia pasiva directa, en donde la acción por omisión se dirige directamente hacia el paciente para que tenga lugar el desenlace que este desea. Por ejemplo, no administrarle las drogas necesarias para que el vegetante pueda

mantener su función cardiaca compensada. Y, eutanasia pasiva indirecta: en que la omisión sólo produce un estado de cosas que posibilita la vía para que por el curso natural de las cosas se produzca la muerte del paciente. Por ejemplo, cuando no se conecta al enfermo terminal o accidentado a las asistencias artificiales, aun sabiendo que tal accionar pueda, por causa de la evolución rápida de la patología o lesión, derivar en la muerte (Osio, 2005).

B) *De acuerdo a quién ejerce la acción.*

La eutanasia autónoma es la preparación y provocación de la propia “buena muerte” sin intervención de terceras personas. Por ejemplo, un individuo se administra altas dosis de alguna droga sedante que provoca una descompensación, la cual sin asistencia médica se traduce en muerte (Osio, 2005). En este sentido, no habría separación o diferencia entre eutanasia y muerte digna.

En cambio, la eutanasia heterónoma es la “buena muerte” resultante de la acción o participación de otra u otras personas. Por ejemplo, hacerse desconectar del respirador artificial.

Parece clave esta diferencia ya que, como he anticipado anteriormente, considero que la ley de muerte digna de nuestro país no contemplaría, al menos prima facie, la eutanasia heterónoma.

C) *De acuerdo a la voluntad del paciente.*

La eutanasia voluntaria es aquella que se lleva a cabo con el consentimiento expreso y directo del paciente. Por ejemplo, un paciente que en estado de conciencia plena ruega por su muerte para evitar la prosecución del sufrimiento que padece.

Eutanasia involuntaria, en cambio, es la practicada sin el consentimiento del paciente, por resultar imposible la obtención de su voluntad. Por ejemplo, un paciente con lesión cerebral severa irreversible cuyos familiares autorizan que sea desconectado de toda asistencia mecánica, o directamente se le administren sustancias letales para él en su estado (Osio, 2005), cabe destacar que este tipo de eutanasia está prohibida por nuestro ordenamiento.

D) *De acuerdo al resultado del tratamiento.*

Muerte digna u Ortotanasia es la muerte con todos los alivios médicos adecuados y los consuelos humanos posibles. Es la muerte en buenas condiciones, con las molestias aliviadas (Osio, 2005). Por ejemplo, cuando al paciente se le brindan y suministran todas las drogas, sedantes y calmantes que le permiten aliviar su padecimiento, aunque le acortan el tiempo de vida que le queda, o directamente le producen una muerte lenta.

Por otro lado, distanasia es la muerte en malas condiciones, con dolor, molestias, sufrimiento, etcétera. Esto es, la muerte con un mal tratamiento del dolor, o la asociada al encarnizamiento terapéutico. Por ejemplo, un paciente que muere por omisión médica en el tratamiento del dolor producido por una enfermedad terminal o a causa de un grave accidente.

En último lugar, y siguiendo al citado autor, la sedación terminal es la práctica médica de inducir el sueño del paciente, para que no sienta dolor (Osio, 2005).

E) *De acuerdo a la intención del médico.*

La eutanasia intencional es lo que entendemos comúnmente por el término eutanasia; es decir, la muerte intencionada del enfermo a cargo del médico, por compasión. Puede ser activa o pasiva.

La eutanasia no intencional es la muerte del paciente, no buscada directamente en el curso de un correcto tratamiento paliativo, por ejemplo, contra el dolor, cuando se conocían los riesgos que corría y de todas formas decidió practicárselo. Puede denominarse de esta manera también, en parte, al fenómeno de la “eutanasia” autorizada judicialmente teniendo en vista la ausencia de intención directa del facultativo que practique la operación dispuesta por el Tribunal (Osio, 2005).

F) *De acuerdo a su incidencia en el plazo de vida.*

La Eutanasia solutiva consiste en el auxilio en el morir, desprovisto de todo efecto de abreviación en la parábola vital (Osio, 2005). Por ejemplo, mitigar los sufrimientos

mediante calmantes que no incidan en la duración de ese decurso, controlar los espasmos y asistir psicológicamente al enfermo.

Eutanasia resolutive aquella que incide en la duración del plazo vital, sea reduciéndolo o suprimiéndolo, en interés del enfermo o anciano, y con su consentimiento previo y auto determinado, o el de sus representantes legales (Osio, 2005). El ejemplo es el caso en que de acuerdo a la enfermedad o estado en que se encuentra el afectado, la medicación le abrevia el plazo de vida que le queda.

G) *De acuerdo al accionar dentro o fuera de la ley.*

La eutanasia legal es la conducta eutanásica desplegada de acuerdo a los parámetros y procedimientos fijados por el ordenamiento jurídico vigente. Por ejemplo, desconectar del respirador artificial a un paciente con muerte cerebral declarada por una junta médica, y previo consentimiento de los familiares directos, y autorización judicial, cuando ese es uno de los supuestos permitidos por la ley vigente.

La criptanasia es la acción ejecutada al margen o contra la ley, mediante la cual se lleva a cabo un acto de eutanasia. Es la eutanasia sumergida o ilegal que se practica en un ámbito de clandestinidad. Esta conducta es comúnmente desplegada por médicos que adhieren a la eutanasia y viven en países que no la contemplan, brindando a enfermos terminales o lesionados severas drogas que calman sus padecimientos y le provocan o facilitan la muerte. (Osio, 2005).

2.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En este apartado realizaremos un breve resumen acerca de la evolución histórica de la eutanasia y su práctica legitimada, justificada o desaprobada desde una óptica filosófica moral. Desde tiempos antiguos se han ido desarrollando dos líneas de pensamiento en cuanto a la posibilidad o no de regular la eutanasia.

Tal como expresa Esquivel Jiménez (2004), la posición a favor argumenta con base en la dignidad humana, sostiene que debe separarse lo moral de lo jurídico y, por tanto, la dignidad termina siendo la justificación radical a esta práctica. Entre algunos autores que defienden esta posición, a lo largo de la historia, Esquivel Jiménez (2004) nombra a David Hume, que justifica la eutanasia cuando dice:

"si el disponer de la vida humana fuera algo reservado exclusivamente al todopoderoso, y fuese infringir el derecho divino el que los hombres dispusieran de sus propias vidas, tan criminal sería el que un hombre actuara para conservar la vida, como el que decidiese destruirla".

Ello nos da cuenta de que Hume no consideraba que la cuestión religiosa deba intervenir en este tipo de decisiones.

Por su parte, Bentham, padre del utilitarismo, identifica el "bien" con el placer o la felicidad, y el "mal" con el dolor o la infelicidad y defiende "el mayor bien para el mayor número de gente". En relación a la eutanasia su posicionamiento está basado en que será mayor el bien y la felicidad, tanto para el enfermo como para su familia, si se ayuda al enfermo a morir de una forma digna. (Esquivel Jiménez, 2004).

Quienes argumentan en contra de su legalización sostienen que es un atentado a la vida misma, un hecho que debe ser penado, como sucede en nuestro país.

Hipócrates, médico de la antigua Grecia, se opuso a la eutanasia. Para él eran fundamental la santidad de la persona y el verdadero bienestar del paciente. Reconoció, sin embargo, que se podría violar fácilmente esta ética ya que los médicos, no tienen sólo el poder para curar sino también para matar. Por esta razón hizo que los médicos se comprometieran éticamente con el denominado Juramento Hipocrático:

"Y no daré ninguna droga letal a nadie, aunque me la pidan, ni sugeriré un tal uso, y del mismo modo, tampoco a ninguna mujer daré pesario abortivo, sino que, a lo largo de mi vida, ejerceré mi arte pura y santamente."

Este juramento permitió a la medicina proteger al paciente vulnerable. Con la llegada del cristianismo se condenó el suicidio y por tanto la eutanasia. Y después de la segunda guerra mundial esta práctica se vuelve un tema tabú. (Esquivel Jiménez, 2004).

Es a lo largo de la historia, se ha tratado de regular la muerte producida de forma voluntaria, ya sea la realizada por el propio sujeto o por terceros, mediante normas escritas o no, siendo estas un reflejo de las concepciones imperantes en cada época, ya fueran religiosas, filosóficas científicas o de cualquier otra índole. A la inversa, las prácticas eutanásicas y el suicidio por motivos altruistas, eran bastante frecuente en los pueblos primitivos (Esquivel Jiménez, 2004).

Por su parte, relata el citado autor, el Estoicismo fue la filosofía más influyente en el Imperio romano durante el periodo anterior al ascenso del cristianismo. La base de la ética estoica se fundamenta en que el bien no está en los objetos externos, sino en la condición del alma en sí misma, en la sabiduría y en el dominio, mediante los que una persona se libera de las pasiones y deseos que perturban su vida (Esquivel Jiménez, 2004).

De la misma forma, y continuando con el citado autor Esquivel Jiménez (2004), el cristianismo inicialmente, no solo no condenó el suicidio, sino que incluso lo consideró como un gesto heroico, para escapar al deshonor o como una forma de aceptar el martirio. A partir del siglo IV, para evitar el gran número de suicidios de creyentes fanáticos que pretendían, a través de la inmólación, conquistar el paraíso, y para restablecer un poco de valor a la vida humana, el catolicismo empieza a manifestarse en su contra. San Agustín equiparó el suicidio al homicidio y no admitía ningún tipo de excepción, ni en casos de gran dolor moral ni desesperación. El pensamiento agustiniano influyó en gran medida en la doctrina posterior de la Iglesia. El Código Canónico empezó a condenar el suicidio a partir del Concilio de Arles en el año 452, estableciendo sanciones como la prohibición de la celebración de la misa y el canto de los salmos, cuando se acompañaba al difunto a la tumba, también la prohibición de sepultura en campo santo, y la excomunión para quienes solo lo hubieren intentado.

En la Edad Media la Iglesia Católica siguió condenando el suicidio, y por tanto a la eutanasia, por atentar contra el amor debido a sí mismo, la sociedad y el derecho exclusivo de Dios sobre la vida del hombre, y ordenó la confiscación de todas las propiedades del suicida y todo tipo de humillaciones para el cadáver. Sin embargo, no logró suprimirlo del todo, puesto que en determinadas circunstancias se siguió produciendo; en las ordalías medievales se utilizaba un puñal corto y afilado para "rematar" a los heridos sin posibilidad de curación, que recibía, no por casualidad, el nombre de "misericordia" (Esquivel Jiménez, 2004).

En el Renacimiento se produce un cambio de mentalidad, en lo que se refiere a la eutanasia se la relaciona con el buen morir en el sentido físico, como el último proceso de la vida del ser humano. Por su parte, la Revolución Francesa creó la tradición jurídica de la no punición del suicidio que se refleja en la casi totalidad de la actual codificación penal (Esquivel Jiménez, 2004).

Como se ha demostrado a lo largo de los siglos, la terminología de la Eutanasia se ha ido modificando, en el Siglo XVII Francis Bacon, relaciona esta práctica con el esfuerzo por ayudar al moribundo con todos los medios disponibles a escapar de las angustias de los últimos momentos de la vida, para que llegada la hora pueda morir con calma y tranquilidad. En el siglo XVIII, la eutanasia es considerada como "aquella acción que produce una muerte dulce y fácil"; y en el siglo XIX, es definida como "la acción de matar a una persona por motivos de piedad, o como, muerte por piedad" (Cusa, 2009). Recorriendo la historia, se observa que el término eutanasia conservó prácticamente el mismo significado unido al de suicidio hasta el Siglo XIX, en que se lo enlaza con el de "procurar una muerte dulce", pero dando "fin deliberadamente a la vida del enfermo", significado hoy predominante en la cultura occidental. (Cusa, 2009)

En 1989, según un informe del New York Times, había en Estados Unidos (USA) 38 estados con leyes que, de diferentes modos, aceptaban la validez del "living will", por ejemplo, en California y Nevada, se reconoce la validez legal de otro documento en el que el paciente puede designar a otra persona para que decida sobre la prolongación o no de su vida, en el caso de llegar a ser un enfermo terminal. El primer estado de USA que introdujo

una ley que abre paso al reconocimiento legal de algunas prácticas de la eutanasia fue California, la cual fue aprobada en 1976 con el nombre de "Ley sobre la muerte natural". La misma partía del supuesto de que hoy en día la sociedad dispone de medios tecnológicos excesivos que, en algunos casos, solo sirven para retrasar el momento de la muerte inevitable, por este motivo la intención de los legisladores era evitar abusos de una prolongación artificial de la vida humana a costa de la dignidad de los pacientes. Además, existe una alternativa, la "eutanasia voluntaria", la ley autorizaba al sujeto interesado y al médico a estipular un contrato, válido por cinco años en el que el paciente, renuncia a todo tratamiento extraordinario cuando se encuentre en los casos previstos por la ley. En 1977, siguieron los pasos de California numerosos estados de USA. Cabe destacar que en 1978 en Francia se presentó un proyecto de ley en el cual se reivindica el derecho a rechazar la tecnología médica cuando esta parezca excesiva, deshumanizadora, generadora de nuevos dolores, sobre todo, trágicamente inútil. El objeto de esta ley, serían los enfermos y heridos que padecen un " mal incurable y cuya vida sólo puede ser prolongada por medios artificiales".⁶

En la actualidad la eutanasia sigue estando presente como así también las discusiones sobre su legalización o no, son muy pocos los países del mundo que han legalizado dicha práctica; Cuestión que se debe sobre todo a la religión, ya que la Iglesia Católica, siendo la predominante en el mundo, la ha rechazado determinadamente.

Ahora bien, es cierto que mientras se trata de no abordar el tema, hay una realidad que no puede desconocerse que es la del propio paciente que atravesando la fase terminal de su enfermedad, aquejados por graves sufrimientos, pues permanecen sujetos a mortificaciones y a tratamientos inadecuados de los más insoportables síntomas de sus patologías. Por otra parte, el logro de un marco legal daría protección a aquellos pacientes que pudieran ser sometidos a prácticas ilegales.

Eduardo A. Sambrizzi sostiene que:

⁶ Nota periodística. La eutanasia solo es legal en cuatro países y un estado de Estados Unidos. Recuperado el 10/08/2018 de <https://www.actuall.com/vida/>

“La persona humana tiene una dignidad que es inherente a su carácter de persona, y que deriva del hecho de constituir un ser que ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, así como por tener un fin trascendente. Por la dignidad que esas circunstancias le confieren, tiene una serie de derechos fundamentales, de carácter inviolable y que no pueden ser impunemente conculcados, entre otros, a que se respete su vida desde el comienzo de su existencia, hasta su conclusión en forma natural, por oposición a provocada, lo cual es así con independencia de su condición, de su estado de salud, de su raza y de cualquier otra circunstancia. Y ese derecho patrimonio de todo hombre, por el solo hecho de serlo, no puede encontrarse a disposición de la voluntad mayoritaria de las demás personas. También implica la necesidad de su reconocimiento por todas las demás personas, como también el deber de respetarla, omitiendo toda acción u omisión que pudiera conducir a la muerte, debiendo asimismo el Estado poner en ejercicio todos los mecanismos que fueran necesarios para protegerla. E igualmente, entraña el deber de respetar la propia vida, lo que lleva a la conclusión de que existe un deber de no quitársela por medio del suicidio, ni tampoco con o por la participación de un tercero, como en el caso de la eutanasia, que, en algunos lugares del mundo, como en Holanda y en Bélgica, ha sido legalmente admitida en determinados supuestos contemplados en la ley. Cualquiera que sea la situación física o psíquica en la que se encuentre la persona, ésta conserva siempre su dignidad, la que no es susceptible de grados ni está sujeta a la calidad de la vida, siendo el ser humano moribundo, más que nunca respetado en su dignidad ontológica y moral cuando se encuentra en situación indigente y frágil. Esto exige que se proteja su vida, precisamente cuando se encuentra en su condición más débil y amenazada” (Sambrizzi, 2007:5)

Por otra parte, Edgardo Alberto Donna manifiesta que:

“Los errores del pasado, provocan en el presente un cierto resquemor en ciertos temas como por ejemplo el de “eutanasia”, entendiendo que si su práctica supera los casos más atendibles, esto daría un instrumento para que en nombre de la medicina se utilizara para dar fin a la vida de ancianos o personas enfermas, como forma de poner un fin a la carga que provocan los mismos desde el punto de vista médico, económica y en muchos casos familiares” (Donna, 2007: 48,49)

Como vemos, la historia de la humanidad ha presentado disimiles argumentos en torno a si debe o no debe legalizarse la práctica de la eutanasia, pero muchos de los argumentos giran en torno a la dignidad humana, apoyando la práctica, o el derecho a la vida como valor independiente, rechazándola. De cualquier manera, todo argumento que pueda darse en torno a su práctica posee una carga de connotación ideológica, ya sea religiosa, política y social, de lo que consideramos, no sólo un buen vivir sino un “buen morir”.

CONCLUSIÓN PARCIAL

Siendo que el objetivo del presente capítulo era dar a conocer las cuestiones básicas referentes a la eutanasia en torno a su conceptualización y debate político, hemos conceptualizado y presentado la discusión – aunque sea la más importante- respecto a la eutanasia a lo largo de la historia.

Como se puede ver a lo largo del capítulo, la eutanasia es algo que ha estado presente desde siempre en la historia de la humanidad, desde la antigua Grecia hasta nuestra actualidad.

Los debates por la eutanasia han trascendido milenios, instalándose como una cuestión que necesita ser tratada en diversos ámbitos donde se mantienen las posiciones a favor y en contra. Cabe mencionar que muchos de los argumentos giran en torno a la dignidad humana, apoyando la práctica, o el derecho a la vida como valor independiente, rechazando la eutanasia. De cualquier manera, todo argumento en torno a esta práctica posee diversas connotaciones ideológicas, ya sea religiosa, política o social, de lo que consideramos, no sólo un buen vivir sino un “buen morir”.

CAPÍTULO 3: LA REGULACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN

Este capítulo tiene como objetivo presentar la situación jurídica de la eutanasia en el mundo. Mostraremos así, su situación en distintos países de Latinoamérica, descendiendo, luego, hacia la situación de nuestro país.

De este modo, se desarrolla de manera preliminar la regulación de la eutanasia. En el primer apartado se puede ver en qué países ha sido legalizada, como se ejecuta y los requisitos para su práctica. En una segunda instancia, se explicita su situación en el derecho internacional, como ha sido abordada por las distintas organizaciones mundiales y los debates que ha generado. Finalmente, en el tercer y último apartado se explica su situación en Argentina, la cual carece de regulación explícita.

3.1. PAÍSES DONDE ES LEGAL

En Occidente veintinueve países la prohíben y solo nueve la permiten. En primera instancia expondremos la situación de algunos países europeos y posteriormente la de aquellos países americanos.

Europa:

- Alemania: El suicidio asistido y la eutanasia pasiva son legales, pero la eutanasia activa está prohibida.
- Australia: El estado de Victoria aprobó la eutanasia en noviembre de 2017.
- Bélgica: La eutanasia es legal desde el 28 de mayo de 2002 cuando se aprobó la “Ley de eutanasia” que la despenaliza, ya que el suicidio asistido no es punible por el Código Civil.
- Finlandia: Se permite la eutanasia pasiva, pero no la eutanasia activa, aunque el suicidio asistido es tolerado.

- Holanda: La eutanasia y el suicidio asistido son legales. Desde octubre de 2016 el gobierno holandés busca expandir la opción del suicidio asistido a las personas que sienten que su vida ha llegado a su fin y desean morir, incluso si no están enfermas.
- Luxemburgo: Se convirtió en el tercer país del mundo en despenalizar la eutanasia en febrero del 2008. Se llevó a cabo en medio de un conflicto constitucional ya que el jefe del Estado, el duque Enrique de Luxemburgo, se negó a firmar la ley alegando un problema de conciencia. Poco después, el Parlamento limitó sus poderes y aprobó más tarde dicha legislación
- Polonia: La eutanasia se entiende como un asesinato. Se castiga con una sentencia de entre tres meses y cinco años de cárcel, pero “en casos excepcionales” el tribunal competente puede reducir la pena e incluso anularla.
- Reino Unido: Se permite la eutanasia pasiva y la sedación paliativa y / o terminal, pero no la eutanasia o el suicidio asistido, aunque desde febrero de 2012, la justicia suaviza la persecución de personas que han ayudado a morir a un familiar que lo ha solicitado
- República Checa: La eutanasia y el suicidio asistido no están autorizados, pero se reconoce el derecho del enfermo a rechazar la atención médica.
- Suecia: La eutanasia pasiva y el suicidio asistido están legalizados, aunque se prohíbe la eutanasia activa. La pasiva se legalizó en 2002 y el suicidio asistido es tolerado por la falta de disposiciones legales en el Código Penal.
- Argentina: La eutanasia no es un problema regulado. Los artículos 1 y 6 de la Ley 26742 de 2012 permiten el rechazo por parte del paciente de los procedimientos quirúrgicos, preventivos o paliativos, la hidratación o la alimentación cuando son excesivos en comparación con la perspectiva de mejoría.
- Brasil: El Código Penal establece en el artículo 121 que, si el sujeto activo del delito lo comete por un motivo de valor moral o social relevante, el juez puede reducir la pena de una sexta parte a un tercio de la indicada para el simple homicidio. En el código de ética médica, el artículo 41 prohíbe acortar la vida del paciente incluso si lo solicita.
- Canadá: La eutanasia pasiva es legal, aunque la eutanasia activa es ilegal y se considera asesinato.

- Chile: La Ley 20584 de 2012 (artículos 14 y 16) establece el derecho a rechazar el tratamiento médico siempre que esto no conduzca a la eutanasia ni acelere la muerte. Según el artículo 121 del Código Penal, se contempla una reducción en el castigo cuando el crimen es impulsado por un valor social relevante (no especifica cuáles).
- Colombia: En la Sentencia C-239 de 1997, el Tribunal Constitucional determinó que la eutanasia era un derecho y no estaba penada con sanciones penales si cumplía con ciertos requisitos de consentimiento. Con el Proyecto de ley 30/2015 no solo se aprueba la eutanasia, sino también el suicidio asistido.
- Estados Unidos: Los estados de California, Vermont, Oregon y Virginia Occidental permiten la eutanasia.
- México: El artículo 15, sección III, de la Constitución mexicana lo excluye como acción criminal con el consentimiento del bien jurídico del afectado. En 2008, se legalizó la eutanasia pasiva.
- Perú: El artículo 112 del Código Penal condena la llamada “muerte por misericordia”.
- Uruguay: De acuerdo con el artículo 27 del Código Penal, un juez puede perdonar la pena por un homicidio cometido por piedad para que el moribundo evite el sufrimiento y cuando la muerte sea inminente.

Como se puede apreciar en la información anteriormente expuesta, la mayoría de los países del mundo prohíben la eutanasia o no tienen legislación sobre el tema, son muy pocos los que apenas aprueban la eutanasia pasiva o el suicidio asistido.

3.2. EL CASO PARADIGMÁTICO: HOLANDA Y BELGICA

Holanda fue el primer país en aprobar su ley de “Terminación de la vida a petición propia y suicidio asistido” en el año 2002, que establece los requisitos que hacen impune la eutanasia, que sigue prohibida en el Código Penal.

Los requisitos que no hacen punible la práctica de la eutanasia en Holanda son los siguientes:

1. Que la persona objeto de la eutanasia o auxilio al suicidio sea residente en Holanda.
2. Que el médico esté convencido de que la petición es voluntaria, está bien meditada y expresa los deseos del enfermo, o sea, que es plenamente capaz y se ha reiterado en su voluntad. Ésta puede haber sido manifestada en un documento de voluntades anticipadas.
3. Que se constate un padecimiento insoportable y sin esperanzas de mejora.
4. Que se haya informado al paciente de su situación y de las perspectivas de futuro.
5. Que se haya consultado a otro facultativo y que éste haya corroborado el cumplimiento de los requisitos. En caso de sufrimiento psicológico se tienen que consultar dos médicos. Los médicos consultores tienen que ver al enfermo y elaborar un informe por escrito sobre la situación.
6. Que la realización de la eutanasia o auxilio al suicidio se haga con el máximo cuidado y profesionalidad.

Holanda fue seguida por Bélgica que sorprendió al aprobar su ley, ya que su población es predominantemente católica. A diferencia de Holanda, la ley belga no menciona el suicidio asistido que se considera una práctica eutanásica. El primer informe de la Commission Fédérale de Contrôle et d'Évaluation de l'Euthanasie, referido a los quince primeros meses de aplicación de la ley, precisaba que algunas eutanasias fueron en realidad casos de suicidio asistido en los que el propio paciente ingirió por su propia mano el producto letal o activó el mecanismo instaurado con este fin.

Los requisitos que la ley belga establece para la eutanasia son:

1. Que el paciente sea mayor de edad o menor emancipado, capaz y consciente de su petición.
2. Que la petición sea voluntaria, reflexionada y reiterada sin presiones exteriores, pudiendo haberla manifestado en un documento de voluntades anticipadas que tenga una vigencia inferior a cinco años. La posibilidad de

solicitar la eutanasia mediante un documento de voluntades anticipadas está regulada por un decreto de 2 de abril de 2003.

3. Que haya padecimiento físico o psíquico constante e insuperable ocasionado por una condición patológica grave e incurable.

Por su parte, el médico tiene que:

1. Informar al paciente sobre la existencia de cuidados paliativos.
2. Reiterar el diálogo en los plazos de tiempo razonables.
3. Consultar a otro médico independiente que tiene que visitar el paciente y redactar un informe que esté de acuerdo o en desacuerdo con las primeras valoraciones.
4. Recopilar información del equipo cuidador si es que existe.
5. Procurar que el enfermo consulte con otras personas de su entorno.
6. Dejar pasar un mes entre la petición y la realización de la eutanasia.

Después ejecutarse la eutanasia, el médico tiene cuatro días para enviar a la Comisión Federal de Control y de Evaluación (CFCE) la documentación completa que establece la Ley. La CFCE está conformada por ocho médicos –cuatro de los cuales deben ser profesores universitarios–, cuatro profesores universitarios de derecho y cuatro personas que provienen del entorno de pacientes que sufren enfermedades incurables.

En Bélgica, paralelamente a la aprobación de la Ley relativa a la eutanasia, se introdujo la legislación sobre cuidados paliativos, la cual establece que todos los belgas deben tener acceso a este tipo de asistencia en condiciones adecuadas.

En febrero de 2008 Luxemburgo se convirtió en el tercer país del mundo en despenalizar la eutanasia, aprobando la ley sobre el derecho a una muerte digna. La experiencia de Holanda y Bélgica, países pertenecientes a la unión fronteriza Benelux, demostraba que no hay riesgo de abuso en una legislación similar a la belga.

El 5 de junio de 2014 la Asamblea Nacional de Quebec aprobó la ley de la ayuda médica al final de la vida. El principio fundamental de la misma es “asegurar cuidados a las

personas al final de la vida respetando su dignidad y su autonomía”. Con esta ley, el Estado queda comprometido a prestar o a que se presten estos cuidados finales que necesite el enfermo con respeto a su voluntad.

El texto de la ley reconoce tanto la dignidad como la autonomía del enfermo, sin ninguna cortapisa ni recorte como corresponde en una sociedad plural. Así se sostiene que “la persona al final de la vida debe ser tratada con comprensión, compasión, delicadeza y equidad en el respeto a su dignidad, su autonomía, sus necesidades y su seguridad”. El dictamen entiende los cuidados del final de la vida como los cuidados paliativos, la sedación paliativa e incluso la ayuda médica para morir, los mismos podrán ser ofrecidos en un establecimiento sanitario, en una residencia de cuidados paliativos o en el propio domicilio.

El derecho a morir con dignidad aparece como la expresión de un derecho fundamental, es decir, el derecho a terminar libremente la propia vida cuando esta se hace invivable. En el debate de la ley ha quedado claro que los legisladores respetan la diversidad ideológica y de creencias en la sociedad y, por tanto, se presenta la posibilidad de la eutanasia entre los cuidados al final de la vida y cada uno será libre para optar.

La ley prescribe las condiciones que permitan que el médico realice la sedación paliativa y la ayuda para morir. La persona enferma ha de cumplir las siguientes condiciones:

- Ser mayor de edad, con capacidad para dar el consentimiento y estar afectada por una enfermedad grave e incurable;
- estar en una situación médica de declive avanzado e irreversible de sus capacidades;
- soportar sufrimientos físicos y psíquicos constantes, insoportables y que no pueden ser calmados;
- de manera libre y lúcida ha de formular por sí misma la solicitud de ayuda médica para morir mediante un formulario que será firmado ante un profesional sanitario o de los servicios sociales y que no ha de ser el médico que le asiste.

El médico que le administre la ayuda a morir y un médico independiente –tanto respecto al enfermo como al médico que le asiste- deberán verificar que el enfermo cumple con todas las condiciones anteriores. Si ambos médicos concluyen que se puede aplicar la ayuda para morir, el médico que asista al enfermo le acompañará hasta su fallecimiento.⁷

3.3. EL CASO LATINOAMERICANO: COLOMBIA

Colombia es el único país del mundo en el que la práctica de la eutanasia ha sido reconocida como un derecho fundamental por el Tribunal Constitucional. En la sentencia de 1998, entiende que la eutanasia activa (ya sea en su forma de producción directa de la muerte, ya en la de auxilio al suicidio) constituye un derecho de los enfermos directamente derivado del reconocimiento constitucional de la dignidad y la libertad individuales. Según dicha sentencia, siempre que el sujeto sufra una situación terminal con dolores insoportables, el Estado no puede oponerse ni a su decisión de morir ni a la de solicitar la ayuda necesaria para ello; obligarle a seguir viviendo en tales circunstancias “equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral” (Sentencia C-239/97, de 20 de mayo de 1998, Parte 17).

Los argumentos que expone el actor para solicitar la inexecutable del artículo 326 del Código Penal son los siguientes:

1. El rol principal de un Estado Social y Democrático de Derecho es garantizar la vida de las personas, protegiéndolas en situaciones de peligro, previniendo atentados contra ellas y castigando a quienes vulneren sus derechos. En la norma acusada el Estado no cumple su función, pues deja al arbitrio del médico o del particular la decisión de terminar con la vida de aquéllos a quienes se considere un obstáculo, una molestia o cuya salud represente un alto costo.

⁷ Nota periodística. Recuperado el 15/08/2018 de <https://www.abc.es/sociedad/abci-como-practica-eutanasia-paises>

2. Si el derecho a la vida es inviolable, como lo declara el artículo 11 de la Carta, de ello se infiere que nadie puede disponer de la vida de otro; por tanto, aquél que mate a alguien que se encuentra en mal estado de salud, en coma, inconsciente, con dolor, merece que se le aplique la sanción prevista en los artículos 323 y 324 del Código Penal y no la sanción del artículo 326 ibídem que, por su levedad, constituye una autorización para matar; y es por esta razón que debe declararse la inexecutableidad de esta última norma, compendio de insensibilidad moral y de crueldad.
3. La norma acusada vulnera el derecho a la igualdad, pues establece una discriminación en contra de quien se encuentra gravemente enfermo o con mucho dolor. De esta manera el Estado relativiza el valor de la vida humana, permitiendo que en Colombia haya ciudadanos de diversas categorías.
4. La vida es tratada por el legislador como un bien jurídico no amparable, no tutelable, sino como una cosa, como un objeto que en el momento en que no presente ciertas cualidades o condiciones debe desaparecer. El homicidio piadoso es un subterfugio traído de legislaciones europeas en donde la ciencia, la técnica y la formación son disímiles al medio colombiano, donde se deja morir a las personas a las puertas de los hospitales. Es una figura que envuelve el deseo de librarse de la carga social.
5. La norma olvida que no toda persona que tenga deficiencias en su salud tiene un deseo vehemente de acabar con su vida, al contrario, las personas quieren completar su obra por pequeña o grande que ella sea.
6. En el homicidio piadoso se reflejan las tendencias de los Estados totalitarios fascista y comunista, que responden a las ideas hitlerianas y stalinistas; donde los más débiles, los más enfermos son conducidos a las cámaras de gas, condenados a éstas seguramente para "ayudarles a morir mejor".
7. Sin embargo, aun contando con una sentencia tan inequívoca como ésta, el nuevo Código Penal del año 2000 hace caso omiso del alto tribunal penalizando la eutanasia, por lo que la situación no está clara. (Sentencia C-239/97, de 20 de mayo de 1998, Parte 17).

3.4. UN ANALISIS DE LA EUTANASIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Desde hace algunos años ha resurgido nuevamente el debate acerca de la eutanasia, y, el Derecho Internacional no es la excepción, ya que muchas son las controversias que se han generado en el plano internacional en torno a esta práctica.

Por su lado, la ONU ha considerado incluirla dentro de lo que es el derecho a salud, sin embargo la Santa Sede condeno esta posibilidad y en la sesión del Consejo de Derechos Humanos de Ginebra, el representante de la Santa Sede dijo que su delegación

“presentaba una fuerte objeción a un informe de la reunión que menciona cuestiones de autonomía de los pacientes referentes a la decisión de poner fin a su vida. Exhortó a médicos y científicos a oponerse a las prácticas que acortan la vida de los ancianos y de los enfermos, prácticas que resultarían ser formas de eutanasia”

Respecto a este tema el Papa citó la declaración sobre la eutanasia del 5 de mayo de 1980 y aseguró que "es moralmente lícito renunciar a la aplicación de medios terapéuticos o suspenderlos, cuando su empleo no corresponde a aquel criterio ético y humanístico que seguidamente será definido como proporcionalidad de las curaciones" pero en febrero de 2015 condenó en forma directa esta práctica, al afirmar que "la falta de salud y la discapacidad no son una buena razón para excluir, o peor aún, para quitar de en medio a una persona", dejando en claro que la Santa Sede se encuentra en contra de la eutanasia.

En el ámbito Internacional la mayor parte de los tratados defienden la vida como un derecho fundamental. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos define el derecho a la vida de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

La CIDH (Comisión interamericana de Derechos Humanos) ha sostenido que el derecho a la vida es “el fundamento y sustento de todos los demás derechos” dado que los gobiernos no pueden, bajo ninguna circunstancia, practicar ejecuciones ilegales o arbitrarias. Para la Comisión, la obligación de respetar y proteger el derecho a la vida es

una obligación erga omnes, que debe ser asumida por el estado frente a la comunidad interamericana como un todo y frente a los individuos sujetos a su jurisdicción, como directos destinatarios de los derechos fundamentales. (CIDH, informe N° 48/01 del 4. 4. 01)

Sin embargo la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 3°: "Todo individuo tiene derecho a la vida digna, a la libertad y a la seguridad de su persona"; continuando con esta perspectiva, la OMS considera que:

"con el desarrollo de métodos modernos de tratamiento paliativo, no es necesaria la legalización de la eutanasia. Además, ahora que existe una alternativa viable a la muerte dolorosa, debieran concentrarse los esfuerzos en la implementación de programas de tratamiento paliativos, antes que ceder ante las presiones que tienden a legalizar la eutanasia".

Por otra parte, la Asociación Médica Mundial sostiene que la eutanasia, definida como el acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente, aunque sea por voluntad propia o a petición de sus familiares, es contraria a la ética. Sin embargo, ello no impide al médico respetar el deseo del paciente de dejar que el proceso natural de la muerte siga su curso en la fase terminal de su enfermedad.

Asimismo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha aprobado una recomendación a los 41 Estados miembros sobre la protección de los enfermos en la etapa final de su vida. El texto aboga por la definición de los cuidados paliativos como un derecho subjetivo y una prestación más de la asistencia sanitaria. Además, subraya que el deseo de morir no genera un derecho legal del paciente ni una justificación jurídica para que un tercero practique la eutanasia. La vocación del Consejo de Europa es proteger la dignidad de todos los seres humanos y los derechos que nacen de ella. El progreso médico, que hoy hace posible curar enfermedades hasta ahora intratables, el avance de la técnica y el desarrollo de los sistemas de resucitación, que hacen posible prolongar la vida de una persona, retrasan el momento de la muerte. En consecuencia, con frecuencia se ignora la calidad de vida de los enfermos terminales, la soledad a la que se ven sometidos, su sufrimiento, el de sus familiares y el del personal sanitario que los trata. En 1976, en su

resolución 613, la Asamblea declaró que estaba "convencida de que lo que los enfermos terminales quieren es, principalmente, morir en paz y dignidad, con el apoyo y la compañía, si es posible, de su familia y amigos". La Recomendación 779 añadió que "prolongar la vida no debe ser, en sí mismo, el fin exclusivo de la práctica médica, que debe preocuparse igualmente por el alivio del sufrimiento".⁸

Más tarde, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano en relación con la Aplicación de la Biología y la Medicina ha sentado principios importantes y afirmado el camino, aun cuando no se refiera explícitamente a las necesidades específicas de los enfermos terminales o moribundos. La obligación de respetar y proteger la dignidad de estas personas deriva de la inviolabilidad de la dignidad humana en todas las etapas de la vida. El respeto y protección encuentra su expresión en proporcionar un medio adecuado que permita al ser humano morir con dignidad.

Como se puede apreciar la supremacía de la vida se refleja en el ámbito internacional, donde los textos internacionales sobre derechos humanos lo proclaman como derecho inherente a la persona y dejan un estrecho margen a la libre disposición de la misma por su titular

3.5. LA EUTANASIA EN ARGENTINA

En el ordenamiento jurídico argentino el tema de la eutanasia nunca fue directamente tratado, en la actualidad solo existe la Ley 26.742 de muerte digna. Sin embargo, no se prevé en nuestra Constitución Nacional, de manera expresa una protección del derecho a la vida, sin embargo, se hace implícita y se completa a lo largo de la ley. A partir de la reforma de 1994, este derecho comienza a reconocerse por estar incorporado en los pactos internacionales. Clásicamente, se creía fundamentar su protección en el artículo 33 de nuestra Constitución, que dice: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no

⁸ Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos de la asamblea parlamentaria del consejo de Europa, 25 de junio 1999. Recuperado el 19/10/2018 de www.aeu.es/UserFiles/ConsejoEuropaDignidadEnfermosTerminales.

enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”, lugar donde el legislador ha introducido la previsión de los derechos no enumerados, formando parte del ordenamiento jurídico argentino. Esta ley fue introducida gracias a una visión dinámica del derecho, la cual tiene en cuenta que las relaciones sociales con el tiempo generan nuevas situaciones que derivan en espacios jurídicos que no podían preverse.

Por otro lado, hay un interés del Estado en la conservación de la vida humana, como instrumento para la realización de sus finalidades, entre otras, la demográfica, que explica su propia subsistencia. Como queda claro, cuando se habla de vida se alude sólo a vida humana, pues la vida de animales y vegetales cuenta con una regulación normativa diferente, tal es así que aun dentro del Código Penal son contempladas en títulos distintos. Asimismo, ese cuerpo legal entiende por vida al "funcionamiento vital" de la persona, dado que el delito de su artículo 79 no tutela la actividad autónoma de un órgano, o de un conjunto de ellos, sino el complejo orgánico que es el ser humano. Además, tanto los Pactos Internacionales como la Carta Magna Nacional protegen la vida humana en su consideración integral y no sólo orgánica

Sandra M. Ruggieri (2005), hace las siguientes reflexiones en torno a lo que considera las ideas actuales respecto de algunos aspectos de la eutanasia, fundamentales para el estudio del instituto y su posible implementación. La autora comienza señalando que el modelo ético de comportamiento en que se basó la relación médico-paciente durante años fue el Paternalismo Médico. Las novedades tecnocientíficas surgieron desde las ciencias biológicas y del cuidado de la salud en los años 60', el surgimiento de la bioética en la década del 70, y el reconocimiento judicial a los derechos personalísimos incidieron en la evolución de la relación médico-paciente.

En la actualidad, el proceso de información y toma de decisiones en el ámbito asistencial tiene su fundamento en los derechos humanos y concretamente en el derecho a la libertad de una persona para decidir sobre su propia salud (Ruggieri, 2005).

Así, se constituye el correlato jurídico del principio de autonomía, en el cual se asevera que:

Todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene derecho a determinar lo que debe hacerse con su propio cuerpo; y un médico que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión por la que se le puede reclamar legalmente.

Dentro de esa postura se enrola la Ley 17.132 que regula el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración en el orden nacional al establecer en su art. 19 inciso 3° la obligación de los profesionales que ejerzan la medicina de

“respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz” (Ruggieri, 2005).

El principio ético, soporte de estas nuevas ideas es el de la autonomía de la voluntad, este afirma la potestad moral de los individuos para decidir libremente cómo gobernar su propia vida en todos los aspectos mientras no interfiera con el proyecto vital de sus semejantes.

La Bioética, ha constituido un aporte al reconocimiento del paciente como agente moral autónomo, cuya autodeterminación y dignidad inalienable debe ser respetada. Lo que luego habría de conocerse bajo el nombre de ‘principio de autonomía’, este fue denominado originariamente por la Comisión Nacional como ‘principio de respeto por las personas’. El mismo prescribe que todo ser humano debe ser considerado y respetado como un agente moral autónomo, ordenando el respeto a la dignidad y a la autodeterminación de las personas, debiendo acatarse la decisión del paciente adecuadamente informado, cuya libertad no puede ser coartada; también preceptúa la protección de todas aquellas personas cuya capacidad de autodeterminación no es completa o se encuentra restringida (pacientes incompetentes) (Ruggieri, 2005).

En el ámbito terapéutico, el reconocimiento de la autonomía del paciente es concederle el derecho a decidir libremente y sin coerción, de acuerdo a sus valores, creencias e idiosincrasia, los problemas o la solución de sus problemas de salud.

Hasta la aparición del principio de autonomía reseñado, la relación médico-paciente era una relación de tipo paternalista, que no permitía al afectado decidir sobre su salud. El bien del enfermo fue la razón de ser del médico de todos los tiempos (Ruggieri, 2005).

Pero la efectividad del principio de la autonomía personal requiere colocar a la persona en la situación real de prestar -o negar- su consentimiento informado. Este concepto implica una declaración de voluntad suficiente efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele toda la información referida a su dolencia, al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar o no su conformidad y someterse o no al tratamiento.

Corresponde al médico hacer conocer la verdad a su paciente y tener en cuenta el impacto emocional que puede generar en el enfermo y en su entorno familiar, brindando asistencia en este aspecto, por sí o mediante otros profesionales especializados.

En la información que se da al paciente se deben incluir tanto los riesgos como las ventajas de la práctica médica. Debe tratarse de una información amplia y comprensible, adaptada a las peculiaridades socioculturales de cada paciente, evitando el empleo del lenguaje altamente tecnificado, poco accesible y distante.

En cuanto a la obtención del consentimiento informado, debe partirse de la base de la ignorancia del paciente y de ahí que el médico no debe esperar a ser interrogado por el paciente, sino que la información debe fluir de él (Ruggieri, 2005).

En relación a esto Aida Kemelmajer de Carlucci (2003) señala que no ha de olvidarse que tanto la edad como la discapacidad mental son cuestiones de grado, "una persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación". En este contexto, la clave consiste en poder discernir, con la mayor claridad posible, si se está en presencia de una auténtica expresión autónoma de la persona (vulnerable o competente), situación que

deberá ser evaluada para cada decisión en particular, en cada sujeto y en cada contexto específico.

Por otro lado, en principio el médico no debe emprender ningún tratamiento ni intervención alguna sin haber obtenido el consentimiento del paciente, si éste es mayor de edad y no está privado de razón, ese acuerdo es fundamental para que el médico pueda actuar, ya sea interviniendo quirúrgicamente o sometiendo al enfermo a un tratamiento. Si el paciente niega su consentimiento el facultativo no puede intervenir, entendiendo que se trata de un enfermo que conserva el dominio de su voluntad y que ha sido informado de la índole de la operación o tratamiento, y sus posibles secuelas.

En estos casos la voluntad del paciente no puede ser suplida ni por una autorización judicial. No obstante, la negativa del paciente a someterse a un determinado tratamiento médico, en principio, no genera problemas, el conflicto aparece cuando el rechazo implica un agravamiento de su estado de salud o, incluso, la muerte (Kemelmajer de Carlucci, 2003).

La actitud del enfermo que no consiente contraría el deber médico de atender la salud del paciente. Entran en tensión el derecho a rechazar un tratamiento (modelo de autonomía) frente al modelo paternalista (beneficencia), que privilegia el derecho al tratamiento (deber de atender la salud). Consecuentemente con el principio de respeto a la libertad individual, la "negativa informada" debe ser respetada por el profesional. Ello supone que tal decisión se funda en la comprensión cabal de las consecuencias previsibles de la no aplicación de la medida terapéutica propuesta. Es así dado que la exigencia del consentimiento informado y la validez de la negativa del paciente a someterse a una práctica médica son cara y contracara de un mismo fenómeno. El individuo que otorga o deniega su consentimiento para un tratamiento médico ejerce el derecho personalísimo a disponer de su propio cuerpo con las limitaciones impuestas por las leyes, el orden público y las buenas costumbres.⁹

Por tanto, la vida, la salud, la integridad y la dignidad de las personas son derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, Declaraciones y Tratados Internacionales, siendo indudable que debe protegerse a la persona humana en su dignidad

⁹ Actos de Disposición del propio cuerpo. Recuperado el 20/10/2018 de <http://www.salud.gov.ar/dels>

e identidad y garantizar el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales garantizados.

El problema surge cuando esos derechos fundamentales se encuentran en pugna. Cuando existe un conflicto de valores entre el valor “vida” y el valor “dignidad” del paciente. En esos casos, deberá procederse a efectuar una prudente ponderación y jerarquización contextualizada de los principios, concediendo prioridad a los que correspondan sobre los demás, en cada caso concreto y en atención a las consecuencias legales e implicaciones previstas. Será prudente recurrir a un principio de balance o de ponderación complementario acudiéndose al concepto evaluativo de calidad de vida, atendiendo, en esencia, a las actuales condiciones de vida de un paciente determinado, comparadas con las que él juzga aceptables o deseables o con las que resulten efectivamente posibles, con el fin de mejorar esas condiciones, en función de su propio beneficio y bienestar, estado que, de poder decidir por sí, en definitiva, corresponde que cada individuo defina de acuerdo a sus pautas subjetivas. Es que el interés y bienestar de la persona son superiores a cualquier otro interés.

Para determinarse el bien del paciente deberá tenerse en cuenta el servicio a los mejores intereses del mismo en el respeto de su dignidad como persona, en el marco de un acuerdo libre y dialogado. Determinar, entonces, cuándo la voluntad del paciente constituye la última palabra y cuáles son sus límites, dependerá del análisis de cada caso concreto atendiendo de forma fundamental a la dignidad de la persona. En eso resultará de fundamental importancia que el juez, al momento de decidir, cuente con el dictamen de una comisión de bioética, pericias psiquiátricas y la entrevista personal con el enfermo.

Dice Luis Niño (2005) que los casos de eutanasia solutiva constituyen por su naturaleza, una intervención totalmente lícita, y aún más, un deber ético y jurídico para el médico –máxime si es médico funcionario-, y para cualquier otra persona que pueda brindarlos. Tales casos están configurados por todas las conductas autónomas o heterónomas que tiendan a aliviar el dolor, tanto físico –mediante el suministro de analgésicos o anestésicos que no abrevien el curso vital- cuanto moral o espiritual, proveyendo al enfermo o anciano de adecuadas condiciones de higiene, nutrición y abrigo, confortándolo mediante la compañía, el diálogo y el silencio, según sus necesidades, y

posibilitándole la asunción personal de morir en una discreta soledad, cuando ésa fuera su voluntad; y también los casos de tratamientos médicos convencionales, no experimentales ni extraordinarios, que no entrañen intervenciones agresivas sobre el cuerpo del paciente.

Según el mismo autor, la problemática se dá en los casos de eutanasia resolutive, en que las decisiones del médico u otro tercero inciden directamente sobre la duración de la existencia física del afectado, cuestión que se acompleja más aún cuando se consideran separadamente los diferentes casos que forman parte de este concepto. Para su tratamiento, es menester traducir dichas especies a la clave dogmática penal, esto es, ubicarlas en el cuadro clasificatorio de las conductas dolosas, dando por afirmado el paso analítico previo de la voluntariedad en el acto, y dejando de lado las conductas culposas en que la muerte se produce por negligencia o impericia del agente actuante. Niño asevera que podrían situarse, prima facie, a los casos de eutanasia activa directa, en el nivel de la tipicidad activa dolosa, como figuras del dolo directo de primer grado. A los de la eutanasia activa indirecta entre los ejemplos de tipicidad activa dolosa indirecta o de segundo grado o de consecuencias necesarias; sin descartarse la posibilidad para ciertos casos del nivel inferior del dolo eventual. Y a los de eutanasia pasiva como paradigma de la tipicidad dolosa omisiva impropia o de comisión por omisión.

En nuestro país la eutanasia se encuentra prohibida y penada en el artículo 79 del Código Penal Argentino que versa: “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”.

Así, siguiendo a Breglia Arias y Gauna (1985), en el tratamiento que hacen de esta norma citando a Carrara, señalan que es innecesario agregar a la cópula legal "que matare a otro" el carácter de injusto de la conducta, pues la injusticia es la característica de todo delito, y basta que la ley considere que un determinado modo de obrar es ilícito y lo castigue, para que por sí surja su ilicitud e injusticia.

Por su parte, podemos considerar que el homicidio es de los delitos modernamente conocidos como "tipos resultativos o tipos prohibitivos de causar", en los que la ley se limita a prohibir la producción del resultado, sin determinar la clase del comportamiento típico, por lo que cualquier forma que adopte la acción, siempre es una forma típica

contenida por la fórmula normativa "al que matare" (Osio, 2005) Siguiendo al autor, podemos decir que quedan excluidos de esta figura básica los casos que cuenten con agravantes, con atenuantes, cuando son preterintencionales, culposos, o cuando la ley establece la muerte como circunstancia o resultado no querido ni previsto por el autor; circunstancias que ab initio y por sí mismas impiden que los casos de eutanasia, tal como se describen en este trabajo, sean pasibles de ubicación o encuadre dentro del delito de homicidio simple.

Como consecuencia de ello, se advierte que los supuestos considerados eutanásicos, corren por carriles distintos a los supuestos en que se incurre en homicidio, figura que requiere como mínimo, y en todos los casos, obrar en contra de la conducta, expresa o presunta, de la víctima, mientras que en la eutanasia se cuenta con la anuencia o directamente el pedido del paciente. Si bien en la ley argentina no es punible el suicidio o su tentativa, sí hay conductas relacionadas con él que el legislador ha considerado reprochables penalmente, y ellas se encuentran enunciadas en el artículo 83 del Código Penal que versa "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" (Osio, 2005)

En el tratamiento que hacen Breglia Arias y Gauna (1985) de esta norma hablan del suicidio como conducta lícita, y se pronuncian sobre la tipicidad de la ayuda y de la instigación, como asimismo respecto de la tipicidad de la omisión. Así recuentan que el suicidio fue castigado en la antigüedad, ya sea en caso de intento, directamente sobre el suicida, o en caso de consumación, prohibiendo los funerales cristianos y dando lugar a la confiscación del patrimonio. Y llegan a nuestro Código Penal explicando que no castiga el acto de matarse voluntariamente, ni tampoco su tentativa.

Sin embargo, junto con Nuñez (1985), observan que sí se establece pena para quienes intervienen en dicha acción, pero no a título de participantes, sino como coautores de un delito autónomo, cuya materialidad consiste en determinar a otro a que se suicide o auxiliarlo a que lo haga. Aclaran que la instigación puede ser sin ayuda, y la ayuda sin instigación.

Finalmente, dentro de la tipología legal con que se cuenta en el ordenamiento penal argentino vigente, y por relacionarse estrechamente con los supuestos eutanásicos, ya que puede ser una de sus repercusiones jurídicas, haremos una breve reseña de la mala praxis médica. Esta figura se encuentra comprendida en la previsión genérica del artículo 84 de nuestro Código Penal, que versa -según lo dispuesto por la ley 25.189 (B.O. 28/10/99)-: “Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que, por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte. El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor.”.

Por último, repara Osio (2005) que cuando un médico practica una escisión ya está practicando una lesión no sancionable. Para Welzel no es punible porque falta el dolo exigido en la figura penal, mientras que para Zaffaroni no es sancionable por atipicidad globante, estando fundamentada la actitud por el ordenamiento jurídico.

En los casos en que el facultativo tenga la obligación de requerir la conformidad del paciente para el acto médico, y no lo hace, cuando practique la intervención cometerá un acto contra la libertad del afectado, pero este resultado es independiente del resultado negativo o positivo de la intervención. De esto, nosotros podemos extraer a contrariu sensu, que el consentimiento del afectado, en ejercicio pleno de su libertad, resulta fundamental para la intervención o no-intervención del galeno, quien no podrá pasar por encima, o ir más allá de la voluntad remisa del paciente, quien en última instancia es quien decide sobre su propia vida. (Nuñez, 1989 en Osio, 2005).

CONCLUSIÓN PARCIAL

Como hemos sostenido, el presente capítulo tenía el objetivo de dilucidar el panorama actual de la práctica de la eutanasia a lo largo del mundo.

Pocos son los países que han aprobado el ejercicio de la eutanasia y que la practican, en su mayoría la prohíben; una cuestión primordial en los países donde es legal como Holanda o Bélgica son las circunstancias bajo las cuales se puede llevar a cabo o los requisitos necesarios para que no resulte punible su ejercicio.

Respecto al Derecho Internacional si bien se ha tratado en varias ocasiones nunca ha existido una proposición concreta para que sea debatida, a pesar de que la ONU ha considerado incluirla en el derecho a la salud.

En nuestro país, y más allá de las consideraciones efectuadas, salvo que hagamos un análisis profundo acerca de la eutanasia como muerte digna – objetivo principal del presente trabajo de tesis-.

En nuestro país la eutanasia se encuentra prohibida y penada en el artículo 79 del Código Penal Argentino que versa: “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”. En este sentido, es muy necesario detenernos a analizar si estaría justificado entender a la eutanasia como una práctica homicida, cuestión que se realizará en el próximo capítulo.

CAPÍTULO 4: IMPLEMENTACIÓN DE LA EUTANASIA EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

INTRODUCCIÓN

En este capítulo estudiaremos la base de nuestro derecho constitucional y la vida como bien jurídico tutelado. Procederemos a distinguir las implicancias axiológicas de este valor para analizar e interpretar la aplicación del mismo en nuestro sistema jurídico positivo y en los razonamientos efectuados por los tribunales en sentencias.

Para cumplir con el objetivo del capítulo, en el primer subtítulo abordaremos el derecho natural, el cual para algunos autores, el cual, bajo los parámetros de interpretación de nuestros principios constitucionales, constituye uno de los principales obstáculos para el ejercicio de la eutanasia en nuestro país.

Por otra parte, en el segundo apartado se explicitan las controversias en relación a la legalización de la eutanasia dentro de la Ley 26.742, su práctica en nuestro país y su equiparación con la muerte digna; lo que posibilitaría un análisis de las condiciones bajo las cuales se llevaría a cabo dicha práctica en caso de ser requerida, posterior a su legalización.

Finalmente, nos focalizaremos en el análisis de las distintas jurisprudencias que rigen actualmente en Argentina. En esta instancia, por ejemplo, se analizará el fallo Saguir y Dib en cuanto a la interpretación que se puede hacer a favor de la capacidad, explicitando cómo se equipará la eutanasia con la muerte digna, para que su inclusión sea posible en la ley 26.742, teniendo en cuenta las condiciones que requeriría su ejercicio. Del mismo modo, se analizará el fallo Albarracini, todo ello con la finalidad de indagar que sostienen nuestros tribunales en torno a la problemática presentada.

4.1. LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

Para comenzar, diremos que no existe una definición precisa de derecho natural, pero que a lo largo de la historia se lo ha entendido como un conjunto de postulados que poseen un origen abstracto, superior a los seres humanos como lo es Dios. En concreto, se podría decir que el derecho natural es el conjunto de normas establecidas por las personas a partir de su propia consciencia, las cuales priman sobre la vida y sobre cada momento histórico.

El derecho natural surge con los griegos como consecuencia de la arbitrariedad e injusticia que se daban en la creación y aplicación de las leyes; las reflexiones sobre esta problemática indican la posibilidad de encontrar, detrás de los continuos cambios de la conducta humana y del mundo, un elemento estable y permanente. Ellos trataban de conciliar la discrepancia entre el ser eterno e inalterable y el cambio, variedad y multiplicidad de la vida. El espíritu griego instituyó que frente a los desequilibrios entre la realidad que intentaba regir la ley y sus posibilidades de control, debía existir una medida o norma en la que se pudiera confiar para establecer la justicia o la injusticia de una acción o de una ley. Es así como la razón humana se independiza de la razón divina.

El derecho natural es la base de nuestra constitución y se encuentra implícito en los derechos humanos que se encuentran en la misma, ya que son comunes a todos los seres humanos, por ejemplo, el derecho a la vida. Es en este último donde surge el principal conflicto, ya que implementar la eutanasia en nuestro ordenamiento jurídico supondría contradecir nuestra ley más importante y la que prima sobre las demás.

Nuestro ordenamiento jurídico ha estado influenciado por el derecho natural, la vida es un bien jurídico tutelado, lo que significa que se encuentra protegida y que cualquier acción que intente lesionarla de alguna manera, se encuentra sancionada.

La vida, como bien jurídico, se halla consagrada en nuestro Código Penal en el Libro Segundo, Título 1, bajo la denominación “delitos contra las personas”; allí se puede encontrar la vida humana en los capítulos I, III y VI. Existen también otras disposiciones que resguardan ese mismo bien jurídico; son los artículos 124, 142 bis, 3° y 4° párrafos, 144 tercero, inciso 2°, 165, 186 incisos 4° y 5°, 189 2° párrafo, 190 3° párrafo, 191 inciso 4°, 196 2° párrafo, 199, 200 2° párrafo y 203 “in fine”, entre otras.

La vida como bien jurídico es el más importante de todos, ya que un atentado contra ella resulta irreparable. Del mismo modo se erige como condición necesaria para el disfrute de los restantes bienes, esto hace que el derecho a la vida sea un atributo inseparable de la persona humana, porque condiciona su existencia y, a su vez, trae aparejado su desenvolvimiento espiritual y material. Cabe destacar que el capítulo primero del Libro

Segundo castiga todas aquellas conductas que atenten contra la vida de las personas, protegiendo a todo ser humano de los delitos de homicidio (Kierzenbaum, 2009).

Kierzenbaum (2009), citando a Von Liszt, sostiene que el “bien jurídico” puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico. Este bien es producto del Derecho constitucional y del Derecho Internacional. Se suele decir que existen bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos estatales, los primeros se refieren a intereses del individuo y los segundos a intereses del estado.

Kierzenbaum (2009) afirma que el homicidio, castigado con graves penas dentro de nuestro sistema jurídico, tiene por objeto quitar la vida, la cual es un bien supremo no sólo para el individuo, sino para la sociedad y el estado, como valor cualitativo y cuantitativo. Se sostiene que la vida es dada al hombre por Dios y solo él puede quitarla, pero que el Estado puede imponer el sacrificio de ella en beneficio de la colectividad. Del mismo modo, el individuo nunca puede convertirse en árbitro de su destrucción, a menos que el ordenamiento jurídico, por alguna reconocida causa de justificación, le otorgue ese derecho.

Por su parte, Kierzenbaum (2009) sostiene que Molinario, al referirse a la titularidad del bien jurídico de la vida, plantea un aspecto valioso en el análisis del delito de homicidio, el mismo suscita un doble orden de intereses; por un lado, el interés de cada ser humano en gozar de la vida, a la cual ha sido llamado y en la cual tiende a permanecer hasta por simple inercia vital. Dicho interés halla, a su vez, un reflejo en el interés que tiene el Estado de tutelar ese derecho. Pero, por otra parte, existe un interés directo del Estado en la conservación de la vida humana, como instrumento que ella es para la realización de sus finalidades.

Estos dos juristas le atribuyen al Estado una “co-titularidad” de los bienes, que incluso parece imponerse sobre la titularidad individual. Por el contrario, sostengo que esta no puede ocurrir de manera tal, ya que el bien jurídico siempre debería pertenecer a cada individuo y servir de límite al estado.

Tal como nos comenta Kierzenbaum (2009), Zaffaroni definía al bien jurídico como “la relación de disponibilidad de una persona con un objeto...”, lo cual lo llevó a eliminar

la clasificación de bienes jurídicos entre disponibles e indisponibles, pues los segundos no podrían ser bienes jurídicos, de lo contrario, existiría una contradicción terminológica.

Así lo escribe el citado autor:

“La idea de disponibilidad es criticada, particularmente por quienes clasifican los bienes jurídicos en disponibles e indisponibles, lo que se contrapone frontalmente con la disponibilidad como característica esencial del concepto. Este malentendido deriva de la identificación de disposición con destrucción. La destrucción es un límite —poco usual— de la disponibilidad, pero en un estado social y democrático de derecho la forma ordinaria de disponibilidad es el uso o aprovechamiento del objeto de la relación. En este sentido, es claro que la vida es el bien jurídico más disponible, pues a cada instante se dispone del tiempo de vida. Los casos a que usualmente se apela para negar el concepto de bien jurídico como disponibilidad son el suicidio y la destrucción del estado. Cabe observar que son dos supuestos en que el sujeto pierde de una vez y para siempre todos los bienes jurídicos y no sólo la vida o el estado: en el primer caso desaparece el sujeto; en el segundo, la protección jurídica. De allí que en el caso del suicidio pueda exigirse el recaudo de que, por lo general, sólo sea legítima la práctica directa por el propio sujeto. En el caso del estado, se trata de un bien jurídico de sujeto múltiple y, por consiguiente, un sujeto aislado no puede disponer de él en forma destructiva, lo que es característica común a todos los bienes jurídicos de sujeto múltiple” (Zaffaroni en Kierzenbaum, 2009: 50)

Kierzenbaum (2009) expresa entonces que el bien jurídico “vida” pertenece, por un lado, al individuo como tal y por otro, al estado; de este modo, si el individuo es dueño de su vida ¿porque no puede disponer de ella?

4.2. IMPLEMENTACIÓN DE LA EUTANASIA DENTRO DE LA LEY 26.742

El inciso 1 de artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos determina el derecho a la integridad física, psíquica y moral, estableciendo que:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condijio de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

El artículo 1770 del Código Civil y Comercial estipula: “Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.”

De estos artículos se desprende que todo individuo tiene derecho a que se respete su vida y su privacidad. Sin embargo, no se cumple cuando la persona está frente a una situación de enfermedad incurable y de cierto modo se la obliga a continuar con esa vida que estará llena de cuidados paliativos, tratamientos invasivos y dolorosos que provocan estragos en el propio cuerpo.

De realizarse una interpretación inclusiva para con la eutanasia dentro de la ley 26.742, además de la modificación que se ha hecho al artículo 1° inciso e de la ley 26.529 de Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, el cual queda redactado de la siguiente manera:

“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 estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

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

Se debería agregar a esta modificación el concepto de eutanasia y su permisión, quedando redactado de la siguiente manera:

“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 elegir en qué momento ponerle fin a su vida, cuando el mismo se encuentre ante una enfermedad irreversible, incurable o en estado terminal; lo que se llevara a cabo luego de la realización de los correspondientes exámenes médicos que comprueben tales circunstancias, de un informe psicológico del paciente y de la comprobación de su consentimiento. En el caso de pacientes que no se encuentren en condiciones de dar su consentimiento, el pedido podrá ser realizado por la familia, con un previo informe de tales circunstancias. El paciente deberá ser plenamente capaz, de acuerdo a nuestras leyes, de no ser así el consentimiento será requerido a su tutor, curador o representante legal, luego de evaluar exhaustivamente la situación en concreto (Ley 26.742). Por otro lado, en relación a los menores de edad, se aplicará el artículo 26 del Código Civil y Comercial.”

4.3. CONDICIONES EN LAS QUE SE LLEVARÍA A CABO

Cuando una persona se encuentre frente a una enfermedad irreversible, incurable o en estado terminal podrá solicitar la eutanasia luego de impartir su consentimiento. Las condiciones necesarias para la eutanasia no punible será que los sufrimientos sean intolerables y que no haya perspectivas de mejora comprobadas medicamente. El paciente debe haber sido informado de la situación y del pronóstico. Por su parte, el médico encargado de aplicar la eutanasia estará obligado a elevar un informe a un comité de médicos que se especialice en el área de la enfermedad padecida.

Si se implementara la eutanasia de esta manera, significaría la adquisición de un derecho para las personas que se encuentran frente a situaciones terminales de vida, sería de suma importancia seguir de cerca cada caso en concreto y sus condiciones. Según la interpretación que se le otorgue a la Ley 26.742, lo que se procura realizar es la incorporación de la práctica de la eutanasia en nuestro sistema de salud.

4.4. EL FALLO SAGUIR Y DIB

El caso Saguir y Dib fue uno de los más renombrados en nuestro país respecto al derecho a la salud, el mismo sucede en 1980 cuando se presentan Juan Saguir y Nélica A. Dib de Saguir, en carácter de padres de la menor Claudia G. Saguir y Dib, solicitando la autorización judicial para que la menor donara uno de sus riñones a su hermano Juan I. Saguir y Dib. Ellos fundamentaron su pedido en el padecimiento de una insuficiencia renal crónica de su hijo, que sólo sobrevive mediante un tratamiento artificial de hemodiálisis. El niño había sido trasplantado en el año 1975 con un riñón de su madre, operación que tuvo sólo relativo éxito, ya que el riñón injertado funcionó un 35% durante los 6 meses posteriores, y luego solamente lo hizo en un 11 %. Los padres afirmaron que los exámenes clínicos realizados en centros especializados dieron con el único dador compatible: Claudia G. Saguir, su hermana. Al ser informados por los médicos que el trasplante no podría realizarse sin la previa autorización judicial, por ser la donante menor de 18 años, efectúan esa presentación.

A pedido de la jueza se produjo un dictamen de los médicos forenses, cuyas conclusiones a esa época resultan las siguientes: 1) El estado de J. I. S. es de crónica

gravedad, no obstante debe tolerar físicamente una espera hasta el día 30 de diciembre de 1980 (fecha en que la donante cumplirá los 18 años), sin que se practique dicho trasplante; 2) El peligro de muerte existe en el paciente desde que se diagnosticó la enfermedad, causa de la insuficiencia renal bilateral; 3) Para evaluar las consecuencias inmediatas y futuras, al realizar la ablación de un riñón de una menor de 17 años, debe considerarse: a) Si la menor posee suficiencia renal en cada uno de sus riñones, por lo que se deberá hacer el estudio de éstos por separado, luego de descartar que no es portadora de riñón único; b) De todos modos, la dadora quedará con una debilitación permanente de una función de vital importancia para su futuro como mujer; 4) El porcentaje de éxito respecto a la parte técnico-quirúrgica puede ser alto, no pudiendo informar lo mismo respecto al futuro y a la evolución. A este respecto, según las estadísticas del VIII Informe del Registro de Trasplantes para el año 1968-69, al año de sometido a la operación, había un 78 % de éxito y a los dos años un 75 %. Sólo las 2/3 partes de los pacientes receptores efectuaron una actividad normal; 5) De acuerdo a la ley de trasplantes cardíacos, es el Centro Único Coordinador de Ablación e Implante (CUCAI), perteneciente a la Secretaría de Estado de Salud Pública, el que puede disponer de los órganos cadavéricos para su trasplante.

Se produjo el dictamen de la asesora de Menores, en el cual se negó la autorización solicitada, fundándose en art. 13 de la ley 21.541, por considerar que en el caso concreto la menor no estaría capacitada para evaluar las gravísimas consecuencias de la ablación de un órgano tan vital como un riñón, ni tampoco sus progenitores, trastornados emocionalmente por el sufrimiento de su otro hijo y con base en las conclusiones del peritaje médico.

Los padres apelaron la sentencia interponiendo un recurso extraordinario federal, fundamentando dicha petición en que la Cámara de Apelaciones se apartó y negó el derecho natural del ser humano a la vida, a la subsistencia y a la integridad. Se afirma al respecto que el art. 13 de la ley 21.541 no prohíbe la donación de órganos en vida a los menores de 18 años, sino que -se argumenta- éstos pueden donar igualmente un órgano, aunque deben contar con el previo consentimiento de sus padres y autoridad judicial, invocándose el art. 19 de la Constitución Nacional. Finalmente, se expresa que no existe mayor diferencia entre una menor de 18 años recién cumplidos y una menor de 17 años y 8 meses de edad; Que los jueces se apartaron de la ley 21.541, toda vez que se basaron en el

dictamen de médicos no especialistas y desecharon la opinión del equipo de médicos que habría de operar a los menores, que son los únicos autorizados por la mencionada ley, para efectuar los trasplantes; Que existe arbitrariedad en la sentencia apelada, ya que -se arguye- aquélla sólo tiene fundamento aparente toda vez que los jueces, dicen los recurrentes, se basaron para arribar a sus conclusiones en fundamentos dogmáticos y extralegales. Afirmar, además, que pese a haber existido una entrevista personal entre la donante y el tribunal, este último arribó a la conclusión denegatoria de la autorización, pero sin expresar las razones fundamentales que tuvo para llegar a esa conclusión final. Invocan violación de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y, por ende, solicitan que V. E. otorgue la autorización solicitada.

En ese mismo año la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el recurso interpuesto por los Saguir y Dib. Considerando que el problema a resolver se relaciona con la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. La norma específica (art. 13, ley 21.541) ha de ser interpretada, considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado.

De esto se desprende que el problema en concreto respecto a este fallo son las interpretaciones que se le pueden dar a las distintas leyes que rigen la materia, y es por eso que en esta instancia nos puede resultar de gran ayuda para interpretar la Ley 26.472 de muerte digna, a fin de equipararla con la eutanasia y que la misma sea incluida en el ordenamiento jurídico argentino.

La Corte argumento que, por las circunstancias fácticas de la causa, corresponde interpretar la norma específica de la materia con el propósito de conjugarla con el todo orgánico del ordenamiento jurídico. El art. 13 de la ley 21.541 establece: "Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo...".

Por otra parte, debe recordarse que la capacidad de las personas es la regla y la incapacidad la excepción, cabe destacar que las mismas han de ser expresas y de

interpretación restrictiva, principio que, conforme a las excepcionales particularidades de esta causa, tantas veces reiteradas "supra" y a las normas jurídicas citadas, ha de ser tenido especialmente en cuenta en la solución de este caso, máxime frente al consentimiento de los padres y a la intervención de la autoridad jurisdiccional.

También se argumentó que no se trata de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas.

Finalmente, la Corte llegó a una conclusión que guarda validez tanto con las leyes anteriormente expuestas como con la urgencia del caso, permitiendo que se lleve a cabo el trasplante. (CSJN, fallos 302:1284)

Por lo expuesto anteriormente, se puede decir que la Corte Suprema realizó una interpretación de la ley acorde a la situación, si bien se siguió lo dispuesto por la ley 21.541 de trasplantes de órganos, también se tuvo en cuenta el pedido de la familia. Ciertamente en este caso se encuentra en riesgo el derecho a la salud tanto del paciente como de la donante, su hermana; pero en la extensión del fallo nunca se habla de la opinión y el deseo del paciente ¿En algún momento se preguntó si él estaba dispuesto a poner en riesgo la vida de su hermana? ¿O si quería continuar con su vida de esa manera? Con una vida que solo se mantiene como tal con diálisis diariamente, una vida plagada de dolor; es allí donde entran en juego las distintas interpretaciones que se le puede dar a una ley

En la ley 21.451 al igual que en la 26.472 de muerte digna se enfatiza sobre la capacidad de las personas, la misma es definida en el artículo 22 de nuestro Código Civil de la siguiente manera: “Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”.

Por ello, la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo del fallo “Saguir y Dib” puede resultar de gran utilidad en relación al tratamiento de la eutanasia, ya que sería una cuestión de interpretación de la ley 26.742, lo que permitiría equiparar la eutanasia con la muerte digna, la cual puede ser incorporada en dicha ley.

4.5. FALLO ALBARRACINI: TESTIGO DE JEHOVA

El 1 de junio de 2012 la Corte Suprema de justicia de la nación resolvió el famoso caso Albarracini.

Tal como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia “después de enumerar los derechos que se encontraban involucrados en la cuestión planteada –derecho a la vida y a la salud, autonomía individual, libertad religiosa y de conciencia-, la alzada señaló que el paciente había dejado expresada su voluntad en relación a una situación como la que se había generado, al obrar en el expediente un documento que daba cuenta de “directivas anticipadas” en el que expresamente se negaba a recibir transfusiones de sangre aunque peligrase su vida.” Como vemos, existe una voluntad manifiesta de no recibir transfusiones de sangre.

Asimismo, sostuvo que dichas directivas –según el artículo 22 de la ley 26.529 debían ser aceptadas por los médicos- resguardaban el principio constitucional de libertad de autodeterminación, entendido como soporte de conductas autorreferentes, sin que se diera en el caso el supuesto excepcional de la citada norma que impide las practicas eutanásicas.

Por ende, el a quo consideró que tales directivas debían ser respetadas priorizando la voluntad del paciente fundada en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas y su dignidad, y que las manifestaciones realizadas por su padre no llevaban a considerar que pudiese haber mediado algún cambio en la idea religiosa de pablo, pues de haber existido intención de modificar el testamento vital, lo lógico era que hubiese revocado la voluntad expresada en el instrumento analizado.

Que ante un caso de la gravedad del presente corresponde recordar que una de las premisas fundamentales de la libertad individual en la Constitución Nacional se encuentra

en el artículo 19 que consagra 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 solo reservadas a Dios, y exenta de las autoridad de los magistrados”.

En este sentido, la Corte considera que debe tenerse dicha disposición como plenamente válida, aunque la no transfusión de sangre genere un peligro inminente – y posible muerte – del paciente.

a. Comentario al fallo

Este texto del caso Albarracini, trata sobre un testigo de jehová que dejó expresado en su testamento vital la negativa a una posible transfusión de sangre, cuestión de gran ayuda para el presente análisis, ya que en él se establece el respeto al principio constitucional de la autodeterminación, además de hacer mención del artículo 19 de la Constitución Nacional, utilizado en múltiples ocasiones para establecer el derecho a la privacidad en la presente tesis.

Creo de suma importancia la acción del tribunal de respetar las directivas que el paciente había expresado, dándole prioridad a su voluntad, creencias y dignidad, uno de los principales objetivos de este trabajo: otorgarle al individuo la posibilidad de morir dignamente.

Del mismo modo, en el caso se hace referencia a lo expresado por la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual estableció que:

“Prima facie, cada adulto tiene el derecho y la capacidad de decidir si acepta o no tratamiento médico, aun cuando su rechazo pueda causar daños permanentes a su salud o llevarlos a una muerte prematura. Más aun, no importa si las razones para el rechazo son racionales o irracionales.”

4.6. FALLO D.M.A: DECLARACION DE INCAPACIDAD

En los autos D. M. A. | declaración de incapacidad, la Cámara de Apelaciones lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, con Fecha: 6-sep-2011, se rechazó del

pedido de autorización formulado para obtener el retiro, cese y abstención de todas las medidas de sostén vital en el cuerpo del paciente, quien se encuentra en estado vegetativo permanente irreversible desde hace más de 16 años y no manifestó su voluntad para suprimir el soporte vital.

La persona sujeta a esa afección de la salud, puede ser lícitamente representada, a través de algún tipo de representación legal, para la emisión de una interpretación negativa de su voluntad en cuanto a su continuidad biológica bajo tan extremadamente adversa condición, siendo la respuesta de la magistrada que nos hallamos ante un vacío normativo material insusceptible de ser salvado por la autoridad judicial, esto es, que el caso se encuentra únicamente sujeto a una ponderación deontológica o de ética profesional por parte de los profesionales de la medicina que brindan su atención a la persona mencionada, que son quienes, en definitiva, deben asumir una decisión al respecto.

Ratificada así la conclusión que el fallo sienta acerca de la inexistencia de legislación que respalde el pedido de autorización que se formula en este proceso (con lo que ciertamente alcanzaría para su íntegra confirmación, dada, como se ha dicho, la calidad de "determinativa" del sentido de la decisión acerca de esta circunstancia), no obstante, en atención a la intrínseca y señalada gravedad del asunto puesto a juzgamiento y al respeto y consideración que las mismas recurrentes y la postura que ellas plantean merecen a este Tribunal, estimo que ha de seguirse con el análisis de la restante vertiente discursiva del recurso que puede resumirse en un punto: la arbitrariedad de la sentencia por desconsideración infundada de la pericia médica y de los informes de las entidades científicas/profesionales.

a. Comentario al fallo

Estos dos párrafos extraídos del fallo DMA son de suma importancia para el trabajo, ya que explicitan una situación que ha sido tratada en el mismo. En dicho fallo se explicita el caso de aquellas personas que se encuentran en un estado tal que no les permite manifestar su voluntad. Puntualmente, en la situación anteriormente mencionada, las hermanas del paciente solicitan el cese y retiro de todas las medidas de sostén vital en el

cuerpo del paciente, quien se encuentra en estado vegetativo permanente irreversible desde hace más de 16 años, sin embargo, este no manifestó su voluntad de suprimir tales medidas y es ahí donde radica el problema de este fallo.

La mayoría de los votos que rechazan la petición que efectúan las curadoras se fundamentan en el vacío legal, en la falta de legislación que existe sobre este tema; dejando la decisión en manos de los profesionales de la salud. Sin embargo, considero que las hermanas, siendo curadoras, tienen la potestad para solicitar que se supriman las medidas que contribuyen a sostener la vida de su hermano en ese estado y son quienes pueden conocer cuál hubiera sido su voluntad en caso de poder expresarla.

4.7. FALLO T. R. R.: AUTORIZACIÓN JUDICIAL

El Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata Sala/Juzgado: 4, con fecha 5-jul-2012 ha resuelto el caso T.R.R.

Ha sostenido que corresponde declarar la plena validez jurídico-constitucional del instrumento de Directivas Anticipadas otorgado por el solicitante -quien padece neoplasia pulmonar con metástasis cerebrales-, donde expresa su deseo de no ser sometido a ninguna práctica médica que implique sufrimiento e inútil prolongación de la vida, en virtud de lo dispuesto por la ley 26742, el art. 11 de la ley 26529 y los arts. 19 y 75, inc. 22 , CN., y en consideración de los resultados de las pericias (psicológica y socioambiental) y de la entrevista personal con el paciente, de donde se corrobora la lucidez, claridad de ideas y conciencia de la situación del solicitante.

La vía de la autorización judicial referente a un acto de autoprotección (directivas anticipadas) dado el objeto de la acción entablada -que se refiere al reconocimiento y tutela de derechos fundamentales, como lo es el derecho a la autonomía personal y a rehusar un tratamiento médico que se estima invasivo-, participa de la naturaleza de la acción constitucional de amparo, en cuanto tiende a la tutela de derechos esenciales de la persona humana no patrimoniales; y, por ende, ante la insuficiencia de normas legislativas pertinentes tornan de aplicación operativa las previsiones del art. 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, inc. 2 en cuanto estatuye -como facultad-deber del juez- encauzar el trámite mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la

cuestión planteada , todo ello en relación a la operatividad de los derechos fundamentales y el deber a ese respecto que la propia Constitución Provincial impone al Juez o Tribunal (art. 57 Carta Magna Provincial, arts. 31 y 75 inc. 22 de la CN.).

Finalmente, puntualiza que habiendo tomado conocimiento de su derecho a rehusar tratamientos médicos que considera invasivos, solicita que se arbitren los medios necesarios para que se dé cabal cumplimiento de sus directivas anticipadas, en el sentido que su firme deseo es el de rehusar a la intubación, internación en terapia intensiva y otras prácticas invasivas que pueden resultar dolorosas y causar sufrimientos, prolongando la vida sin posibilidad cierta de mejoría en relación a la enfermedad de base, es decir un firme deseo de no ser sometido a ninguna práctica médica que implique sufrimiento e inútil prolongación de la vida.

Resulta aquí dable destacar que la vía de la "autorización judicial", dado el objeto de la acción aquí entablada que se refiere al reconocimiento y tutela de derechos fundamentales -como lo es el derecho a la autonomía personal y a rehusar un tratamiento médico que se estima invasivo, a todo aquello que atañe a la "dignidad de la persona humana" como derecho y valor fundamental-, participa de la naturaleza de la acción constitucional de amparo, en cuanto tiende a la tutela de derechos esenciales de la persona humana "no patrimoniales", y por ende ante la insuficiencia de normas legislativas pertinentes tornan de aplicación operativa las previsiones del art. 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, numeral 2 en cuanto estatuye -como facultad - deber del juez- encausar el trámite "mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada", todo ello en relación a la operatividad de los derechos fundamentales y el deber a ese respecto que la propia Constitución Provincial impone al Juez o Tribunal (art. 57 Carta Magna Provincial, arts. 31 y 75 numeral 22 de la Constitución Nacional).

a. Comentario al fallo

Estos párrafos extraídos del fallo TRR me resultan pertinentes para dicha tesis, ya que tratan el tema de las directivas anticipadas, permitiendo que las personas puedan dejar

establecido como ha de procederse en caso de encontrarse frente a determinadas condiciones provocadas por alguna enfermedad.

Tal como lo establece el artículo 11 de la ley 26.529, toda persona capaz y 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

Lo que el Sr. T (como aparece en el caso) pretende, es que llegado el momento no lo sometan a padecimientos y sufrimientos evitables con el fin de prolongar su vida; el objetivo de las directivas anticipadas son que se lo deje “morir en paz”. Como se puede apreciar, son varias las normas que permiten que se ejecuten estas directivas anticipadas o también los testamentos de vida o vitales, otras de las cuestiones que han sido introducidas recientemente a nuestra legislación, en donde cada persona puede dejar plasmadas las directivas anticipadas para determinados tratamientos médicos constituyendo una opción que contribuye al concepto de morir con dignidad, ya que permite a la persona expresar como deberán proceder los profesionales de la salud frente a determinados tratamientos que tengan por objeto prolongar la vida causando padecimientos y sufrimientos evitables.

CONCLUSIÓN PARCIAL

Como se puede apreciar, en este último capítulo se trata sobre los obstáculos que se presentarían ante la posible implementación de la eutanasia en nuestro ordenamiento jurídico.

En primera instancia, se hace referencia a la vida como bien jurídico tutelado, como el bien primario del que se desprenden todos los demás, se la presenta como el bien supremo, contra el cual no se puede atentar de ninguna manera. De otro modo, en segundo lugar, emerge el derecho natural, una de las bases de la Constitución Nacional, el cual comprende un obstáculo ante el objetivo que tiene el trabajo, ya que este derecho se desprende de Dios, como un conjunto de normas superiores que le indican a los individuos como actuar a partir de su conciencia. En el tercer apartado se atiende la implementación de la eutanasia, como una forma de muerte digna dentro de la Ley 26.742, a través del análisis de la misma y de las condiciones bajo las cuales se ejecutaría.

Por último, se presentan cuatro fallos transcurridos en nuestro país que considero de gran importancia para el tema, en los cuales se abordan cuestiones que ayudan a entender porque sería posible la implementación de la eutanasia. En este apartado se manifiestan cuestiones como la autonomía personal, las decisiones que corresponden al ámbito privado y personal de cada ser humano, y como esto ayudaría a las personas que sufran enfermedades terminales o situaciones irreversibles, de las cuales hemos dado cuenta a lo largo del trabajo.

CONCLUSIÓN FINAL

Como conclusión de esta tesis, diremos que la eutanasia consiste en terminar con la vida de una persona que sufre un mal incurable, para evitarle los dolores y angustias propios de la agonía. Sin embargo, como demostramos a lo largo del presente trabajo, aunque en Argentina existe una ley de muerte digna, la eutanasia no estaría – a simple vista- contemplada en dicha legislación.

Realizada esta primera observación, recordaremos el interrogante que guio nuestra investigación: ¿Es posible la implementación de la eutanasia dentro de los parámetros de la ley 26.742 de muerte digna?

Como hipótesis de trabajo, y dando respuesta a dicho interrogante de manera tentativa, sostengo que dentro de los parámetros de la Ley 26.742 de muerte digna, es posible la implementación de la eutanasia.

Ahora bien, para continuar con la resolución de nuestra hipótesis, como dije oportunamente, deberíamos de reconocer la diferencia entre eutanasia y muerte digna. Prima facie, a mi entender, la eutanasia está contenida dentro de la muerte digna. La diferencia que radica entre una y otra es que mientras la eutanasia es una acción del médico hacia la persona del paciente, la muerte digna es una instancia donde decide el paciente sin la intervención necesaria de terceros profesionales.

Considero que, a lo largo del presente trabajo, se ha corroborado la hipótesis inicial y hemos llegado a la conclusión que bajo los parámetros de la ley 26.742 de muerte digna, es posible la implementación de la eutanasia en nuestro país.

La relevancia de esta respuesta es clave. Hoy en día resulta controversial hablar acerca de esta práctica, donde entran en contradicción el derecho a la vida y los derechos a la dignidad e intimidad. Desde que se conoce la eutanasia, han existido dos posiciones antagónicas, siempre, una en contra y otra a favor; en la actualidad desde el punto de vista religioso y de la bioética es considerada una práctica inmoral, pero desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad de cada individuo y del derecho a disponer de nuestras vidas y

de nuestra intimidad significaría la adquisición de un nuevo derecho que les daría a las personas una “salida” cuando no tengan otra alternativa; para que sea posible su incorporación a nuestro sistema jurídico hay que separar, desde un primer momento, lo que es el derecho a la salud, de la religión y la moral. La muerte es un imperativo biológico que viene integrado a la vida, como un final, y por ello el derecho a una vida digna debe conllevar también el derecho a una muerte digna, morir serenamente, sin sufrimientos innecesarios para poder así aliviar el dolor y dejar este mundo en paz con uno mismo.

Así las cosas, equiparar la eutanasia con la muerte digna sería entonces una cuestión de interpretación de la Ley 26.742, que permitiría, si fuera modificada, que esta práctica fuese incluida en la misma; y ello conllevaría a sumar un derecho que es el de morir dignamente, ya que toda persona, siempre que sea plenamente capaz, debe tener el derecho a dirigir el final de su vida, por lo tanto, el paciente puede ser el único que debe decidir si seguir o no con su vida para lo que debe estar bien informado sobre su estado de salud y de las alternativas posibles. En concreto la eutanasia termina siendo una decisión de las más íntimas y que depende de la consideración que cada persona tenga de la vida, por esto debería ser posible que esa persona tenga el derecho de poder elegir.

Mientras los ordenamientos jurídicos tomen a la vida como un valor en sí mismo y no como un derecho fundamental que las personas hacemos valer (pensando en nuestro propio derecho a la vida y disposición del cuerpo), será difícil que se pueda legalizar en nuestro país. En este sentido, y aunque se puede hacer una interpretación favorable de la ley de muerte digna, parece que los pleitos y conflictos sólo podrían hacerse valer en sede judicial, a partir de la decisión de un magistrado, con todo lo que ello implica. Queda decir, entonces, que sería muy válido generar una ley que permita la eutanasia sin tener que recurrir a los jueces para ello.

No tuvimos la oportunidad de elegir cuándo y cómo nacer, pero existe un derecho sustancial a decidir cómo morir. Es tiempo también de despejar la falsa creencia de que existe un deber social de curarse, y reafirmar que más allá de pretendidas racionalidades médicas o jurídicas, puedan coexistir armónicamente distintas formas de pensar la salud, la vida y la muerte (Maglio, 2012).

Finalmente, según lo presentado a lo largo de la presente tesis, la eutanasia puede ser observada como un acto de buena fe, ya que se quiere evitar el sufrimiento a las personas que padecen de alguna enfermedad terminal e incurable.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Bevacqua, Silvio (2012). Recuperado en 26/10/2018 en <https://www.eldia.com/nota/2012-9-1-muerte-digna-un-debate-mas-alla-de-las-leyes>
- Cusa, Guillermo José. Eutanasia. Recuperado el 26/10/2018 en http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/eutanasia_h.htm
- Esquivel Jiménez, Juan. (2004). El derecho a una muerte digna: La eutanasia. (<http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/trabajos/0304/3/2.htm>)
- Fita Josep (2016). ¿Qué países permiten la eutanasia? Recuperado el 26/10/2018 de (<http://www.lavanguardia.com/vida/20160408/40981673066/eutanasia-paises-legal.html>)
- José Miguel Serrano Ruiz- Calderón (2007) “La Eutanasia”. (1ra edición). Madrid, España.
- Kemelmajer De Carlucci (2003). “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en Bergel y Minyersky (Comps.): Bioética y Derecho, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina.
- Lucca Amelia, Lucca Ana, Martínez Susana y Puppó Monica. (2005). Desarrollo Humano. Recuperado el 26/10/2018 de <http://hum.unne.edu.ar/publicaciones>.
- Maglio, I. (2012). Recuperado el 26/10/2018 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/>
- Osio, A. J. (2002). Eutanasia, morir con derecho y dignidad. Recuperado el 26/10/2018 de <http://www.ub.edu>.
- Pineda Rafael, 2015. Recuperado el 26/10/2018 <https://www.lanacion.com.ar/1471804-vivir-dignamente-morir-en-paz>.

-Revista Asociación Federal Derecho a morir dignamente.
(https://www.eutanasia.ws/eutanasia_mundo.html)

-Taboada, Paulina, 2000. “Revista electrónica Acta bioethica”. El derecho a morir con dignidad. Recuperado el 26/10/2018
(http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2000000100007)

-Videla, Lucas. (2012) “Revista derecho penal”. Algunas consideraciones sobre el derecho a la eutanasia y a la muerte digna en Argentina.
(<http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120127-videla>
[algunas_consideraciones_sobre_derecho.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120127-videla))

Legislación

- Código Civil Y comercial de la Nación. (2016) compilado por Víctor p. de Zavalía.
Buenos Aires: Zavalía.

- Código penal de la Nación. (2014) compilado por Fernando M. Zamora. (64ª ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Zavalía.

-Constitución de la Nación Argentina. (2013) compilado por Ricardo de Zavalía. (39ª ed.)
Buenos Aires: Zavalía.

-Ley N° 26.529 de salud pública.

-Ley N° 26.742 de muerte digna.

Jurisprudencia

-C. S. J. N. “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”. Fallos 301: 947 (1993).
Recuperado de SAIJ (<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-bahamondez-marcelo-medida-cautelar-fa93000111-1993-04-06/123456789-111-0003-9ots-eupmocsollaf>)

-CSJN, fallos 302:1248. Sentencia Saguir y Dib (1980). <http://www.saij.gob.ar>

-Sentencia C-239/97 corte constitucional de Bogotá, Colombia. Expediente D-1490. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980-Código Penal. (1997) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.html>

-CSJN. Fallo Albarracin. Recuperado el 20/10/2018 en www.microjuris.com

-Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata Sala/Juzgado: 4, con fecha 5-jul- 2012, Caso T.R.R. Recuperado el 20/10/2018 en www.microjuris.com

-D. M. A. | declaración de incapacidad, la Cámara de Apelaciones lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, con Fecha: 6-sep-2011, Recuperado el 20/10/2018 en www.microjuris.com

