

El derecho a rechazar prácticas médicas en el final de la vida

Algunas reflexiones a partir de la legislación, doctrina y jurisprudencia argentina

Paola Alejandra Urbina¹

Resumen

El objetivo del presente trabajo es reflexionar acerca de la trascendencia y alcances del derecho a rechazar prácticas médicas en el final de la vida, donde su afectación se ve más comprometida que en el resto de sus diversas manifestaciones, pues es en dicho tramo donde su vulneración se produce en mayor grado. Para lograr este cometido intentaremos develar cómo se enuncia, cómo se fundamenta y cómo se manifiesta en el mundo jurídico, destacando de sus características aquellas cuya presencia detectamos en la legislación, doctrina y jurisprudencia más significativas en los últimos años. Finalmente, presentaremos nuestra conclusión, sin pretensión de definitiva, pero que puede resultar útil en la formulación de políticas de regulación del tema.

Palabras clave: derecho del paciente, derecho a rechazar prácticas médicas, paciente terminal, directivas anticipadas.

Abstract

The aim of this paper is to reflect on the significance and scope of the right to refuse medical practices at the end of life, where his involvement is more committed than in the rest of its various manifestations, as it is on this segment where its breach there is a greater degree. To achieve this task we will try to uncover how it sets, how it is based on and how it manifests in the legal world, highlighting these features whose presence detected in the legislation, doctrine and jurisprudence most significant in recent years. Finally, we present our conclusion, no definitive claim, but it may be useful in formulating policies to regulate the issue.

¹ Abogada USAL y Doctora en Derecho Privado UCES. Docente de Grado y Posgrado e investigadora en UCES y de Grado en la UBA. Miembro del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación Manuel Belgrano (CIAM) y de la Asociación Latinoamericana de Administración Pública (ALAP). Ha publicado artículos y comentarios a fallos referidos a aspectos vinculados con la realidad jurídica en materia de prestaciones de salud. pao_urbina@yahoo.com.ar

Keywords: patient rights, right to refuse medical practices, terminal patient, advance directives.

Resumo

O objetivo deste trabalho é refletir sobre o significado eo alcance do direito de recusar a prática médica no final da vida, onde sua participação é mais do que no resto da suas várias manifestações, uma vez que é nesse trecho que a sua violação há um grau maior. Para realizar esta tarefa, vamos tentar desvendar como os estados, como ela se desenvolve e como ela se manifesta no mundo jurídico, destacando-se as características cuja presença detectada na legislação, doutrina e jurisprudência mais significativa nos últimos anos. Finalmente, apresentamos nossa conclusão, nenhum pedido definitivo, mas podem ser úteis na formulação de políticas para regular a questão.

Palavras-chave: direitos do paciente, direito de recusar a prática médica, paciente terminal, diretivas antecipadas.

I. Introducción

Este trabajo tiene como objetivo reflexionar acerca de la trascendencia y alcances del derecho a rechazar prácticas médicas en el particularísimo contexto del final de la vida, donde su afectación se ve más comprometida que en el resto de sus diversas manifestaciones, pues es en dicho tramo donde su vulneración se produce en mayor grado y resulta palpablemente mortificante para quien lo padece.

II. Alcances

A) *Aproximación inicial*

El derecho a rechazar prácticas médicas en el final de la vida constituye una especie dentro del género derechos humanos, tiene entidad como valor jurídico autónomo y en materia de salud resulta imprescindible para la realización de la regla de la autodeterminación, esto es, la capacidad para decidir sobre la propia vida (Maglio, 2005).

Pero el ejercicio de este derecho no es absoluto pues encuentra su límite en los derechos de terceros y otros aspectos del bien común. La armonización de estos derechos es labor de los jueces, quienes deberán decidir en cada caso planteado, el camino a seguir por los profesionales de la salud.

A partir de esta aproximación intentaremos develar cómo se enuncia, cómo se fundamenta y cómo se manifiesta en el mundo jurídico, destacando de sus características aquellas cuya presencia detectamos en la legislación, doctrina y jurisprudencia interpretativa imperante más significativa en los últimos años.

B) *Cómo se enuncia y fundamenta*

El derecho que tratamos puede enunciarse del siguiente modo: Todo profesional de la salud que con sus acciones u omisiones vulnere los deseos “autorreferentes”

-según expresión de Germán Bidart Campos² del paciente terminal³ expresados con pleno discernimiento⁴, previa información adecuada⁵ por el profesional de la salud y con antelación a llegar al estado en que se encuentra⁶, está obligado a restablecer el derecho vulnerado y a resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

Para algunos rechazar prácticas médicas con las que no se acuerda se vincula con valores morales (Bergoglio de Brower de Koning y Bertoldi de Fourcade, s.f.). Se afirma que su soporte básico es la autodeterminación, en el sentido de elegir qué proyecto de vida se quiere para sí (Bidart Campos y Herrendorf, 1991, Maglio, 2005, entre otros). Esa caracterización como elección resulta claramente explicativa porque su consideración nos permite advertir que la vulneración del derecho a rechazar prácticas médicas opera cuando en virtud del ejercicio irregular de alguna potestad se priva a alguien de su obrar con libertad.

Pero no se trata solo de una cuestión ética. La libre elección es el fundamento básico sobre el que se construye la convivencia en sociedad y, por consiguiente, se torna necesario analizarla también con los instrumentos técnicos de la dogmática jurídica. Ello así, pues considerarla como un simple derecho autodeterminativo significaría renunciar a precisarla desde el punto de vista de la teoría jurídica.

En tal sentido resulta pertinente fundamentar el derecho enunciado desde los puntos de vista normológico, sociológico y axiológico⁷.

² Siguiendo a Bidart Campos (1995), decimos: trátase de deseos típicamente “autorreferentes” pues en nada comprometen a otros y que, en el caso que nos ocupa, lejos de orientarse a provocar o imponer la muerte, atienden, como bien lo sostiene Darío Cuneo (1991), a una forma de aceptar y vivir su irreversibilidad en función de los valores con que la vida de esa persona ha sido vivida, valores que, como tales, no pueden ser restringidos por el solo hecho de parecer absurdos a la opinión de un sector de la sociedad. No someterse a una terapia que solo postergaría por unos días, quizá, unas semanas la muerte, no es lesivo para terceros ni para otros aspectos del bien común.

³ Entiéndase en este trabajo por tal aquel cuyo padecimiento es mortal a causa de una enfermedad u otro evento.

⁴ Bien ha dicho Ricardo Lorenzetti que ello implica que: “El paciente está en condiciones de decidir, y no existen condicionamientos en su síquis derivados de la medicación u otras circunstancias que puedan nublar la expresión libre del consentimiento” (1997: 605).

⁵ Para nosotros “información adecuada” es aquella que se brinda en términos claros, adaptados a la cultura, edad, estado psíquico y personalidad del paciente. Se vincula con ella la temática del consentimiento informado, en la cual no nos adentramos por una cuestión de extensión de este trabajo. Sin embargo, cabe recordar, como lo puntualiza Luis Blanco (1997), que la noción genérica de consentimiento informado implica la hipótesis de la “negativa informada”, que involucra el derecho a la disidencia terapéutica y el derecho a rechazar el tratamiento o procedimiento médico.

⁶ De hecho, en nuestro país, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó en el año 2005 la petición de familiares de una paciente para la suspensión de métodos de soporte vital argumentando, entre otros motivos, que la decisión de rechazar o suspender tratamientos solo puede ser tomada por el propio paciente, de lo cual puede inferirse que de haber existido dicha expresión de voluntad contraria, de manera anticipada, la decisión habría sido la de respetarla (AC 85627, “S. M. de C.”, Suprema Corte Buenos Aires, 09/02/05, en *La Ley Buenos Aires* 2005-3: 377), porque ello implica un indudable ejercicio del derecho a la intimidad (Bidart Campos (s. f.)).

⁷ A tal fin puede emplearse el método propuesto por Werner Goldschmidt (1988).

Desde el enfoque normológico, la enunciación del derecho a rechazar prácticas médicas en el final de la vida que proponemos, expresa en términos precisos su estructura básica y contiene, como toda norma jurídica, el antecedente y su consecuencia.

El antecedente tiene dos presupuestos:

- Que haya acciones u omisiones de los profesionales de la salud.
- Que las acciones u omisiones de los profesionales de la salud sean aptas para vulnerar los deseos autorreferentes del paciente terminal, expresados con antelación a llegar al estado en que se encuentra.

Es por eso que la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín (*El Derecho* 125: 540), autorizó a realizar una transfusión de sangre a favor de un menor recién nacido, a pesar de la objeción de sus progenitores, que invocaron razones de conciencia por pertenecer a la confesión de los Testigos de Jehová por considerar que “es contrario a los fines de la institución [la patria potestad] prevalerse de ella para impedir que el mejor sujeto a su imperio reciba el tratamiento médico adecuado a la afección que padece”, ya que en tal caso, el ámbito de libertad de los progenitores colisionaría con el derecho a la salud del menor, esto es, carecería de autorreferencialidad porque afectaría a terceros, esto es, al menor.

En consecuencia, la noción de rechazar prácticas médicas en el final de la vida no implica que esté vedada la imposición de todo tratamiento sino aquel contrario al principio bioético de no maleficencia del paciente⁸ que consiste en avasallarlo en detrimento de su mejor interés⁹. Por tanto, solo puede probar su respeto al principio de no maleficencia quien emplea la diligencia adecuada al caso¹⁰.

El concepto enunciado contiene también la respectiva consecuencia jurídica, de tal modo que, dados los recaudos exigidos el profesional de la salud que haya vulnerado el derecho a rechazar prácticas médicas en el final de la vida:

a. Está obligado a restablecer el derecho vulnerado. Con ello queremos significar que debe adaptar su accionar a los deseos del paciente terminal que, de forma eficaz, por la vía más expedita posible¹¹ y sin que afecte derechos de terceros, permita al

⁸ El principio bioético de no maleficencia procura el mayor beneficio para el paciente, sin ocasionarle daño (Maliandi, 1994).

⁹ Consideramos que tal interés no siempre coincide con los intereses del profesional de la salud o de la ciencia o disciplina a la cual este pertenece. Por ejemplo, constituiría un avasallamiento de tal interés el aguardar un eventual momento de inconciencia, falta de lucidez o imposibilidad del paciente de comunicarse para someterlo a tratamientos que él libremente rehusara en pleno uso de sus facultades intelectivas y volitivas pero, también, el no evaluar la validez actual de los deseos.

¹⁰ En nuestro concepto la diligencia atañe, en materia de responsabilidad médica, no solo a la ejecución de la prestación debida sino también, al debido respeto de la decisión del paciente para que su mejor interés sea efectivamente respetado y, por tanto, sea eficaz.

¹¹ Creemos que la medida autosatisfactiva -denominación pergeñada por Jorge Peyrano- puede aportar la rapidez y eficacia en este trascendental sentido.

paciente vivir la culminación de su ciclo vital de acuerdo a lo que él considera más adecuado para sí. La obligación de restablecer el derecho vulnerado tiene su fuente en la autodeterminación como derecho que, como persona, le es inherente al paciente.

b. Está obligado a resarcir los daños y perjuicios ocasionados. Se trata de un criterio objetivo de imputación con fundamento en el riesgo que asume quien toma la decisión de vulnerar los deseos autorreferentes del paciente terminal.

La norma jurídica que enunciamos tiene su fuente inmediata en numerosas disposiciones legales y su fuente mediata en la justicia.

Entre las disposiciones legales, cabe mencionar que son los pactos internacionales¹² los que marcan los estándares internacionales en materia de autodeterminación, como principio de no interferencia, que hoy forman parte de nuestro derecho interno por vía del art. 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna luego de la reforma de 1994 [en línea], <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php> [Consulta: 24 de marzo de 2010].

En el ámbito constitucional nuestro país propone “asegurar los beneficios de la libertad” y tutela la intimidad y, con ello, el señorío que sobre los actos, el cuerpo y la propia vida tiene toda persona¹³ (art. 19)¹⁴, reconoce los derechos implícitos (art. 33)¹⁵, entre los cuales está el de rechazar prácticas médicas en el último tramo de la existencia, establece el amparo colectivo como defensa contra todo acto u omisión que lesione, restrinja, altere o amenace derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley (art. 43)¹⁶ y dispone la obligación del Poder Legislativo de legislar y

¹² La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (*Legislación Argentina* 1994-B: 1607) establece en su art. I: “Todo ser humano tiene derecho [...] a la libertad y a la integridad de su persona” y en su art. V: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a [...] su vida privada”. La protección de la autodeterminación es objetivo fundamental de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (*Legislación Argentina* 1994-B: 1611) cuyo art. 12 dispone: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada [...]. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. El concepto es reiterado en los Considerandos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 [en línea], <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm> [Consulta: 26 de marzo de 2010], la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (*Legislación Argentina* 1994-B: 1615 [arts. 5.1, 7.1 y 11.1]), Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en línea], <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html> [Consulta: 26 de marzo de 2010], Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*Legislación Argentina* 1994-B: 1639 [Considerandos, arts. 18.1 y 19.1]) y Considerandos de la Convención sobre los Derechos del Niño (*Legislación Argentina* 1994-B: 1689).

¹³ Estamos firmemente convencidos que tal señorío o libertad implica reconocer que fuera de situaciones excepcionales -como sería el caso que la decisión del paciente tenga por contenido una actitud suicida- está prohibido todo acto intrusivo coactivo.

¹⁴ Art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹⁵ Art. 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados...”.

¹⁶ Art. 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que//

promover medidas de acción positiva que garanticen [...] el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...” (art. 75, inciso 23) [en línea], <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php> [Consulta: 24 de marzo de 2010].

También completa el panorama jurídico vigente la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 10¹⁷, 11¹⁸, 12 párr. 3¹⁹ y 13 párr. 1²⁰ [en línea], http://www.buenosaires.gov.ar/areas/com_social/constitucion/libro_primer.php?menu_id=16343 [Consulta: 26 de marzo de 2010]), y de la provincia de Buenos Aires (arts. 10²¹, 12²², 25²³ y 57²⁴ [en línea], <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/constitucion/cppal.htm> [Consulta: 26 de marzo de 2010]), el Código Civil (arts. 53²⁵ y 1071 bis²⁶ [en línea], <http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>

///en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...”.

¹⁷ Art. 10: “Rigen todos los derechos [...] de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen [...]. Los derechos no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos”.

¹⁸ Art. 11: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley [...]. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”.

¹⁹ Art. 12, párr. 3º: “La Ciudad garantiza: [...] 4. El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana”.

²⁰ Artículo 13, párr. 1º: “La Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas”.

²¹ Art. 10: “Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, [...]. Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente”.

²² Art. 12: “Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: [...] 3- Al respeto de la dignidad, al honor, la integridad física, psíquica y moral”.

²³ Art. 25: “Ningún habitante de la Provincia estará obligado a hacer lo que la ley no manda, ni será privado de hacer lo que ella no prohíbe”.

²⁴ Art. 57: “Toda ley, decreto u orden [...] que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado”.

²⁵ El artículo 53 dice, refiriéndose a las personas de existencia visible, “Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política”.

²⁶ Art.1071 bis: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá este, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

[Consulta: 26 de marzo de 2010]), las leyes 17.132 (art. 19, inciso 3º [*Anuario de Legislación y Jurisprudencia Argentina* 1967-A: 614²⁷]), 4.264 de la provincia de Río Negro sobre “muerte digna” [en línea], http://www.notivida.com.ar/legprovincial/RIO_NEGRO_Ley%204264_Muerte_digna.html [Consulta: 26 de marzo de 2010]²⁸, B 4264 de la provincia de Neuquén que defiende el derecho “a la dignidad de los enfermos terminales”²⁹ [en línea], http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1053984 [Consulta: 24 de marzo de 2010] y 26.529 (art. 11)³⁰ [en línea], <http://soydondepienso.wordpress.com/2009/11/26/ley-26-529-salud-publica-derechos-del-paciente/> [Consulta: 26 de marzo de 2010], así como el proyecto de reformas al Código Civil (art. 120 [*Legislación Argentina* 1992-A: 235])³¹. A ese mismo criterio responde a su vez el proyecto de ley presentado en la Legislatura de la provincia de Buenos Aires por el diputado Luis Bruni referido a “Directivas o Voluntades Anticipadas”, que implica previsiones adoptadas por una persona adulta plenamente capaz para el supuesto que una incapacidad le impidiera tomar decisiones respecto de su vida, su salud o su muerte (expediente nº D. 1760-04-01 de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires) así como también el proyecto de ley presentado por la diputada Lucrecia Monteagudo en la Cámara de Diputados de la Nación sobre el “testamento vital” (expediente nº 2298-E-03).

Desde el punto de vista sociológico es de destacar que cuando un ordenamiento jurídico adopta el principio de autodeterminación expresa una determinada concepción de la vida y muestra que la sociedad ha decidido condenar las conductas que la avasallan.

Pero se presentan con alguna frecuencia en nuestra sociedad determinados comportamientos por parte de los profesionales de la salud que al reiterarse sin censura social terminan por considerarse normales, convirtiéndose en costumbre³².

²⁷ El art. 19, inciso 3º de la Ley 17.132 consagra como deber de los profesionales de la salud “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse”.

²⁸ La referida norma posee trece artículos y, en términos generales, reconoce el derecho que tiene toda persona a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y sufrimiento desmesurado.

²⁹ El inciso O del artículo 4 de la ley provincial que fija derechos y obligaciones para los pacientes del sistema de salud, una norma que fue elaborada por el diputado José Russo, del Movimiento Popular Neuquino dice: “Considerando que al respeto por la vida corresponde el respeto por la muerte, los pacientes tienen derecho a decidir en forma previa, libre y fehaciente, la voluntad de no prolongar artificialmente su vida a través de medios extraordinarios y/o desproporcionados, y a que se reduzcan progresivamente y/o irremediablemente su nivel de conciencia.

³⁰ Art. 11: “Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasias, las que se tendrán como inexistentes”.

³¹ Art. 120: “Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario”.

³² La costumbre es, como señala Francisco Gény (1925) un hecho o un conjunto de hechos, reveladores de un sentimiento jurídico, que la práctica constituye con carácter de necesidad, de manera tal que lo impone, en caso necesario, en virtud de una regla dotada de sanción pública.

Vale mencionar para justificarlo cómo la circunstancia señalada que es fundamento de actos lesivos de la autodeterminación de la persona moribunda (véase *infra*, III) informa pautas culturales que sirven a una dramática forma de vivir los últimos tramos de la vida pues arrebatan al paciente su propio modo de transitar dicho proceso³³, esto es, el cómo, el dónde y el junto a quién y, al hacerlo, lo condenan a un sufrimiento que no resulta tolerable³⁴. Parafraseando a Rainer Maria Rilke³⁵, afirmamos aquí que de lo que se trata es de morir de nuestra propia muerte, no de la muerte de los médicos (Thomas, 1993).

Desde la perspectiva axiológica cabe decir que el principio de autodeterminación realiza la justicia distributiva pues constituye un claro ejemplo de dar a cada uno lo suyo: quien vulnera deliberadamente los deseos del paciente terminal sometiéndolo a tratamientos que rehusara en ejercicio de sus libertades fundamentales debe restablecerlos y resarcir el daño que cause.

Es así que si en un caso en que se aplica el principio de autodeterminación se observa desde el complejo axiológico que se afectan otros valores del mundo jurídico como, por ejemplo, seguridad u orden, es la justicia la que debe ser realizada pues es un valor superior.

Pero también el principio de autodeterminación realiza la justicia conmutativa porque la vulneración habitual y constante de la justicia distributiva la altera. Como muestra concreta de ello es de advertir cómo la anulación de las decisiones que incumben al momento en que la muerte sobreviene genera una dramática forma de vivir la culminación del ciclo vital, esto es, sometido a tortuosos tratamientos o terapias de prolongación artificial de la agonía con los/las que no se acuerda, despojado de los afectos, los recuerdos, los auxilios religiosos -según el caso-, las cosas de uno y la libertad de decisión.

Entrando ahora al estudio de la justicia en la aplicación del principio de autodeterminación la cuestión que se plantea es determinar si es justo que, en algunas ocasiones se vulneren los deseos del paciente terminal. Creemos que sí lo es pues el principio de autodeterminación, en cuanto manifestación de la justicia, debe dar a cada uno lo suyo, esto es, una esfera de señorío sobre los actos, el cuerpo y la propia vida sujeta a nuestra voluntad pero no impide actos intrusivos coactivos cuando el ejercicio de dicha facultad comprometa a terceros³⁶ u otros aspectos del bien común³⁷.

³³ Nótese que en la gran mayoría de los casos, la muerte no ocurre en un instante, sino que se presenta como un “proceso” (Maglio, 2008).

³⁴ Coincidimos con Paco Maglio (2008) acerca de que el sufrimiento es la visión del propio enfermo, es su subjetividad y comprende tanto lo simbólico como la materialidad de su sufrimiento. La enfermedad, en cambio, es una categoría médica, un diagnóstico médico.

³⁵ Poeta y novelista austrogermánico, considerado como uno de los más importantes e influyentes poetas modernos a causa de su preciso estilo lírico, sus simbólicas imágenes y sus reflexiones espirituales.

³⁶ Como es el caso de quien se resiste a recibir una vacuna contra una enfermedad contagiosa porque, al hacerlo, pone en riesgo la salud de otros.

³⁷ Por ejemplo, la práctica de la eutanasia.

Con ello a la vista reafirmamos, tal como decía John Stuart Mill “el único fin para el cual puede ejercerse legítimamente el poder sobre cualquier miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad es evitar el daño a otros. Su propio bien sea físico o moral no es garantía suficiente” (citado por Nino, 1989: 305).

De allí que deba considerarse legítimo la imposición de cuidados clínicos y tratamientos farmacológicos ordinarios -no invasivos-³⁸ o proporcionados destinados a salvar la vida³⁹. La interpretación jurisprudencial nacional (Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 316: 479, en *Jurisprudencia Argentina* 1993-IV: 571⁴⁰; Cámara Nacional Civil, sala H, 21/02/91, “Jacobson, Juan s/autorización”, en *La Ley* 1991-B: 363, con nota aprobatoria de Jorge Bustamante Alsina “La voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo”⁴¹; Juzgado Criminal y Correccional Transición de Mar del Plata n° 1, 25/07/05-M, en *Jurisprudencia Argentina* 2005-IV, fascículo n° 7: 25-38, con nota aprobatoria de Augusto y Guillermo Morello “Las directivas anticipadas en un fallo notable”⁴²; Juzgado de Familia Niñez

³⁸ En nuestro entendimiento omitirlos implicaría incurrir en un supuesto de ilicitud: homicidio por acción omisiva.

³⁹ Hacemos referencia aquí que la proporcionalidad o desproporcionalidad de los cuidados clínicos y tratamientos médicos farmacológicos en función de la relación costo-beneficio ha de resultar de una decisión suficientemente informada del paciente y/o de su familia.

Es interesante apuntar un documento del Vaticano que se pronuncia en contra de los cuidados clínicos y tratamientos médicos farmacológicos desproporcionados o extraordinarios, [entendidos como aquellos que prolongan la vida de forma artificial, gravosa y penosa -distanasia- (Maglio, 2005), es decir, aquellos que de no aplicarse, permitirán que la muerte suceda según el orden natural de los acontecimientos, o sea, morir lo más naturalmente posible, sin que ello signifique dejar de apoyar al paciente ni abandonar la medicación que reduzca su dolor] expresando que: “es lícito interrumpir la aplicación de tales medios cuando los resultados defraudan las esperanzas puestas en ellos. Su rechazo no equivale al suicidio: significa, más bien, o simple aceptación de la condición humana, o deseo de evitar la puesta en práctica de un dispositivo médico desproporcionado a los resultados que se podrían esperar...” (Declaración sobre la eutanasia, 1980). En el mismo sentido se ha expedido Manuel Cornet (2009).

Resulta menester aclarar que, aunque el mencionado documento se refiere a la eutanasia, la cual procura extinguir la vida mediante una acción o una omisión, oponiéndose de tal modo a la muerte natural, los argumentos vertidos en cuanto a los cuidados clínicos y tratamientos farmacológicos desproporcionados son aplicables al caso de marraas.

⁴⁰ En el caso, referido a la objeción a una transfusión de sangre, fundada en convicciones íntimas de carácter religioso, la Corte revocó el pronunciamiento que obligaba al actor a actuar contra los mandatos de su conciencia religiosa por considerar que la dignidad humana debe prevalecer aquí frente al perjuicio que posiblemente causaría la referida ausencia de transfusión sanguínea.

Julio César Rivera comentando el caso sostiene que “la Corte ha dado otro respaldo importantísimo a la dignidad humana que la Constitución consagra plenamente, lo que no puede sino motivar adhesión y regocijo”.

⁴¹ En el caso, el sentenciante hizo lugar al pedido de autorización judicial mediante una acción de amparo planteada por el hijo adulto del paciente -también mayor- ante la negativa de este a aceptar la amputación de una de sus piernas hasta la rodilla a raíz de una afección conocida como “pie diabético”, que había producido gangrena. El sentenciante, teniendo en cuenta los dictámenes médicos que señalaban que si bien la amputación era aconsejable, no detendría la dolencia de base del paciente, dijo al fundar su decisión que nadie puede ser compelido contra su voluntad a un tratamiento médico quirúrgico, pues al no importar su decisión un modo de suicidio, debe respetarse la voluntad del paciente.

Jorge Bustamante Alsina, comentando este caso afirma que la voluntad de cada persona es el solo árbitro de una intervención médica, aunque la falta de esta conduzca a la muerte segura del paciente, porque es él quien se expone a este riesgo.

⁴² En el caso, el sentenciante ordenó se respeten las directivas anticipadas por la que la paciente manifestaba su oposición a intervenciones médicas invasivas que implicaran medios artificiales a permanencia, con///

y Adolescencia Neuquén n° 2, 20/03/06, en *Jurisprudencia Argentina* 2007-II: 464-472, con nota aprobatoria de Beatriz Bísvaro y María Santangelo “El derecho a que se respete la dignidad del paciente”⁴³, entre muchos otros) e internacional⁴⁴ sobre el particular es coincidente, entendiéndose que lo que se prohíbe es la vulneración o restricción de decisiones autorreferentes. Y así también lo entiende calificada doctrina (Bueres, 1992; Kraut, 1997; Borda, 1999, entre muchos otros). En el mismo sentido se inscribe el Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva a través de sus Pautas y Recomendaciones, para la abstención y/o retiro de los métodos de soporte vital en el paciente terminal (2000), en cuanto sugiere: “...15. Todo paciente competente tiene derecho a rechazar todo tratamiento que le fuera indicado por el equipo médico [...]. Esta afirmación incluye también la abstención y/o retiro de los métodos de soporte vital”.

C) *Cómo se manifiesta en el mundo jurídico*

El principio de autodeterminación está presente en múltiples hechos y relaciones jurídicas pero es en el más álgido momento de nuestra vida, cuando sabemos que el fin inexorablemente se aproxima, que resulta insuficientemente efectivizado en forma de garantía.

Vale mencionar para justificarlo cómo la tácita incorporación dentro del accionar médico de la concepción de Francis Bacon del saber como poder (Bertrand Russell, 1973) resulta suficiente, en la gran mayoría de los casos, para aplicar *per se* el acto de experto.

Quizá ello se deba a que, en ciertas ocasiones, el profesional de la salud confunde los intereses de la ciencia a la cual pertenece con los mejores intereses del paciente -los cuales no siempre coinciden.

//especial referencia a un respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo (traqueotomía y gastrostomía) en el contexto de la evolución irreversible de la enfermedad terminal padecida por la cónyuge del amparista. El argumento más saliente de la sentencia fue: “Contrariar la expresa voluntad de la paciente, implicaría desnaturalizar el fin mismo de la medicina [curar la enfermedad del paciente y cuando esto se torna imposible, acompañarlo en la medida de lo fácticamente posible mediante el apoyo personal y la medicación que alivie el dolor], incurriendo en una verdadera distanasia [encarnizamiento], al realizar un tratamiento en clara oposición con la firme voluntad, libremente expresada por una paciente, de acuerdo con sus convicciones personales y su plan de vida”.

Augusto y Guillermo Morello comentando este caso destacan el equilibrio sustancial y procesal del sentenciante, dejando en claro que la dignidad es lo preferente.

⁴³ En el caso, originado ante el pedido de autorización del director general de un hospital para respetar la decisión anticipada de los padres de un menor que padecía una enfermedad terminal, en sus últimos estadios, para que no se lo ingresara a la terapia a los fines de ser sometido a tratamientos invasivos, la sentenciante hizo lugar al pedido y, con ello, a la legitimación de los progenitores para activar lo que en esencia es un acto personalísimo por entender que, en este caso, la patria potestad era ejercida pura y exclusivamente en interés del niño dijo la sentenciante: “En un caso semejante, la prolongación cuantitativa de la vida a cambio de un menoscabo cualitativo carece de toda legitimación [...]. La opción [...] expresada a favor de cuidados paliativos no invasivos presupone la opción a favor de dos actitudes fundamentales: el respeto por la dignidad de la persona y la aceptación de la finitud de la condición humana”.

La originalidad del fallo reside en que sienta como principio general que toda práctica médica invasiva encuentra dos límites: la voluntad del paciente y el que no reporte beneficio alguno para el mismo, pudiendo, en este caso, solo llevarse a cabo bajo su expresa solicitud.

Beatriz Bísvaro y María Santangelo comentando este caso sostienen que constituye una recta aplicación de la normativa constitucional en la materia.

⁴⁴ Véanse los Capítulos IX y X de Elena Highton y Sandra Wierzba, *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1991.

Como bien puntualizan Alfonso Llano escobar (1990) y Alfredo Kraut (2005), los médicos y los auxiliares de la medicina han sido preparados y entrenados para disputar al paciente palmo a palmo con la muerte siendo un imperativo prolongar su vida, o sea, postergar la muerte. La intención es normalmente loable⁴⁵ pero tratándose de pacientes terminales produce un dramático efecto, carente de sentido y de justificación médica y ética, esto es, el morir a solas en la inaccesible y deshumanizante terapia de un establecimiento, público o privado, despojado de conciencia, afectos y libertad de decisión.

Estamos plenamente convencidos de que los médicos deben luchar contra la muerte pero el paciente tiene derecho a aceptarla cuando se torna imposible impedir⁴⁶ y que, como contrapartida de esa facultad, cesaría el deber del médico de prolongar su existencia a ultranza mediante todo tipo de tratamiento de soporte vital.

Por ello, siendo que en los tiempos actuales nuestra sociedad tanatocrática⁴⁷ impone privilegiar ciertas formas de vida impuestas por la tecnología en desmedro de la autonomía de la persona en estadio terminal bueno es resaltar que de no haber una modificación en la tendencia la realidad continuará transformando en ficción lo que las normas parecen garantizar (véase *supra*, II) por el escaso cumplimiento de que son objeto cuando pedimos se respeten nuestros derechos, libertades y garantías legales también en *artículo mortis*.

La cuestión no es entonces menor toda vez que muchos pacientes y/o familiares en nuestro país ansían no tener que emprender lentos y costosos procesos judiciales -con el consiguiente costo del sistema procesal, que podría tener otro destino socialmente más beneficioso- para lograr el cumplimiento de las normas y, con ello, su derecho a decidir sobre la propia vida por parte de los profesionales de la salud.

III. Conclusión

El derecho personalísimo a rechazar prácticas médicas en el final de la vida es compatible con nuestro diseño constitucional. Es uno de los ejes de nuestro sistema democrático y a través de la legislación y las sentencias que en su favor se han emitido desde los estrados tribunales surge con toda claridad que este derecho, consagrado

⁴⁵ Precisamente, la intención es “normalmente loable” cuando no conlleva una lucha encarnizada mediante el empleo de medios terapéuticos desproporcionados, que exceden el juramento hipocrático, el cual postula, entre otros deberes del médico: “dirigir el tratamiento con los ojos puestos en la recuperación de los pacientes, en la medida de [las] fuerzas y [del] juicio, y abstener[se] de toda maldad y daño” (Lyons y Petrucelli, 1980: 214).

⁴⁶ Ello no implica desconocer que habrá algunos pacientes que no estarán dispuestos a aceptar la muerte y cuyos deseos de vivir los llevará a ponerse en manos de los profesionales de la salud que son los que tomarán todas las decisiones al respecto, pero no es este el caso que nos ocupa.

⁴⁷ Así hemos dado en llamar, al igual que lo hace, por ejemplo, Ignacio Maglio (2005) a nuestra sociedad, pues emplea en forma irracional la tecnología, medicalizando así el último tramo de vida y, por tanto, robándosela al paciente. No estamos en contra de la tecnología que innegablemente ha salvado y salvará muchas vidas, entiéndasenos bien, sino en contra de su endiosamiento que impide al paciente bien vivir los últimos momentos de su existencia.

por nuestra carta magna en el art. 19, es la base de otros derechos también de raigambre constitucional: la libertad e inviolabilidad de la persona derivadas del principio de respeto por la dignidad humana.

Su difusión a través de su tratamiento cada vez más intenso por la doctrina permite vislumbrar su importancia y la necesidad de arbitrar en la política legislativa los medios y garantías que permitan la completa y adecuada tutela del mismo.

Creemos que en las directivas anticipadas⁴⁸, revalidadas por las leyes reglamentarias en algunas provincias de nuestro país, se ha de encontrar una fuente de referencia y fundamento suficiente para tutelar de una manera real y eficaz las variadas y complejas situaciones comprometidas en el proceso del morir.

IV. Bibliografía y fuentes de información

Bibliografía

Bergoglio de Brower de Koning, María Teresa y Bertoldi de Fourcade, María Virginia. “La eutanasia, distanasia y ortotanasia, nuevos enfoques de una antigua cuestión”. En *El Derecho*, 117, pp. 781-786.

Bidart Campos, Germán y Herrendorf, Daniel. *Principios, derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 1991.

Bidart Campos, Germán. “La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático”. En *El Derecho*, 11/12/1995.

Bidart Campos, Germán. “Intimidad y autonomía de la voluntad en el Derecho de familia. ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?” En *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 15, Buenos Aires, (s.f.), pp. 9-17.

Blanco, Luis G. *Muerte digna. Consideraciones bioéticas-jurídicas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

Bueres, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992.

Cornet, Manuel. “Voluntad anticipada: muerte digna”. En *Curso de actualización para abogados y médicos*, Fundación OSDE y Facultades de Medicina y Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009.

⁴⁸ El término “directivas anticipadas” alude, en general, a cualquier documento utilizado por el adulto competente para tomar decisiones de cuidados de la salud para el final de la vida. Sobre las directivas anticipadas puede consultarse, por ejemplo, a Manzini (2001: 1264-1271).

Cuneo, Darío Luis. “Los testamentos de vida y la voluntad a vivir dignamente”. En *Jurisprudencia Argentina*, 1991-IV, pp. 666-672.

Gény, Francisco. *Introducción filosófica al Derecho*, Madrid, Reus, 1925.

Goldschmidt, Werner. *Introducción filosófica al Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

Gracia, Diego, *Fundamentos de bioética*, Madrid, Eudema, Universidad Manuales, 1989.

Highton, Elena y Wierzba, Sandra. “Capítulos IX y X”. En *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1991,

Highton, Elena y Wierzba, Sandra. “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético jurídico: el difuso problema entre el daño y el beneficio a la persona”. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992.

Kraut, Alberto J. “El derecho a rechazar un tratamiento”. En *Jurisprudencia Argentina*, 1997-II, pp. 898-907.

Kraut, Alberto J. “Directivas anticipadas para rehusar determinadas intervenciones médicas de futuro”. En *La Ley*, 2005-E, p. 362.

Lorenzetti, Ricardo. “Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos”. En *La Ley*, 1997-F, pp. 601-607.

Lyons, Albert S. y Petrucelli, R. Joseph, *Historia de la medicina*, Barcelona, Doyma S. A., 1980.

Llano Escobar, Alfonso. “El morir humano ha cambiado”. En *Bioética. Temas y perspectivas*, Washington, Organización Panamericana de la Salud, 1990.

Maglio, Ignacio. “Morir con dignidad y testamento vital”. En *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal-Abogados*, 87, noviembre de 2005, pp. 14-16.

Maglio, Paco. *La dignidad del otro. Puentes entre la biología y la biografía*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2008.

Maliandi, Ricardo. *Ética: conceptos y problemas*, Buenos Aires, Biblos, 1994.

Manzini, Jorge L. “Las directivas anticipadas para tratamientos médicos”. En *Jurisprudencia Argentina* 2001-IV, pp. 1265 a 1272.

Nino, Carlos. *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, Ariel, 1989.

Russell, Bertrand. *Historia de la filosofía*, Madrid, Aguilar, 1973.

Thomas, L. *Antropología de la muerte*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Fuentes de información

Cámara Nacional Civil, Sala H, 21/02/91, “Jacobson, Juan s/autorización”, en *La Ley*, 1991-B, p. 363.

Código Civil [en línea], <http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm> [Consulta: 26 de marzo de 2010].

Constitución Nacional [en línea], <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php> [Consulta: 24 de marzo de 2010].

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires [en línea], http://www.buenosaires.gov.ar/areas/com_social/constitucion/libro_primero.php?menu_id=16343 [Consulta: 26 de marzo de 2010].

Constitución de la Provincia de Buenos Aires [en línea], <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/constitucion/cppal.htm> [Consulta: 26 de marzo de 2010].

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, en *Legislación Argentina*, 1994-B, p. 1615.

Convención sobre los Derechos del Niño, en *Legislación Argentina*, 1994-B, p. 1689.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 316: 479, en *Jurisprudencia Argentina*, 1993-IV, p. 571.

“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948”, en *Legislación Argentina*, 1994-B, p. 1607.

“Declaración sobre la eutanasia”, Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, Buenos Aires, Claretiana, 1980.

“Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948”, en *Legislación Argentina*, 1994-B, p. 1611.

Dictamen del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva. Pautas y Recomendaciones, para la abstención y/o retiro de los métodos de soporte vital en el paciente terminal.

Expedientes N° D. 1760-04-01 y 2298-E-03.

Juzgado de Familia Niñez y Adolescencia Neuquén N° 2, 20/03/06, en *Jurisprudencia Argentina*, 2007-II, pp. 464-472.

Juzgado Criminal y Correccional Transición de Mar del Plata N° 1, 25/07/05-M, en *Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV, fascículo N° 7, pp. 25-38.

Ley 17.132, en *Anuario de Legislación y Jurisprudencia Argentina*, 1967-A, p. 614.

Ley 4.264 de la provincia de Río Negro [en línea], http://www.notivida.com.ar/legprovincial/RIO_NEGRO_Ley%204264_Muerte_digna.html [Consulta: 26 de marzo de 2010].

Ley B 4264 de la provincia de Neuquén [en línea], http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1053984 [Consulta: 24 de marzo de 2010].

Ley 26.529 [en línea], <http://soydondenopienso.wordpress.com/2009/11/26/ley-26-529-salud-publica-derechos-del-paciente/> [Consulta: 26 de marzo de 2010].

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en *Legislación Argentina*, 1994-B, p. 1639.

“Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966” [en línea], <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm> [Consulta: 26 de marzo de 2010].

Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en línea], <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html> [Consulta: 26 de marzo de 2010].

“Proyecto de reformas al Código Civil”, en *Legislación Argentina*, 1992-A, p. 235.

Suprema Corte de Buenos Aires, 09/02/05, AC 85627, “S. M. de C.”, en *La Ley Buenos Aires*, 2005-3, p. 377.

Artículo recibido: 08/04/2010

Aceptado para su publicación: 19/08/2010