¿Prolongar la vida o prolongar la agonía? La eutanasia en el Derecho argentino

Graciela Medina

Sumario I. *Introducción. Concepto.* II. *Clasificación*. III. *Ortotanasia y distanasia*. IV. *Derecho argentino*. V. *La eutanasia voluntaria pasiva*. VI. *La eutanasia voluntaria activa*. VII. *Eutanasia involuntaria activa*. VIII. *Eutanasia involuntaria pasiva*. IX. *Las voluntades anticipadas*. X. *¿Es imprescindible recurrir a la justicia para dar eficacia a una estipulación de voluntad anticipada dictada en instrumento público?* XI. *Conclusiones*.

I. Introducción. Concepto[1]

El promedio de vida humana ha aumentado considerablemente en los últimos años; influyen en ello –entre otras cosas–: los mayores conocimientos que se tienen en el campo de la medicina, los avances en el

[1] Desde hace 10 años venimos estudiando el tema y con anterioridad hemos abordado el tema de la eutanasia en otros trabajos: Medina, Graciela y Leal Ibarra, Javier, *Derecho a una muerte digna*, en J. A. 1997-I-925; Medina, Graciela, *Informe de Derecho Comparado, sobre jurisprudencia de muerte digna* en Sección de Jurisprudencia y Legislación Extranjera de la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 19, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 441 e ídem 2003-1; *Comentario a la Ley Holandesa de Eutanasia*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-3; Medina, Graciela y Senra, Laura, *Aspectos legales de la Eutanasia*, en Revista *Encrucijadas*, Nº 34, UBA, y Medina, Graciela y Rodríguez, Hugo, *El reconocimiento del testamento vital o voluntades anticipadas por vía judicial*, en *Revista de Derecho de Familia*, 2006-I-211; Medina, Graciela y Winograd, Carolina, *El valor de la autonomía de la voluntad ante la decisión de la muerte*. *"El caso de Ms. B."*, y *Comentario a la Ley Holandesa de Eutanasia*.

Revista Latinoamericana de Derecho
Año III, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 263-294

área de la farmacología y el auxilio de la ingeniería que provee de aparatos capaces de hacer más certero el diagnóstico, realizar tareas propias de la vida, o ayudar mecánicamente a su ejecución (como los respiradores artificiales).

Hoy, gracias a la ingeniería biotecnológica, se puede continuar viviendo con importantes funciones vitales paralizadas. Y también se puede mantener la vida en virtud de sustancias químicas que nuestro organismo no produce. Pero esa continuación de la existencia con disminuciones funcionales –que a veces se limitan a las meramente vegetativas– es muy costosa de realizar. Cara, desde el punto de vista económico, tanto para el paciente como para los familiares y el Estado, que gasta recursos de salud escasos en prolongar agonías de enfermos terminales.

También es costosa desde el punto de vista emocional y psicológico; es por ello que no siempre se quiere o no siempre se puede vivir denigrado en funciones vitales, cosificado, dependiente del suministro de energía eléctrica y pendiente de los altibajos de los monitores que marcan los ritmos vitales. No todos los seres humanos consideran digno respirar o defecar dependiendo de un aparato; por muy desarrollada o perfecta que sea la maquinaria o la técnica que lo logra, no se puede obligar a las personas a su utilización con el fin de mantener funcionando anormalmente su cuerpo.

Cierto es que el hecho de que mecánica o eléctricamente se logre realizar algunas de las funciones del organismo humano constituye un gran avance y un indiscutible progreso; y que muchos aceptarán prolongar la vida o la parte que de ella les queda a cualquier costo y mediante cualquier terapia, porque prefieren una milésima de vida, o una vida limitada o reducida a la muerte. Pero también es cierto que algunos no pueden vivir una vida quimioterizada, biotecnologizada, mecanizada y terapizada y que no pueden ser obligados a someterse a procesos terapéuticos que prolongarán su existencia física en un tiempo limitado.

Es por ello que se busca morir con dignidad, o se pretende la eutanasia, término antiguo, que viene del griego y *se compone de "eu"* y *"thanatos"*[2], que quiere decir buena muerte o bien morir.

[2] Junicaud, Dominique, *Du droit de mourir. Un regard philosopique sur une question*

En general se relaciona con la eutanasia el hecho de provocar una muerte fácil y sin dolores a un paciente que está próximo a morir por causa de enfermedad terminal, como así también la negativa a recibir tratamientos médicos o terapéuticos que prolonguen la vida.

La muerta digna genera arduos debates éticos, filosóficos y jurídicos.

En el presente trabajo nos referiremos solamente a las cuestiones jurídicas que suscita la eutanasia y a las respuestas del Derecho argentino.

Para ordenar el planteo y facilitar las respuestas partiremos de una clasificación teórica de la "eutanasia", luego enunciaremos claramente los problemas que suscita cada tipo, después trataremos las respuestas dadas en la legislación y jurisprudencia nacional, tras ello analizaremos la cuestión del "testamento vital", para finalmente realizar algunas conclusiones.

II. Clasificación

La eutanasia puede ser clasificada de acuerdo a muy diversos criterios, así, se puede dividir en[3]: i) Eutanasia agónica; ii) Eutanasia lenitiva; iii) Eutanasia suicida; iv) Eutanasia homicida; v) Eutanasia eugenésica, económica o social.

En razón de su utilidad jurídica, nos atendremos sólo a las clasificaciones relacionadas con la voluntad del sujeto que la solicita y con la actitud de quien colabora en ella. En tal sentido se puede dividir:

– *Eutanasia voluntaria*: es aquella en la que el paciente acepta que se

controverseé, en *Biologie Personne et Droit*, n. 13, París, 1990, p. 71; Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 398; Varga, Andrew, *Bioética, principales problemas*, Paulinas, p. 267.

[3] Clasificación de Rodríguez Molinero, Marcelino, *Eutanasia 1. Estudio general. b. Especies de eutanasia*, en *GER*, t. IX, Rialp, Madrid, 1979, p. 577, y de Monge, Fernando, *¿Eutanasia?*, Palabra, Madrid, 1989, ps. 42 a 44.

i) *Eutanasia agónica*: por la que se provoca la muerte de un enfermo desahuciado para que ya no sufra más. ii) *Eutanasia lenitiva*: consiste en utilizar fármacos para aliviar el dolor físico que produce una enfermedad mortal, y que, como efecto secundario, acorta la vida. iii) *Eutanasia suicida*: es la producida por el mismo sujeto enfermo. A ella pueden contribuir otras personas. iv) *Eutanasia homicida*: la efectuada por una persona distinta del enfermo. Puede ser un *homicidio piadoso*, el cual se realiza para evitar al enfermo las malas consecuencias de una enfermedad terrible.

le suspendan los tratamientos terapéuticos que prolongan su vida y/o solicita que se le suministren medicamentos que le produzcan la muerte.

– *Eutanasia involuntaria*: es aquella en la cual el paciente no presta su consentimiento, en ella el fin de la vida se produce sin voluntad del paciente; ésta es llamada también "muerte piadosa".

Ambas clases de eutanasia se sub-clasifican en:

– *Eutanasia activa, positiva o directa*: es aquella en la que existe una acción positiva tendiente a producir la muerte (ej. suministrar una inyección de cloruro de potasio).
– *Eutanasia pasiva inactiva o indirecta*: es la producida por la omisión de los tratamientos, medicamentos, terapias o alimentos que adelanten la muerte.

Las *cuestiones a decidir en torno a la eutanasia voluntaria pasiva* son:

– El derecho de los sujetos a la interrupción de tratamientos médicos cuando esto le produzca la muerte.
– La posibilidad de expresar anticipadamente la voluntad de no recibir algunas terapias o nombrar un representante para que tome determinaciones en caso de incapacidad del sujeto para expresarla.
– La validez de la expresión de voluntad de los representantes legales de los incapaces para suspender o impedir los tratamientos.
– La necesariedad o innecesariedad de la intervención judicial para lograr el respeto a la voluntad de no continuar o intentar un tratamiento contrario a la dignidad de la vida.

Las preguntas en torno a la eutanasia voluntaria activa son:

– La constitucionalidad de la penalización de la ley de asistencia al suicidio.
– La violación del derecho a la igualdad de los pacientes por impedir y sancionar la actividad médica que permita una muerte digna y al mismo tiempo permitir la omisión médica o la suspensión de tratamientos para impedir una vida indigna.

Los interrogantes planteados por la eutanasia involuntaria pasiva son relativos al:

– Derecho de los familiares de un incapaz a suspender los tratamientos cuando su omisión conduzca a la muerte.

– Derecho de los familiares a suspender las terapias de sostén vital cuando su carencia produzca la finalización de la vida.

Las preguntas presentadas por la eutanasia involuntaria activa se refieren al derecho a proporcionar medicamentos que ayuden a morir a un paciente que no puede expresar su voluntad.

III. Ortotanasia y distanasia

Antes de entrar en el análisis concreto de las cuestiones antes enunciadas, consideramos necesario distinguir conceptualmente la ortotanasia y de la distanasia.

La "orto-eutanasia" permite al paciente con una enfermedad terminal morir lo más confortable y naturalmente posible y autoriza a los médicos a prescindir de procedimientos o medicaciones desproporcionadas e inútiles que prolonguen la agonía.

La "distanasia" es una prolongación ilícita de la vida mediante la utilización de medios desproporcionados[4] (medios inútiles para conservar o curar la vida del paciente, causando graves consecuencias, sin respetar deseos del enfermo), denominado ensañamiento terapéutico.

IV. Derecho argentino

En el Derecho argentino no existe una ley general que regule la eutanasia; sólo existen disposiciones aisladas en el ámbito nacional y provincial, y soluciones jurisprudenciales dictadas haciendo aplica-

[4] La terminología "medios proporcionados-desproporcionados" propone tener en cuenta para evaluarlos, el tipo de terapia, el grado de dificultad y riesgo que importan, los gastos necesarios y las posibilidades de aplicación con el resultado que cabe esperar de todo ello, según las condiciones del enfermo y sus fuerzas físicas y morales. De tal modo, "son medidas desproporcionadas las que no sugieren un beneficio sustancial para el paciente y que no sirven para preservar la vida o recuperar al enfermo sino para prolongar el proceso de morir o que suponen costos excesivos o severa desfiguración" (v. Reinaldi, V. F., *Dejar morir sin delinquir*, en *Revista de la Universidad de Córdoba*, 1996, p. 202; Fracapani de Cuitiño, María, *Limitaciones de tratamiento*, en J. A. 1998-IV-716).

ción de Normas Constitucionales y de Disposiciones de los Tratados de Derechos Humanos.

En el ámbito nacional existe una sanción a la asistencia al suicidio, contenida en el Código Penal.

Además hay respuestas parciales y locales dentro de las leyes de ejercicio de la medicina a temas puntuales que se relacionan con la suspensión de tratamientos o la negativa a someterse a terapias, aun cuando aquellas terapias o tratamientos sean indispensables para mantener con vida al enfermo.

Por otra parte, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, creó el "Registro de actos de autoprotección en previsión de una eventual incapacidad".

Para una mayor claridad expositiva vamos a distinguir los problemas y las soluciones legislativas y jurisprudenciales en tanto se trate de una eutanasia voluntaria o involuntaria y activa o pasiva, en el sentido en que han sido enunciadas.

V. La eutanasia voluntaria pasiva

Es regulada específicamente en las leyes que reglan el ejercicio de la medicina y ha sido objeto de diversas soluciones jurisprudenciales, entre ellas un *leading case* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Normas y fallos aceptan que toda persona puede negarse a recibir tratamientos o intervenciones quirúrgicas aunque esta negativa le produzca la muerte.

1. *Legislación*

La eutanasia voluntaria pasiva encuentra su fundamento en los derechos de autodeterminación personal y de dignidad de la persona que están contemplados en los Tratados de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional (arts. 75, inc. 22, y 19 de la Const. Nac.).

En la actualidad no se encuentran regulados en una ley nacional, no

obstante haber sido objeto de propuestas legislativas en el Proyecto de Código Civil de 1998[5] y en propuestas legislativas específicas[6].

Tiene regulación estadual en las leyes de ejercicio de la medicina, como, por ejemplo, en el artículo 19, inciso 3º, de la ley 17.132 sobre Ejercicio de la Medicina, que establece la obligación que tienen los galenos de "...respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesiones graves por causas de accidentes, tentativas de suicidio o de delito..."

En un trabajo elaborado por médicos docentes de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de la UBA, concluyeron que, si el paciente está lúcido, el médico debe respetar su voluntad negativa a tratarse hallándose amparado por las disposiciones de la ley de ejercicio de la medicina. En estos casos, y conforme al artículo 542 del Código de Ética, "la abstención o retiro de los medios de soporte vital no significará bajo ningún concepto privar al paciente de las medidas que le provean, confort físico, psíquico y espiritual, trasladándolo, si fuera necesario, al área de cuidados paliativos". Pero las circunstancias se agravan cuando el paciente está inconsciente, el cuadro clínico es irreversible y no existe posibilidad de recu-

[5] El Proyecto de Código Civil de 1998 contiene un capítulo de *Derechos personalísimos* dentro del cual se regula el tema del consentimiento para someterse a tratamiento o a intervenciones en el cuerpo que encuentra íntima relación el derecho a morir con dignidad. Arts. 112 y 113 del Proyecto de Código Civil. Artículo 112 "*Consentimiento del paciente*. Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario".

Artículo 113 – "*Sustitución del consentimiento*. Si el paciente es incapaz de ejercicio o no está en aptitud de expresar su voluntad, debe recabarse el consentimiento de su representante legal, cónyuge o pariente más próximo o allegado que en presencia del médico se ocupe de él. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación tiene por objeto evitar un mal grave al paciente. La negativa injustificada de las personas antes mencionadas a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del incapaz, se suple por autorización judicial".

[6] En el año 1996 fueron presentados en el seno de la Cámara de Diputados algunos proyectos de ley relativos a los derechos de los enfermos terminales de disponer que se les suspendan las alternativas terapéuticas y se les deje morir, entre los que se encontraba el denominado "Ley de derechos de enfermos terminales" elaborado por el diputado Miguel Ángel Bonino, y el designado como "Ley de derecho de oposición al empleo de todos los tratamientos médicos o quirúrgicos que prolonguen la existencia, que produzcan dolor, sufrimiento y/o angustia en caso de enfermedades incurables, irreversibles o terminales", cuya autoría correspondió a los diputados Carlos R. Álvarez y José M. Corchuelo Blasco.

peración alguna. Dado que éste es un tema más que complejo y no existe una única respuesta al caso concreto, los galenos consideran que cada caso deberá ser evaluado en forma particular y el núcleo del problema reside en respetar el derecho de libertad a decidir sobre su propia muerte[7].

El derecho más trascendente del médico, y su obligación más esencial, es el de curar a los individuos enfermos dentro de sus posibilidades. Sin embargo, este derecho y esta obligación encuentran sus límites en el derecho del individuo a determinar, en principio por sí mismo, acerca de su cuerpo. Constituiría una intromisión antijurídica en la libertad y la dignidad de la persona humana si un médico –aun cuando estuviese fundado en razones justificadas desde el punto de vista médico– realizare, por sí, una operación de consecuencias serias en un enfermo sin su autorización, en el caso que previamente hubiese sido posible conocer en forma oportuna la opinión de aquél. Pues, aun un enfermo en peligro de muerte puede tener razones adecuadas y valederas, tanto desde un punto de vista humano como ético, para rechazar una operación, aun cuando sólo por medio de ella sea posible liberarse de su dolencia[8].

2. *Jurisprudencia*

El *leading case* en esta materia fue el caso "Bahamonde", donde la Suprema Corte de la Nación juzgó que un testigo de Jehová podía negarse a recibir una transfusión sanguínea aunque su decisión hiciera peligrar su vida, y que los médicos no podían sin el consentimiento del paciente realizar ningún tipo de curación ni terapia fundado en el respeto a la privacidad, en el derecho a la intimidad y en la dignidad contenidos en el artículo 19 la Constitución Nacional Argentina y en los pactos de Derechos Humanos a los que el país ha adherido.

Está claro que la decisión sobre la calidad de vida que se quiere llevar pertenece al ámbito de privacidad de las personas, y que aunque se trate

[7] Patitó, José Ángel y Guzmán Celmira, *El derecho al buen morir*, en Revista *Encrucijadas*, UBA, agosto de 2005, Nº 34, p. 66.

[8] Del voto en disidencia de los doctores Belluscio y Petracchi, en CSJN, "Bahamondez, Marcelo", 6-4-93, L. L. 1993-D-130; Colección de Análisis Jurisprudencial. Teoría Gral. del Derecho, Eduardo A. Russo, 344; Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Const., Daniel Alberto Sabsay, 370.

de un enfermo que no sea terminal y que la intervención quirúrgica le asegure varios años de sobrevida, si el paciente no presta el consentimiento a someterse a una operación, por ejemplo de amputación, no se lo puede obligar[9].

Al respecto cabe destacar los votos de los doctores Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra, quienes sostuvieron que: "Cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos a la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. Los derechos que amparan la dignidad y la libertad se yerguen para prevalecer sobre los avances de ciertas formas de vida, impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico y en un marco constitucional, los derechos de la personalidad, los mismos se relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo. En rigor, el artículo 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de sus propias vidas, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa".

3. *¿Se requiere autorización judicial para la eutanasia pasiva de sujetos mayores y capaces?*

Advertimos en muchos precedentes jurisprudenciales que los médicos

[9] Se ha rechazado la acción de un hijo de una persona que se negaba a ser sometida a la amputación de una pierna. CNCiv., sala H, 21-11-91, E. D. 144-122, L. L. 1991-B-163.

solicitan autorización judicial para suspender los tratamientos de los enfermos o para actuar su voluntad y nos preguntamos si es necesaria dicha autorización.

Estamos convencidos de que existe un principio jurídico indiscutible de que todo adulto capaz tiene derecho de negarse a recibir tratamiento, aun cuando se trate de un tratamiento para mantenerlo con vida, basado en un derecho firmemente consagrado y celosamente preservado, que es el derecho que todo individuo tiene a la posesión y el control de su persona, con absoluta libertad de toda restricción o intervención de otros, salvo de autoridad legal clara e incuestionable.

El derecho básico y fundamental de autodeterminación en relación a la salud no necesita para ejercerlo la aprobación de nadie, ya que no se trata de un voto sujeto a anulación por la opinión médica, ni jurídica. Por ello creemos que es absolutamente innecesaria la autorización judicial para lograr el respeto de la voluntad del paciente, en orden a suspender los tratamientos o no autorizar las terapias médicas.

4. *¿Cómo actúan los jueces ante pedidos de autorizaciones médicas innecesarias?*

Partiendo de la premisa de que no es necesaria la autorización judicial para lograr el respeto de la voluntad del paciente, de plantearse amparos innecesarios los jueces pueden tomar dos caminos.

Rechazar el amparo manifestando que no es necesaria la autorización judicial, debiendo la cuestión bioética ser resuelta por el médico interviniente conforme a las reglas que rigen su ciencia por no ser una cuestión judicial.

Dentro de esta doctrina judicial se juzga que no corresponde solicitar autorización judicial para estas operaciones, pues la ley no lo exige por cuanto la actitud depende de la voluntad bastando la conformidad por escrito del enfermo, de acuerdo con el artículo 19, inciso 3º, de la ley 17.132.

Un segundo grupo considera que a los fines de evitar un estado de indefensión en el justiciable, los tribunales deben expresarse ya sea concediendo o negando la petición.

En este sentido se ha entendido que no obstante devenir innecesaria

la solicitud de autorización judicial para cumplir con la voluntad del paciente, corresponde abocarse a su tratamiento entendiendo que en situaciones humanas límites debe el órgano jurisdiccional actuar más como el ejecutor de un orden público de protección que como árbitro de una competición particular, concepto compatible con la necesidad de ampliar el rol tradicional de los tribunales de justicia, apuntando más a lo preventivo y futuro que hacia el ayer, con una real preocupación de los jueces por las consecuencias valiosas o disvaliosas de sus decisiones[10].

En esta corriente se ha expresado que más allá de la denominación técnica de la acción intentada, los tribunales no deben declinar su responsabilidad al momento de intervenir en cuestiones de índole bioética legal. El excesivo ritualismo en la viabilidad del tipo de pretensión intentada violenta el derecho del "acceso irrestricto a la justicia" consagrado en el artículo 15 de la Constitución Provincial y desvirtúa la función especialmente jurisdiccional de protección efectiva de otros derechos de los que es titular el justiciable y que encuentran amparados en el ordenamiento legal, verbigracia, calidad y dignidad de vida, integridad psicofísica, atención y cuidado de la salud (conf. arts. 28, 36 y 38, Constitución Provincial de Buenos Aires, y 33, Const. Nac.) manteniendo una situación de inseguridad jurídica que perjudica el paciente[11].

Consecuentemente, ante una petición de tal naturaleza, sea por los órganos públicos o por los particulares, sin importar los motivos que se aduzcan, que pueden ser razonables o no, el órgano jurisdiccional interviniente deberá pronunciarse expresamente sobre el fondo de la cuestión planteada concediendo o negando la venia solicitada, pues una sentencia que no se pronuncia en concreto y se limita a efectuar una suerte de reenvío a los médicos tratantes no brinda una adecuada resolución al conflicto planteado. Es que frente a una solución como ésta, los médicos pueden respetar la voluntad del paciente o negarse, hipótesis en la cual el único perjudicado sería el propio paciente[12].

[10] Morello, Augusto, *La reforma de la justicia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 414, y fallo "A. De A. M. L.", L. L. 1991-E-565.

[11] Blanco, Luis, *Esterilización terapéutica de adultos capaces*, en E. D. 161-204 y 208.

[12] Fallo, "Ramírez, Ana María s/Insania", inédito, San Nicolás, 1998, y BLANCO, ob. cit. en nota 12, p. 205.

"Sandoval, Aurora Edita s/Amparo", inédito, San Nicolás, 1998.

Si bien compartimos la primera solución, creemos que en el momento actual argentino es conveniente no dejar dudas entre los facultativos sobre la constitucionalidad del respeto a la autonomía de la voluntad del paciente en orden a la determinación de su dignidad personal.

5. *La expresión de la voluntad por intermedio de representantes legales de menores e incapaces*

Una de las cuestiones más arduas a decidir en el tema de la eutanasia es si los representantes legales tienen facultad para suspender los tratamientos médicos o impedirlos cuando esto contribuya a acelerar o a causar la muerte del paciente.

Lógicamente la respuesta positiva a la pregunta no puede fundamentarse en el respeto a la voluntad del paciente cuando éste no la puede brindar por estar incapaz.

El problema reside en determinar si caduca el derecho de la persona a negarse a recibir tratamiento cuando deviene incapaz.

Por nuestra parte consideramos que este derecho no finaliza con la incompetencia sobreviviente ya que la incapacidad no produce la pérdida de derechos fundamentales.

Igual cuestionamiento cabe hacerse con respecto a los menores y en el mismo sentido afirmamos que los derechos innatos al ser humano, como lo es el de la dignidad, no nacen a partir de la mayoría de edad, es por ello que juzgamos que los padres pueden peticionar en representación de sus hijos que no se viole la dignidad del menor, provocándole un daño físico o innecesario, al no brindarle ningún elemento clínicamente beneficioso ni necesario a la persona salvo el retraso de la muerte sosteniéndole la vida por medios desproporcionados, denigrantes y sin ninguna utilidad terapéutica. Lo que en definitiva quiere decir que los pacientes incapaces tienen derecho a que se tomen decisiones médicas que redunden en su beneficio y el beneficio no siempre debe ser confundido con la vida, sobre todo cuando su prolongación artificial constituye una agonía.

Y si bien es claro que el Estado tiene un claro interés en preservar la vida, creemos que ésta no debe llevarse hasta el encarnecimiento terapéutico.

En esa dirección, el Catecismo de la Iglesia afirma: "Interrumpir tratamientos médicos onerosos, peligrosos, extraordinarios o desproporcionados a los resultados, es rechazar el encarnizamiento terapéutico. Con esto no se pretende provocar la muerte; se acepta no poder impedirla" (n. 2278).

Por otra parte estamos convencidos de que la protección del derecho a la vida y la gravedad de las consecuencias de una decisión equivocada justifican la imposición excepcional de un alto grado de certeza[13].

6. *Normas legales. Deberes y derechos emanados de la patria potestad*

Los padres son los representantes legales necesarios y universales de los hijos menores de edad, de conformidad a los artículos 57 y 274 del Código Civil. Esta representación es necesaria porque forzosamente los menores requieren de un representante para expresar su voluntad y universal porque se extiende a los actos patrimoniales y extrapatrimoniales.

En nuestro Derecho positivo los menores "se encuentran incapacitados para disponer de su persona, cuerpo y salud por lo que carecen de aptitud legal para prestar su consentimiento respecto de todo acto terapéutico o de diagnóstico que modifique determinado statu quo. Desde la simple consulta médica hasta la más compleja práctica pasando por todos los estudios o análisis deben ser autorizados por los representantes del menor o supletoriamente –por el juez competente– con intervención del asesor de menores"[14].

La representación es prácticamente absoluta en el caso de los menores impúberes, y contiene excepciones que se amplían a medida que éstos

[13] Corte Suprema de EE. UU. en "Cruzan", y Fallo "California", 9-7-2001; "Wendland, Rose c/Wedland, Florence" *in extenso*, en L. L. 2001-F-512, con nota de Tinant, Luis Eduardo, *Eutanasia pasiva y distanasia a la luz de un fallo de la Corte Suprema del Estado de California*, en *Suplemento de Derecho Constitucional*, *Jurisprudencia Extranjera*, L. L. 2002-F-512 y en *Antología para una bioética jurídica*, *Colección Académica*, La Ley, 2004, p. 39.

[14] Arribere, R. y Vega, M., *El asentimiento de los menores de edad a partir de un protocolo de aplicación clínica de terapia génica*, en *Cuadernos de Bioética*, Nº 2-3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 32.

se acercan a la mayoría de edad. Así "La autoridad parental decrece en un principio dinámico al mismo tiempo que el niño crece y logra su autonomía personal"[15] para ejercer su actos relacionados con su propia determinación.

Dos grandes cuestiones surgen con respecto a los derechos personalísimos involucrados en la suspensión de tratamiento o negativa a recibirlo: la primera se vincula con el derecho del menor a ser oído y la posibilidad de que éste tome su propia determinación; la segunda tiene directa vinculación con la posibilidad del ejercicio por representante de los derechos a suspender los tratamientos o la negativa a recibirlo.

Con relación a la capacidad de los menores para intervenir en la toma de decisiones que hagan a su salud y a la dignidad de su vida, el Código Civil establece conceptos rígidos relativos al momento a partir del cual se es capaz que no tienen en cuenta el grado de comprensión del menor, sin embargo, el derecho a aceptar o rechazar el tratamiento médico, a decidir sobre el cuidado de su salud y el consentimiento para la intrusión de la integridad de su cuerpo requieren que se escuche al niño en la medida de su capacidad, ello surge claro de los artículos 14 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a la posibilidad de ejercer los derechos por intermedio de representantes, cuando la suspensión del tratamiento o su omisión conlleven la muerte, creemos que en cuanto se trate del ejercicio del derecho a la dignidad se tiende a evitar sufrimientos inútiles, indiscutiblemente el representante tiene derecho a ejercerlo, pero no cuando se trate de la imposición de una creencia religiosa.

Dada la importancia legal de los valores en juego, aparece como prudente la autorización judicial solicitada por los médicos para cumplir con la decisión paterna, tal como lo proponía el Proyecto de Código Civil del año 1998.

7. *Normas legales derivadas de la curatela*

Las leyes sobre la tutela se aplican a la curadora de incapaces (art. 475 del Cód. Civ.) de allí que el curador es el representante de la persona

[15] Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El derecho del menor a su propio cuerpo*, p. 251.

del incapaz y está sujeto al control del Estado a través de la inspección y vigilancia del ministerio de menores e incapaces y controlada por los jueces.

Señalamos el contralor estatal en el ejercicio de la curatela porque consideramos que en actos tan graves como el rechazo de un tratamiento que pone fin a la vida, creemos que se requiere autorización estatal.

8. *Jurisprudencia*

a) *Precedente que no acepta la eutanasia voluntaria pasiva por interrupción de tratamientos solicitada por representantes legales de mayores de edad*[16]

Un caso trascendente de eutanasia voluntaria pasiva, fue el que resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires[17]. El esposo y curador de la Sra. M. d. C. S. solicitó autorización para interrumpir la alimentación e hidratación artificiales de su mujer, quien estaba inconsciente en "estado vegetativo".

El Superior Tribunal Provincial, en un fallo dividido rechazó el pedido fundamentado básicamente en que nuestro Derecho positivo no permite trasladar una decisión tan extrema a un sujeto distinto del propio afectado en forma inmediata, cuando no existen sólidas pruebas sobre la voluntad de la persona respecto de su plan de vida frente a una contingencia patológica como la que sufría y en la jerarquía constitucional otorgada al derecho a la vida (primero y más importante), que impone que aun en caso de duda, siempre debe estarse por la solución más favorable a su prolongación (o subsistencia).

Los argumentos de las posturas minoritarias y mayoritarias quedaron bien claros y definidos, los primeros se enrolaron en una postura amplia y los segundos lo hicieron en una restringida; a saber:

a) *Amplia*: el principio de autonomía personal (consagrado en el art.

[16] Morello, Augusto y Morello, Guillermo, *La decisión de "dejar morir" a enfermos terminales*, en J. A. del 8-6-2005.

[17] "S., M. d. C.", L. L. del 3-3-2005, con nota de Zambrano, Pilar, *Sobre la moralidad y la juridicidad de la suspensión de tratamientos médicos vitales*.

19 de la Const. Argentina y normas concordantes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional), hospeda con creces en su campo de determinación la voluntad de una persona de no ser sometida a determinados tratamientos. Esta voluntad puede ser expresada por el propio titular del derecho fundamental, o bien, mediante la confección de un testamento vital o el otorgamiento de un poder especial a un tercero para que exteriorice su voluntad en el momento oportuno. Aun sin estos elementos es posible sustituir la voluntad expresa mediante una prueba rotunda y convincente que demostrara que el paciente manifestó sus deseos de rechazar toda clase de tratamiento si en el futuro llegara a encontrarse en dicha circunstancia.

b) *Restringida*: otorgó una jerarquía absoluta al derecho a la vida, aun para su titular que bajo ninguna circunstancia podrá disponerlo.

Autores como Gil Domínguez concluyen que el artículo 19 de la Constitución Argentina configura la norma de cierre que reconduce conceptualmente a los derechos fundamentales y ofrece un "cierre sistemático" como razón última del modelo. De manera tal que si una persona adulta por sí o por terceros adoptó la decisión de no someterse a un determinado tratamiento aun a costa de su vida o de no padecer cierta patología, esta forma autobiográfica no puede ser impedida sin que esto implique una clara violación de su derecho fundamental basada en un perfeccionismo contrario al Estado Constitucional de Derecho. En estos casos no se requiere ninguna clase de autorización judicial, por cuanto es la propia regla de reconocimiento constitucional la que permite la ejecución de dicha conducta[18].

En postura completamente contraria a la expuesta, un sector de la doctrina entiende que el derecho a la vida no depende de la voluntad del titular ni de la voluntad de los parientes unánimemente expresada, sino que es tan digna y tan valiosa para la comunidad política representada por el Estado, que debe ser vivida aunque su titular no lo desee[19].

En definitiva la cuestión gira en determinar hasta qué punto el Estado

[18] Ver, Gil Domínguez, Andrés, *Vida y muerte (reflexiones constitucionales sobre la eutanasia)*, en L. L. del 4-4-2005, p. 1.

[19] "S., M. d. C.", L. L. del 3-3-2005, con nota de Zambrano, *Sobre la moralidad y la juridicidad de la suspensión de tratamientos médicos vitales* cit.

debe preservar la vida, mientras que es fácil aceptar que su conservación no puede hacerse contra la voluntad del paciente expresamente asumida, es más difícil cuando ella se toma por terceros.

Lo que no se puede olvidar es que una persona incompetente tiene el mismo derecho de negarse a recibir un tratamiento para salvar o mantener su vida que una competente, y no pierde ese derecho por ser incompetente o por no poder ejercerlo.

Aunque se rechace el ejercicio de un derecho de no aceptar un tratamiento médico para salvar o mantener la vida de una persona si se la considera incompetente para tomar esa decisión, y como tal imposibilitado de ejercer el derecho de autodeterminación, su derecho puede ser ejercido mediante la "decisión sustituta"[20].

En virtud de la doctrina de la "decisión sustituta", los familiares o tutores legales de los enfermos terminales incompetentes, cuya vida se mantiene artificialmente, sustituyen su decisión por lo que creen que el enfermo si fuera competente decidiría en esa circunstancia con respecto a la suspensión de esos medios artificiales para mantener su vida; si una persona actualmente incompetente, cuando era competente hubiera otorgado un testamento "voluntario" o "piadoso", ello sería prueba suficiente de la intención de la persona y las personas que deciden por el enfermo terminal incompetente tienen que respetar a esa intención[21].

Al decidir si se ejerce el derecho de una persona incompetente de rechazar un tratamiento para salvar o mantener su vida, la decisión de las personas autorizadas para tomarla debe ser equivalente a la que tomaría la persona incompetente si fuera competente, teniendo en cuenta sus intereses y preferencias concretas y su actual y futura incompetencia.

Los jueces, al autorizar las decisiones de los representantes, deben considerar las opiniones de la persona incompetente y evaluar cuidadosamente las pericias médicas, y toda otra evidencia que demuestre la condición, el tratamiento y el pronóstico del paciente.

[20] Ollero, Andrés, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, p. 116.

[21] Dresser, *La vida, la muerte y los pacientes incompetentes; incapacidades conceptuales y valores ocultos en el Derecho*, 28, Ariz LR 373, 1986, "John F. Kennedy Memorial Hospital Inc. v. Bluelworth", (1984, Fla).

b) *Precedentes que aceptan la eutanasia voluntaria pasiva por omisión de tratamientos solicitada por los padres de un menor de edad*

Un Tribunal de Neuquén resolvió en sentido opuesto a la Corte de la Provincia de Buenos Aires haciendo lugar a la petición de los padres de omitir un tratamiento médico aun cuando esta omisión acarreara la muerte[22].

Se trataba de un niño de 11 años que se encontraba en estado terminal irreversible por una enfermedad hereditaria denominada mucopolisacaridosis, que es crónica, neurometabólica, progresiva y hereditaria, caracterizada por síntomas neurológicos graves como demencia, convulsiones, pérdida de la visión e imposibilidad de caminar. La patología la padecía desde los tres años.

A principios del año 2006 el niño se encontraba postrado, completamente inmóvil, con comunicación sólo visual, en su casa donde era alimentado e hidratado por un método artificial (botón gástrico) y asistido médicamente con cuidados paliativos.

Los padres pidieron en enero del 2006 a los médicos del Hospital, que no lo ingresaran en la sala de terapia intensiva en caso de padecer una crisis respiratoria y que no fuera objeto de tratamientos invasivos. La solicitud fue planteada por escrito ante los profesionales del nosocomio y reiterada luego en sede judicial, donde afirmaron que querían para su hijo "una muerte digna".

El Director del Hospital solicitó judicialmente por vía de amparo autorización "para respetar las decisiones anticipadas y plasmadas por escrito en la historia clínica" fundó su pedido en la dificultad en que se encontraba el Hospital y los facultativos de la medicina por el conflicto de intereses atento a que el médico está obligado a actuar en cumplimiento del deber legal de defensa de la vida y la salud del enfermo", agregó que "la enfermedad no tiene tratamiento curativo y sus padres lo acompañan y asisten durante la evolución de aquélla; lo ayudan a ejercer su derecho a vivir con la mayor dignidad posible".

Ante la solicitud efectuada, la juez a cargo del Juzgado de Familia,

[22] Ver Diarios *Clarín* y *La Nación* del 19-5-2006.

Niñez y Adolescencia Nº 2, doctora Isabel Kohon, accedió al pedido efectuado. La magistrada basó su decisión en los dictámenes del Gabinete Interdisciplinario, de la Defensoría del Niño y del Comité de Ética Hospitalaria del Castro Rendón coincidente con las argumentaciones realizadas por los padres, quienes no quieren bajo ningún punto de vista "prolongar agonía" de su hijo, el que "debe tener vida pero que sea digna y que también su muerte sea digna".

Asimismo, los informes médicos forenses señalados en el fallo afirman que las "técnicas invasivas –como respiración artificial– prolongarían su agonía, no modificando el desenlace final de su afección".

En su parte resolutiva, la jueza dispuso "hacer saber a los médicos tratantes que deberán realizar todas las prácticas médicas consideradas como cuidados paliativos, disponiendo las medidas necesarias a fin de que (el niño) no sea privado de confort físico y espiritual, aliviando su sufrimiento y mejorando la calidad de vida remanente, y evitando que el niño ingrese a terapia intensiva infantil a efectos de recibir tratamientos invasivos tanto los médicos como los familiares están en mejores condiciones que un extraño para evaluar lo que sería mejor para el niño" y destacó que "la opción de médicos y progenitores 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 [...] invocar en el caso el derecho a la vida con el objeto de imponer sobrevida del paciente, vinculándolo en forma permanente a una máquina, en un ambiente en el que el marco de contención familiar se encuentra sumamente condicionado, supone que la prolongación en el tiempo constituye un valor ontológicamente absoluto y superior a la dignidad de la persona [...] el texto de las normas implicadas no permite una interpretación semejante, contrariamente, contienen como regla interpretativa la prohibición de emplear cualquier reconocimiento de un derecho para negar vigencia a los demás o restringir sus alcances fuera de todo marco de razonabilidad".

Al momento en que se conoce la decisión del tribunal el pequeño estaba en su casa muy grave, acostado en su cama, por padecer cuadriparesia que le impide mantenerse de pie. No hablaba y se alimentaba mediante un botón gástrico, por el cual recibía alimentación y la medicación que se le suministraba (anticonvulsivantes, antisicóticos, antiácidos

y antisecretores) –este accesorio impide que el paciente se deshidrate y se broncoaspire debido a su falta de coordinación entre deglutir y respirar–, se encontraba con atención médica domiciliaria y cuidados paliativos destinados a asegurar su bienestar en la etapa final de su enfermedad.

Coincidimos plenamente con el fallo porque la utilización de medios invasivos, sin que mejorase la prognosis de la recuperación, era violatoria de la dignidad del menor y le provocaría un daño físico y moral innecesario, sin brindarle ningún elemento clínicamente beneficioso.

VI. La eutanasia voluntaria activa

1. *Legislación. Penalización de la asistencia al suicidio*

En materia de legislación interna existe una sanción a la asistencia al suicidio, contenida en el artículo 83 del Código Penal, el cual penaliza con "prisión de uno a cuatro años, al que instigare a otro al suicidio, o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado".

El delito de asistencia al suicidio no contiene ningún eximente de responsabilidad ni atenuación de la pena en el homicidio por piedad, de allí que se puede afirmar que la única eutanasia permitida es la eutanasia voluntaria pasiva, en la cual el paciente presta su consentimiento, por sí o por representante, obrando por omisión; es decir se suspende todo tratamiento, método, terapia o intervención que le prolonguen la vida al enfermo. En este caso se piensa que el paciente muere por su propia enfermedad y no por el acto médico.

Por su parte, el Código de Ética elaborado por La Asociación Médica Argentina (2001), en el Capítulo 34, *De la eutanasia y del suicidio asistido*, señaló: "Artículo 552: En ningún caso el médico está autorizado a abreviar o suprimir la vida de un paciente mediante acciones u omisiones orientadas directamente a ese fin. La eutanasia por omisión configura una falta gravísima a la ética médica y a las normas legales. Debe permitirse la muerte del enfermo pero nunca provocársela" y el artículo 560 establece "No está permitido al médico bajo ninguna circunstancia por ser contrario a la ética y a la ley, la realización de procedimientos que conformen la figura legal de Suicidio Asistido".

2. *¿Es constitucional sancionar la asistencia al suicidio en el caso de enfermos terminales?*

La cuestión que puede plantearse es la determinación de la constitucionalidad de la norma que establece que es delito la asistencia al suicidio[23].

Para algunos médicos es "compatible con las pautas de su ejercicio profesional" prescribir medicación a "pacientes que sean mentalmente competentes y que se encuentren aquejados de enfermedades terminales" y deseen la ayuda de un médico para terminar con sus vidas, se ven impedidos de hacerlo en razón de la prohibición respecto de la ayuda al suicidio.

Esta prohibición es considerada contraria al derecho a la igualdad de los pacientes porque establece una injusta distinción entre pacientes terminales que peticionando la interrupción de sus tratamientos y logrando una omisión médica pueden lograr a una muerte digna y pacientes en igual estado terminal que no pueden acceder a ella y deben continuar con una existencia indigna porque requieren de un accionar médico positivo que les permita morir con dignidad.

Desde este punto de vista la prohibición de la ayuda al suicidio es considerada inconstitucional por violatoria al principio de la igualdad, se parte de la base de que la negativa a someterse a tratamientos médicos es equivalente al suicidio.

Sus sostenedores entienden que se vulnera la garantía de la igualdad si a algunos enfermos se les permite acortar su vida aceptando la negativa a recibir tratamientos médicos que podrían prolongársela, mientras que a otros enfermos se les priva de tal posibilidad al no asistírselos médicamente en el suicidio.

En tal orden de ideas consideran que la ley de prohibición de ayuda al suicidio no trata de igual manera a aquellos que por estar en las etapas finales de la enfermedad y depender de sistemas que los mantengan con vida se les permite apresurar sus muertes al ordenarse el cese de esos

[23] "Parra, J. E.", con nota de Blanco, Luis Guillermo, *Homicidio piadoso, eutanasia y dignidad humana*, en L. L. 1997-F-509; "Vacco, Attorney General of New York, et.al. v. Quill. et.al.", certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit, 26-6-97, en J. A. del 10-12-97, Nº 6067.

sistemas; de quienes están en una situación similar, con la excepción de que no dependen de sistemas para mantener con vida y no se les permite apresurar sus muertes por medio de la autoaplicación de drogas autorizadas.

En tal sentido la jurisprudencia norteamericana ha juzgado que "*la terminación de la vida por medio del retiro de sistemas que mantienen con vida a los pacientes no es nada más ni nada menos que el suicidio asistido*"[24].

En la Argentina no se ha sometido el tema a decisión judicial, de hacerlo es probable que la jurisprudencia se incline por admitir que no hay violación al derecho a la igualdad porque las situaciones son diferentes[25], ya que en un caso la causa de la muerte es una patología o enfermedad subyacente mientras que en el otro caso la causa de la muerte es la ingesta de medicamentos prescrita por un médico.

Es posible que los jueces sigan el criterio de la Suprema Corte de los Estados Unidos que enfatiza la distinción entre la asistencia al suicidio y el retiro de los tratamientos agresivos: en el primero la acción es llevada a cabo "en razón de matar", mientras que en el otro caso la acción es llevada a cabo "a pesar" de que el fin será la muerte y que juzguen que no existe violación a la igualdad ya que todos los ciudadanos pueden rehusar al tratamiento médico no querido y al mismo tiempo todos los ciudadanos tienen prohibido ayudar a otro en el suicidio.

Por nuestra parte pensamos que existen muchas zonas grises y que no se puede admitir como norma general que un médico que retira el tratamiento médico para mantener con vida o que acepta el rechazo del paciente de no comenzar con aquél intenta deliberadamente respetar únicamente los deseos de sus pacientes y dejar de hacer cosas inútiles y fútiles o degradantes para el paciente cuando éste ya no está en condiciones de seguir beneficiándose con aquéllas mientras que el médico que asiste a un suicidio tiene intención de matar.

[24] Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Colombia caso "Parra Parra", Santa Fe de Bogotá, 20-5-97, L. L. 1997-F-509 y a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los EE. UU., casos "Vacco, procurador general del Estado de Nueva York y otros v. Quill y otros", 26-6-97, publ. en J. A. del 10-12-97 y "Washington v. Gluksberg." del 26-6-97, publ. en 65LW4669.

[25] La Corte Suprema Argentina siempre ha sostenido que el derecho a la igualdad sólo se da en igualdad de situaciones.

Aceptamos que existen motivos que justifiquen que el Estado puede penar la asistencia al suicidio. Entre ellos: 1) el interés genérico en preservar la vida; 2) el interés más específico en evitar los suicidios, especialmente entre los ancianos, los jóvenes y aquellos que sufren de dolores no tratados de depresión o de desordenes mentales; 3) el interés más específico de evitar la participación indebida de terceras personas; 4) el interés en proteger la integridad de la profesión médica; 5) el interés en evitar consecuencias adversas que darían lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la ley; 6) la prohibición de homicidios intencionales; 7) el interés en conservar el rol de los médicos como curadores de sus pacientes; 8) la protección de los pobres, los ancianos, los incapacitados, los enfermos terminales y los miembros de otros grupos vulnerables a la indiferencia, prejuicio y presión psicológica y financiera para que terminen con sus vidas, y evitar un posible deslizamiento hacia la eutanasia voluntaria y quizás aun hacia la involuntaria.

Pero consideramos que estos derechos no son suficientemente importantes –ni individual, ni conjuntamente– como para primar sobre el derecho a cómo terminar con la propia vida y ni sobre el derecho a tener una existencia digna.

No advertimos que exista ninguna diferencia ética ni constitucional reconocible entre la acción de un médico que desenchufa un respirador y aquella en la que receta fármacos que permiten a un enfermo poner fin a su vida.

VII. Eutanasia involuntaria activa

La eutanasia involuntaria activa, es aquella en que se da muerte a una persona contra su consentimiento o sin su conocimiento, en nuestro Derecho constituye un homicidio que no admite un atenuante especial.

VIII. Eutanasia involuntaria pasiva

La eutanasia involuntaria pasiva se produce generalmente cuando el paciente está en estado vegetativo y sus parientes solicitan la suspensión de las terapias que lo mantienen con vida.

Para que se dé la hipótesis no debe existir voluntad anticipada, ya que en este caso no podríamos hablar de involuntariedad, ni tampoco de representante legal. Debe, por lo tanto, tratarse de alguien que carece de representantes legales y que no expresó su voluntad en forma anticipada.

En este caso sus parientes con obligación alimentaria podrían solicitar medidas urgentes que eviten el encarnecimiento terapéutico.

IX. Las voluntades anticipadas

1. *Legislación*

Las directivas anticipadas tienen su génesis en los Estados Unidos con Luis Kutner. Este abogado de Nueva York diseñó un documento mediante el cual las personas que padecían una enfermedad terminal podían indicar su voluntad de no someterse a tratamiento médico.

La directiva anticipada, testamento vital o *living will* consiste en instrucciones acerca de futuros cuidados médicos y es un "...documento privado y voluntario que realiza una persona en pleno uso de sus facultades mentales con el objeto que surta efecto cuando se encuentre gravemente enferma y no tenga suficiente capacidad".

Siguiendo la clasificación de Cristina López Sánchez entendemos que las directrices anticipadas constituyen un género que comprende tanto el testamento vital y al poder médico o poder para cuidado de la salud que se otorga a un representante.

Se la puede conceptuar como una declaración de voluntad que hace una persona para que se respete su voluntad cuando quede privado de capacidad por causa sobrevenida o decisiones que toma la persona antes que otros lo hagan por él ante situaciones vitales personales y sociales que implican un respeto a las creencias, sentimientos y filosofía personal. Los objetos del mismo son: a) reforzar la autonomía del paciente; b) mejorar la comunicación entre el equipo médico y el "paciente"; c) proporcionar al médico una legítima protección; d) designar un interlocutor válido como puede ser el representante o tutor designado, y e) plasmar claramente la voluntad del paciente.

Deben contener: los elementos generales de todo contrato y de los

testamentos; los datos específicos del paciente; la designación del tutor o ejecutor de su voluntad con sus atribuciones y límites, e incluir una "cláusula de conciencia" que exima al facultativo de realizar ciertas acciones que van en contra de sus creencias, debiendo éste poner al enfermo en manos de otro médico.

La Argentina reconoce una morosidad legislativa de casi una década en el tratamiento de los proyectos, relativos a lo que se ha dado en llamar, "Testamento vital", "Manifestaciones anticipadas de la voluntad", "Mandato de autoprotección", "Poder para el cuidado de la salud", "Voluntades anticipadas".

La única regulación con la que se cuenta en el país es escasa, y rige sólo para la Provincia de Buenos Aires, fue dictada el 23 de abril de 2004, por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, que creó el denominado "Registro de actos de autoprotección en previsión de una eventual incapacidad"; allí cualquier interesado podrá dejar preestablecidas mediante escritura pública –durante su estado de capacidad– disposiciones inherentes a su persona o bienes, esto es, el denominado "Testamento vital".

Esta falta de regulación legislativa ha enfrentado a los tribunales con la necesidad de decidir sobre su valor a partir de principios generales del Derecho, a saber:

2. *Jurisprudencia. Caso "M.", Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición Nº 1 de Mar del Plata*[26]

En el mes de marzo de 1997 la Sra. M. fue diagnosticada con una enfermedad degenerativa de las neuronas motoras del sistema nervioso central que derivó en cuadriplejia, anatría, disfagia marcada e insuficiencia respiratoria restrictiva severa. Se tiene la certeza de que la enfermedad suele ser mortal y de que en el estado actual de la ciencia no existen terapias curativas.

[26] Sambrizzi, Eduardo A., *Las directivas previas emitidas con la finalidad de rehusar la práctica futura de ciertos actos médicos*, en L. L. del 21-9-2005, p. 6, Juzgado en lo Criminal y Correccional Nº 1 de Transición de Mar del Plata; Juzgado Correccional de Mar del Plata (Nº 1) (Transición), 25-7-2005; Kraut, Alfredo M., *Directivas anticipadas para rehusar determinadas intervenciones médicas de futuro*, en L. L. del 15-9-2005.

Ante el cuadro de la paciente el cuerpo médico informó a los cónyuges que se debía hacer una gastrostomía y una traqueotomía, sendas de carácter permanente, que son medidas terapéuticas paliativas, por lo tanto no brindan curación al paciente.

La Sra. M. en reiteradas oportunidades expresó que acepta toda medicación indicada y todos los cuidados pertinentes pero no quiere intervenciones invasivas, en razón de que afectarían su dignidad.

El 5 de mayo de 2005, mediante escritura pública, la paciente designa a su marido como su mandatario con el objetivo de que éste realice las gestiones necesarias para dar cumplimiento a su voluntad. En el mismo documento designa mandataria sustituta a su hermana.

El cónyuge promueve una acción de amparo, en interés de su esposa, para que ésta no sea sometida a ninguna práctica que prolongue su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos.

El juez Hooft hace lugar a la acción de amparo estableciendo que deben ser respetadas las medidas anticipadas instrumentadas mediante la citada escritura pública autorizando la oposición de la paciente a medidas invasivas y que se debe brindar toda medida paliativa "...con miras a evitarle padecimientos y eventualmente acompañarla en un proceso de muerte digna, en la medida en que no implique prácticas eutanásicas activas". También tiene por designados a los apoderados especiales para llevar a cabo la voluntad de la Sra. M. y manda a registrar la sentencia al Registro de Actos de Autoprotección del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, a la Clínica donde se encuentra la paciente internada, como así también en la historia clínica de la paciente.

Antes de llegar a tal conclusión el tribunal descarta las críticas más importantes que en doctrina se le formulan a la aceptación de las voluntades anticipadas con argumentos convincentes.

Sostiene que en un sistema constitucional de raíz personalista como el nuestro resulta a todas luces ilógico que una persona plenamente capaz pueda designar tutor para sus hijos bajo patria potestad o curador, en caso de que los hijos sean mayores de edad, y al mismo tiempo, no se admita el derecho de una persona mayor de edad y capaz al momento de manifestar su voluntad de designar mandatario para la toma de decisiones concernien-

tes a la salud del mandante, previendo una hipotética incapacidad de hecho que lo imposibilitaría de tomar decisiones respecto de su salud.

Hooft señala otra incoherencia que importaría la no admisión de las directivas anticipadas, ésta consiste en que si la jurisprudencia reconoce el derecho de rechazar tratamientos médicos, sería ilógico y no ético esperar a que el paciente pierda su capacidad para que en ese momento se lo someta al tratamiento que rechaza.

En el caso en cuestión, también se supera el argumento acerca de la existencia de una distancia temporal entre la declaración de voluntad en la que el paciente se encuentra en buen estado de salud y la situación en la que se posiciona cerca de la muerte (momento clave para la aplicación del testamento vital), afirmando que estos documentos son revocables y de aparecer nuevas terapias curativas se debe estar por el mejor interés del paciente.

El fallo se fundamenta en la autodeterminación de las personas y las conductas autorreferentes que hacen a la dignidad de la persona y al respeto a sus libertades fundamentales. Esta postura encuentra su sustento en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), el artículo 19 de la Constitución Nacional y su interpretación según los votos de los ministros Belluscio, Petracchi, Fayt y Barra en el caso "Bahamondez".

También se afirma el deber de respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, consagrado en el artículo 19, numeral 3º, de la ley 17.132.

3. *Legislación proyectada*

a) *Proyecto del Dr. Julio César Rivera sobre Disposiciones para la propia incapacidad*

Forma y límites

Las directivas que una persona capaz haya dado por escritura pública para la atención de su salud en previsión de la imposibilidad de expresar su voluntad, que no sean contrarias a la ley o al orden público, deben

ser respetadas por los parientes que se ocupen de ella en esa situación y por los médicos que la atiendan.

Curatela

El tribunal debe discernir la curatela a favor de la persona designada en escritura pública otorgada por el interdicto cuando era capaz.

Si el designado no la acepta, y tampoco lo hacen los sustitutos previstos por el interdicto, la curatela se discierne al cónyuge no separado judicialmente o de hecho. En defecto del cónyuge, el tribunal puede nombrar a quien tenga mayor solvencia moral y económica entre los hijos, padres y hermanos del interdicto.

Los padres pueden nombrar curadores a sus hijos interdictos en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

El curador atenderá a lo dispuesto por el interdicto cuando era capaz tanto en lo atinente a su persona como a sus bienes, salvo que se trate de la realización de los actos prohibidos a los padres respecto de sus hijos menores.

Extinción del mandato

No se produce la extinción del mandato por la incapacidad del mandante cuando éste ha sido otorgado por escritura pública para continuar luego de la propia incapacidad del mandante o en previsión de ella. El mandato así concebido no puede otorgar al mandatario mayores facultades que las que la ley acuerda al curador.

b) *Proyecto de ley presentado por el diputado Bruni a la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires*

Concepto

Es el documento, por el cual toda persona mayor de edad y en pleno goce de sus facultades mentales, manifiesta anticipadamente su voluntad de ser sometida o no a determinado tratamiento médico del que pudiere ser objeto en el futuro, ante un diagnóstico de enfermedad terminal o estado vegetativo persistente, en el supuesto de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad.

Donación de órganos

En la misma declaración, el otorgante puede expresar su voluntad de

donar órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo para que después de su muerte puedan ser implantados en humanos vivos o sean objeto de estudio o investigación, conforme a los recaudos de la ley 24.193.

Definición de enfermedad terminal y estado vegetativo persistente

Es aquélla avanzada, progresiva, incurable e irreversible y mortal a corto plazo.

El estado vegetativo persistente es el estado de salud que impide cualquier tipo de expresión de voluntad por parte del paciente, por hallarse en un estado de inconsciencia en el cual no existe una posibilidad realista de recuperación, de acuerdo a los estándares médicos establecidos.

Registro de voluntades anticipadas

Se crea el Registro dentro de la órbita del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires. En el mismo se inscribe el otorgamiento, modificación, sustitución y revocación de las declaraciones de voluntad anticipada.

Publicidad en Internet

Se establecerá una página en Internet que debe contener información detallada sobre la declaración de voluntad anticipada, modelos de documentos y una base de datos de los declarantes con sus documentos de Voluntad vital anticipada. Los documentos sólo pueden ser consultados por los declarantes y por los centros de salud al momento del ingreso del paciente, mediante un sistema de códigos, no pudiendo modificarse el documento por esta vía.

Revocabilidad de la declaración

Puede ser modificada, sustituida por otra o revocada en cualquier momento por el otorgante, siempre que conserve su capacidad y actúe libremente. En caso de modificación, sustitución o revocación, prevalecerá el contenido del último documento otorgado.

Emisión de un consentimiento informado con posterioridad a la Declaración de Voluntad vital anticipada

Éste es un supuesto no previsto por la legislación comparada y resulta cuando una persona ha otorgado una declaración de voluntad vital anticipada y, posteriormente, emite un consentimiento informado que contraría, exceptúa o matiza las instrucciones consentidas en aquélla, para la situación presente o el tratamiento en curso; en tal caso prevalecerá

lo manifestado mediante el consentimiento informado para ese proceso sanitario, aunque a lo largo del mismo quede en situación de no poder expresar su voluntad.

Limitaciones

No se considerarán las instrucciones que, en el momento de ser aplicadas, resulten contrarias al ordenamiento jurídico, o a las que establezcan la prohibición de recibir la medicación necesaria para aliviar el dolor, hidratarse y/o alimentarse.

Entrega del documento al centro médico

Corresponde al otorgante del mismo. Si éste no pudiera entregarlo, el centro médico efectuará la consulta en la base de datos expuesta en Internet.

Representación

El otorgante podrá designar uno o más representantes a efectos de que actúen como interlocutores válidos con el médico y/o el equipo sanitario y facultades para interpretar sus valores e instrucciones.

Si la designación es a favor del cónyuge o pareja de hecho de la persona otorgante, la representación se extingue ante la interposición de la demanda de nulidad de matrimonio, separación matrimonial, divorcio vincular o ante renuncia expresa del participante.

X. ¿Es imprescindible recurrir a la justicia para dar eficacia a una estipulación de voluntad anticipada dictada en instrumento público?

La tendencia en el Derecho Comparado es la no exigencia de la instancia judicial a los efectos de dar eficacia a los documentos de voluntades anticipadas realizados en instrumento público. Siguiendo a Rivera, son instrumentos públicos "...los otorgados con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público (agente administrativo o funcionario), a quien la ley confiere la facultad de autorizar, y a los que otorga plena fe sin necesidad de posteriores pruebas o verificaciones". Estos instrumentos hacen plena fe, por lo que las declaraciones vertidas en los mismos, no importando que estén referidas a la salud de la persona, se presumen veraces. Lo antes dicho torna innecesario

recurrir a la justicia para dar eficacia a los documentos vitales configurados en instrumento público más aún cuando en la mayoría de las legislaciones foráneas (ley española) y en la actualidad en el Colegio Público de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires existen Registros creados al efecto.

En el caso "M." del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición Nº 1 de Mar del Plata, se decidió que "...el objeto de esta acción constitucional de amparo no es obtener una convalidación, homologación o autorización judicial para prácticas eutanásicas, sino que tiende de manera inequívoca a garantizar el ámbito de decisión personal en el campo de conductas autorreferentes".

XI. Conclusiones

1. El cuerpo de toda persona es inviolable, afirmación que importa respetar la autodeterminación del paciente, incluso cuando su elección sea interrumpir o impedir tratamientos que mantengan su vida.

2. Se presume que toda persona posee la capacidad para consentir o rechazar un tratamiento médico, a menos que, o hasta tanto, esa presunción sea desvirtuada.

3. La autodeterminación en relación a la salud no necesita para ejercerla la aprobación de nadie, ya que no se trata de un voto sujeto a anulación por la opinión médica, ni jurídica.

4. Es absolutamente innecesaria la autorización judicial para lograr el respeto de la voluntad del paciente capaz para suspender los tratamientos o no autorizar las terapias médicas.

5. No obstante devenir innecesaria la solicitud de autorización judicial para cumplir con la voluntad del paciente, el órgano jurisdiccional interviniente debe pronunciarse expresamente sobre el fondo de la cuestión planteada concediendo o negando la venia solicitada, pues una sentencia que no se pronuncia en concreto y se limita a efectuar una suerte de reenvío a los médicos tratantes no brinda una adecuada resolución al conflicto planteado.

6. Los padres de menores, para aceptar o rechazar el tratamiento médico, decidir sobre el cuidado de su salud y dar el consentimiento para

la intrusión de la integridad de su cuerpo deben que escuchar al niño en la medida de su capacidad, artículos 14 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

7. No caduca el derecho de la persona a negarse a recibir tratamiento al volverse, ya que la incapacidad no produce la pérdida de los derechos fundamentales.

8. Los representantes de menores e incapaces pueden negar su consentimiento para tratamientos desproporcionados o inútiles que prolonguen la agonía sin respetar los deseos del enfermo que constituyan ensañamiento terapéutico. Resulta conveniente que los médicos soliciten una autorización judicial para cumplir con las decisiones paternas de omitir o negar tratamiento cuando esté en riesgo la vida.

9. Legalmente, cualquier persona puede suicidarse, sin embargo, no puede, legalmente, contar con ayuda para llevar a cabo el acto suicida.

10. Las directivas que una persona capaz haya dado por escritura pública para la atención de su salud en previsión de la imposibilidad de expresar su voluntad, que no sean contrarias a la ley o al orden público, deben ser respetadas por los parientes que se ocupen de ella en esa situación y por los médicos que la atiendan. Sin necesidad de asentimiento judicial alguno.