



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera de Abogacía**

**La protección jurídica de los pacientes tendiente a
una mejor calidad de vida**

Nº 208

Mariela Laura Valenzuela

Tutor: Alfredo Maciel

Departamento de Investigación
Diciembre 2005

Índice

INTRODUCCIÓN:	5
<u>CAPÍTULO 1: «Derecho a la vida: derecho a vivir»</u>	6
1.1 Criterio clasificatorio de los derechos fundamentales de los pacientes	6
1.2 Derecho a vivir con dignidad	6
1.3 Protección jurídica	6
1.3.1. Protección constitucional	6
1.3.2. Código Penal	7
1.3.3. Código Civil	7
<u>CAPÍTULO 2: «Protección de la salud y a una mejor calidad de vida»</u>	7
2.1 Definición de salud	8
2.2 Niveles del derecho a la protección de la salud	8
2.2.1. Derecho constitucional a la protección de la salud pública	8
2.2.2. Derecho constitucional a la atención de la salud individual	9
2.2.3. Los derechos de los pacientes en la jurisprudencia norteamericana, en las declaraciones internacionales y en las cartas de derecho de los pacientes	9
2.2.4. Legislación sobre derechos de los pacientes. El tema en Argentina	10
2.3 Desarrollo del derecho a la salud en nuestro sistema normativo	11
2.3.1. La protección de la salud en el texto constitucional	11
2.3.2. Los instrumentos supranacionales con rango constitucional	12
2.3.3. El derecho a la salud en las constituciones provinciales y en la legislación ordinaria	13
- El constitucionalismo provincial argentino y el derecho a la salud	13
- El derecho a la salud. Protección penal	14
<u>CAPÍTULO 3: «Humanizar versus medicalizar la muerte»</u>	14
3.1 El derecho a morir con dignidad	14
3.1.1. Prácticas para demorar la muerte. Tratamientos extraordinarios	14
3.1.2. Principio de autonomía y derecho constitucional a una muerte digna	15
3.1.3. Eutanasia activa. Ortotanasia. Suicidio asistido	15
3.2. Suicidio: conflictos éticos y jurídicos	16
3.2.1 Licitud del suicidio. Disenso doctrinal	16
3.3 Proyecto de ley sobre la muerte digna en Argentina	16
<u>CAPÍTULO 4: «Derecho a la integridad psicofísica»</u>	17
4.1 Protección legal	17
4.1.1 Daño físico, psicológico y moral	18
4.2. Consentimiento eficaz del paciente	19
4.2.1. Consentimiento informado. Derecho a recibir la información	19
4.2.2. Requisitos: Capacidad, voluntariedad e información médica	19
<u>CAPÍTULO 5: «Derecho al consentimiento informado»</u>	20
5.1. Incapacidad para prestar el consentimiento informado	20
5.2. Negativa al tratamiento	21
5.2.1. La negación del consentimiento en nuestro derecho. Norma aplicable	21
5.2.2. Negativa al tratamiento de personas con afecciones mentales	21
5.3 Excepción al nivel de información	21
5.4 Consentimiento presunto	22
5.5 Incapacidad del paciente. Representación	22
<u>CAPÍTULO 6: «La protección de las personas con discapacidad»</u>	22
6.1 Los principios de salud menta	22
6.2 Valor jurídico de los principio	23
7. CONCLUSIÓN.	23
BIBLIOGRAFÍA.	25
ANEXO.	26
- Proyecto de Ley sobre Derecho de los Pacientes Terminales	26
- Proyecto de Ley Sobre los Derechos de los Pacientes	28

Introducción

Hoy día, la salud se concibe como «incorporada al mercado dentro del comercio o del tráfico, como un bien que puede ser motivo de acuerdo o transacciones»¹. El mercado de la salud se ha desregularizado y apropiado de la vida y del cuerpo humano.

Debido a esto, se ha retraído del debate de la conceptualización del derecho a la salud. Asimismo, la reducción de las inversiones del sector salud ha provocado el desmantelamiento del hospital público y la privatización de la atención sanitaria, con los siguientes beneficios empresariales. El cuidado de la salud queda librado así a la situación socioeconómica individual -o grupal- de la propia gente, virtualmente fracturada entre los que acceden a clínicas y sanatorios y los que mueren de enfermedades curables.

El sistema asistencial, sobre todo el hospital público, ha entrado en crisis y se ha deshumanizado. La medicina privada que se presta en instituciones gigantescas, se ha vuelto también impersonal y anónima. La relación médico-paciente, desigual y estructurada por el principio de autoridad, está en constante deterioro, más allá de la voluntad individual de los médicos. La posición del enfermo se vuelve más frágil.

La crisis del sistema público afecta la práctica médica. La relación paciente-institución se vuelve esencialmente no democrática.

La confianza que unía al médico con «su» enfermo tiende a desaparecer por la existencia de complejos vínculos entre el paciente, empresas de medicina prepaga, obras sociales, entidades asistenciales y médicos. Algunos profesionales ejercen su actividad bajo constantes presiones: intervienen mediando entre el paciente y la institución, empresa de la que dependen jurídicamente y que, a su vez, se relaciona contractualmente con el prestatario. Por un lado el médico está –con prioridad- éticamente obligado con su paciente y debe poner los intereses de éste por encima de todos los demás. Por el otro, la institución deudora de la prestación (que es también quién paga los honorarios del médico) suele tener intereses contradictorios con los del acreedor del servicio (por ejemplo, la conminación empresarial tendiente a reducir costos, reduciendo prestaciones necesarias). Se presentan serios conflictos, que recaen en el profesional de la salud, afectan la intervención médica y generan susceptibilidad en el paciente. La amenaza de juicios por errores médicos incrementa el recelo y la inseguridad de los profesionales.

Los progresos en las ciencias médicas enfrentan a los médicos con conflictos orales y jurídicos. Se plantean problemas humanos que cuestionan categorías jurídicas elaboradas en nuestros días por la dogmática del Derecho y promueven su reajuste o revisión. El Derecho, a la zaga inevitable de estos avances, encuentra dificultades para ofrecer soluciones adecuadas a la casuística cotidiana.

El Progreso incrementa la probabilidad de nuevos daños, entre ellos la iatrogenia, el mal uso y el sobredimensionamiento de la aparatología y las técnicas más sofisticadas, y la prescripción excesiva de medicamentos impulsada por los poderosos laboratorios medicinales. Los avances médicos irradian, como contrapartida, nuevos menoscabos, muchos de ellos, inevitables.

Intentamos abordar con esta investigación la peculiar situación jurídica de un grupo de personas que necesitan una protección específica de sus derechos, entendidos éstos como la consecuencia o explicitación de los derechos fundamentales.

El reconocimiento de los derechos de los pacientes debe comprenderse como parte del discurso ético-jurídico en relación con las personas que se hallan más expuestas en razón de su enfermedad o discapacidad, circunstancias que se agravan cuando a la dolencia se le agregan pobreza y marginalidad. En tal sentido, el rol de los operadores jurídicos incluye el bregar por la justicia, la equidad, la solidaridad y la dignidad como valores superiores y esenciales del ordenamiento ético-legal.

El Estado debe afrontar sus deberes como promotor del interés común y garante de los derechos fundamentales de los individuos. En tanto ciudadanos, no podemos permanecer ajenos a esta dolorosa realidad y pensar el mundo desde cotos particulares, sino desde el interés común. Los principios éticos y morales que proponían, históricamente, llevar la condición al punto más alto, sucumben frente a las reglas del mercado que se ofrecen como leyes naturales, en cuya práctica actual los protagonistas son pocos, y los demás están sistemáticamente excluidos del sistema, marginados del disfrute de una existencia digna. Las propuestas transformadoras y solidarias obtenidas a lo largo de los siglos, con la ofrenda de miles de vidas, corren peligro. El valor dinero-mercado intenta desplazar al Derecho y descalificar los valores esenciales. La vida, la salud, la libertad y la dignidad de la persona.

En palabras de Mosset Iturraspe, «la eficacia reemplaza a la Justicia, el afán de lucro a la equidad, el crecimiento económico a la solidaridad como si fueran valores opuestos, incompatibles y no complementarios: eficiencia con justicia, lucro con equidad, crecimiento con solidaridad».²

1. MOSSET ITURRASPE, Jorge, «Los daños en una economía de mercado», J.A., 23-10-1996, pág. 4

2. MOSSET ITURRASPE, Jorge, «Los daños en una economía de mercado», J.A., 23-10-1996, pág. 7

1. DERECHO A LA VIDA: DERECHO A VIVIR

1.1 CRITERIO CLASIFICATORIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PACIENTES

Existen distintas clasificaciones doctrinales de los derechos humanos o fundamentales, cuyos criterios varían según sus autores provengan de la filosofía del derecho público o del derecho privado, y en especial, del campo de estudios de los derechos humanos. Para este trabajo, referido a los derechos de los pacientes, particularizamos el valor empírico de la clasificación tratando de alcanzar una catalogación centrada en las garantías jurídico-políticas que protegen derechos fundamentales.

Desde la mirada civilista, Santos Cifuentes³ propone categorizar los derechos constitucionales personalísimos en tres grupos según su contenido y establece el siguiente modelo de clasificación:

- 1) los derechos de la integridad física que, según el citado autor, son los que permiten a la persona ejercer facultades sobre su cuerpo: desarrollarlo, aprovecharlo y defenderlo ante posibles atentados. Comprenden la vida misma, identificada con la existencia vital del cuerpo, éste y sus partes, la salud y los medios para preservarla u obtenerla, así como el destino del cadáver;
- 2) derechos de libertad, que no sólo conciernen la locomoción, sino a la expresión de ideas, a la realización de actos jurídicos, así como al empleo sin trabas de fuerza física y espiritual;
- 3) derechos de la integridad espiritual: la protección del honor, la imagen, la identidad, la intimidad y el secreto.

1.2 DERECHO A VIVIR CON DIGNIDAD

La enumeración de los derechos fundamentales se estructuran en torno a ciertos derechos básicos y esenciales que sustentan y condicionan la realización de todos los demás.

La vida humana –en tanto bien jurídico protegido por el derecho- es «un bien fundante, el soporte necesario para el goce actual o potencial de los restantes bienes», pero siempre que sea protegido «el derecho a vivir digna y plenamente»⁴. Este derecho –valor supremo inherente a la condición humana- no puede pensarse en abstracto, sino que su contenido se expresa en determinada calidad de vida, transitada con dignidad y un mínimo ético de justicia.

Todas las personas gozan del derecho a la vida en abstracto: pensar «el derecho a vivir con dignidad» como tal es distinto de pensarlo como una formulación retórica o como una aspiración. A esto se agrega el problema de determinar si el derecho a la vida incluye el derecho a disponer de la propia vida.

1.3 PROTECCIÓN JURÍDICA

La vida humana reconoce una protección constitucional, penal y civil.

Los distintos niveles de protección plantea diferentes cuestiones.

1.3.1 PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional a la vida es un atributo inmanente e inseparable de la persona humana. Sin vida, se pierde sentido hablar de todos los restantes derechos.

La reforma de la carta magna en nuestro país (1994) ha otorgado rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos. En virtud de ese reconocimiento (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), el derecho a la vida tiene consagración expresa y está protegido en cinco instrumentos fundamentales: 1) Declaración Universal de Derechos Humanos, 2) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 4) Convención Americana de Derechos Humanos, 5) Convención sobre los Derechos del Niño.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que «todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona» (art. 3º); el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos dice: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente...» (art. 6º-1); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre expresa: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona» (art. 1º).

La convención Americana sobre Derechos Humanos dice en su artículo 4º:

1. «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente;
2. En los países que no han abolido la pena de muerte ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley

3. CIFUENTES, Santos, «Derechos personalísimos», cit.,pág. 229.

4. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, «Daños a las personas. Pérdida de la vida humana», Hammurabi, Buenos Aires, 1990, págs. 19 y 21.

que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente;

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido;
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos;
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos dieciocho años de edad ó más de setenta, si se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez;
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión de autoridad competente».

La Convención sobre los Derechos del Niño establece: «1. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida: 2. Los Estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. (art. 6º)».

Hemos mencionado la protección de la vida en su sentido amplio. Las garantías plasmadas en las dos Declaraciones son sencillas, genéricas y prácticamente idénticas. El Pacto y la Convención Americana consagran el derecho a la vida con mayor detalle, regulando específicamente dos tipos de garantías: ante la pena de muerte y ante la privación arbitraria de la vida.

De los cinco instrumentos mencionados, sólo la Convención Americana marca que el derecho a la vida estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

1.3.2 CÓDIGO PENAL

El Código Penal contiene disposiciones diversas, integrantes de una tutela de carácter público. Las que aquí interesan con las que incriminan y penan el homicidio(arts. 79 a 89), las lesiones causadas a otro en el cuerpo o en la salud (arts. 8º a 94), como así también otras hipótesis de homicidio o lesiones (en los arts. 95 a 105), el aborto (arts. 85 a 88) y el abandono de persona cuando esa actitud ponga en peligro su vida o su salud (arts. 106 a 108).

1.3.3 CÓDIGO CIVIL

En el Código Civil no existe un reconocimiento expreso del derecho a la vida, ni la tutela específica del «derecho a vivir».

La protección de la vida humana tiene lugar a través del derecho a la reparación a favor de los parientes afectados por su privación. Este derecho surge de los artículos 1084, 1085, 1086, y 1109 del Código Civil.

El artículo 1084 establece: «si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla». Según el artículo 1085, el «derecho de exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior compete a cualquiera que hubiere hecho los gastos»..., en tanto que...la indemnización de la segunda parte del mismo artículo sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente y por los herederos necesarios del muerto si no fueran culpados del delito como autores o cómplices o si no lo impidieron pudiendo hacerlo». El artículo 1086 garantiza a todo individuo la indemnidad psicofísica, es decir, la obligación de resarcimiento, en la medida en que el delito fuere por heridas u ofensas físicas.

El artículo 1109 establece la obligación de indemnizar el daño injusto –aplicable a los casos de obligaciones que nacen de hechos ilícitos que no son delitos-. Dicha norma dispone: «Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio».

2. PROTECCIÓN DE LA SALUD Y UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA

El derecho fundamental a la protección de la salud –principio civil constitucional fundante, explícitamente tutelado- es una extensión o corolario del derecho a la vida y a la integridad psicofísica. No es un derecho «de» sino un derecho «a», es decir, un derecho prestacional, que da lugar a una prestación exigible al Estado « y que conlleva un gasto social, cuya atención depende tanto de los recursos como de la voluntad política del momento».⁵

Las garantías constitucionales exigen una nueva lectura fin de no derivar en un mero formulismo. Este derecho-deber, que impone al Estado la obligación de tutelar la salud individual y pública en el marco de los principios y las reglas de la bioética, abarca la debida atención integral del enfermo y hace a la humanización de la asistencia sanitaria.

5. SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo – TEJADA RUIZ, Claudia Patricia, «Responsabilidad civil del Estado en la prestación de servicios médicos asistenciales», Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Sta. Fe de Bogotá, 1994, pág. 81

El derecho a la protección de la salud está íntimamente vinculado a la calidad de vida.⁶ Se extiende no sólo a la prohibición de comportamientos con efectos disvaliosos para la persona humana (que puedan provocar su deterioro, o incapacidad), sino a toda conducta que, con la finalidad que fuere, configure cualquier forma de tratamiento cruel, inhumano o degradante.

2.1. DEFINICIÓN DE SALUD

En el Preámbulo de la Constitución de la O.M.S. (1948), se define la salud como un «estado de completo bienestar físico, mental y social y no meramente como la ausencia de enfermedad». La definición integra el concepto negativo (ausencia de enfermedad) y otro positivo (promoción del bienestar).

La realidad indica que la preocupación médica se centra en la enfermedad física ignorando la repercusión negativa de los aspectos psíquicos y relacionales. Esta distorsión oriente, a su vez, la elección de las políticas sanitarias y resulta responsable de la particular formación de los médicos y paramédicos. En realidad los esfuerzos de la colectividad para combatir la enfermedad y promover el bienestar nos deben ignorar las restantes dimensiones indicadas por la O.M.S.: la psicología y la relacional.

La definición de la O.M.S., configura una anhelo, una intención general, en tanto es difícil encontrar otra que, a estos efectos, pueda ser más precisa, de indicadores para definir no el estado de salud del individuo sino de la comunidad.

Llovet retraduce la definición de la O.M.S., como el «estar bien (lo físico) y vivir bien (lo social), con arreglo a ciertos parámetros de valoración compartidos o dominantes en la sociedad en que cada uno se encuentra». Es decir que la salud equivale a «la capacidad de existir y desarrollarse activamente, adaptado al medio natural y social».⁷

Con relación a la promoción de la salud, para hacer realidad el derecho a la salud (que incluye cuidados profesionales, provisión de medicamentos, laboratorios, etc.), el Estado debe brindar un nivel mínimo de atención sanitaria que satisfaga las necesidades básicas de la población, en el marco del respeto por los derechos de los pacientes.

2.2. NIVELES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El derecho a la protección de la salud reconoce distintos órdenes: la salud pública, la salud individual y los derechos de los pacientes frente a la asistencia médica.

2.2.1. DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA

Se trata del derecho a condiciones saludables como interés colectivo o social compartido por todos y cada uno de los hombres que forman el grupo comunitario (salud pública). Se ha definido la salud pública como «la ciencia y arte de prevenir enfermedades, de prolongar los esfuerzos de la comunidad por la sanidad del ambiente, el control de infecciones comunitarias, la educación de los individuos en los principios de higiene personal, la organización de servicios médicos y de enfermería para la detección temprana y tratamiento preventivo de enfermedades y el desarrollo de una maquinaria social que asegure a cada individuo en la comunidad un estándar de vida adecuado par el mantenimiento de la salud «.

Los límites entre la salud pública y privada son imprecisos, difíciles de establecer. Según Bidart Campos, hay otros aspectos por considerar: un primer campo de la salud, tanto privada como pública, «que implica protegerla contra violaciones o agresiones y que incluso suele contar con tutela penal, como por ejemplo, la incriminación de las lesiones a una persona o el envenenamiento de aguas destinadas al consumo de cualquiera. Pero de inmediato se añaden otros campos en los que no se trata directamente de cuida o impedir que la salud sufra daño, sino de promoverla, de prevenir enfermedades, o de ofrecer prestaciones sanitarias».⁸

La medicina preventiva, como quehacer eminentemente público, puede dividirse en primaria y secundaria. Para Kottow, la medicina preventiva primaria comprende la infraestructura material que permite mejorar las condiciones sanitarias de las colectividades –vivienda, alcantarillado, agua potable-. Apunta a la igualdad de acceso a la infraestructura urbano-sanitaria, cuyos logros se han obtenido a través de mejoras socio-económicas antes que por acciones médicas específicas. La medicina preventiva secundaria se refiere a planes de prevención de enfermedades, sea a través de inmunizaciones, educación sanitaria o medidas epidemiológicas.⁹

6. ALBANESE, Susana, «El amparo y el derecho adquirido a una mejor calidad de vida» L.L., 1991-D-77

7. LLOVET, Juan José, «Salud y Derechos humanos» Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 20.

8. BIDART CAMPOS, Germán, «Estudios Nacionales sobre la Constitución y el Derecho a la Salud. Argentina», Astrea. Buenos Aires 1985

9. KOTTOW, Miguel, «Bioética y Sociedad», ponencia presentada en las primeras Jornadas Argentinas de Bioética, cit.

El derecho a la salud está intrínsecamente relacionado con los restantes derechos constitucionales. Resulta impensable una política sanitaria eficaz si no se protegen adecuadamente a la persona u su bienestar.

2.2.2. DERECHO CONSTITUCIONAL A LA ATENCIÓN DE LA SALUD INDIVIDUAL (ATENCIÓN MÉDICA)

Se trata del derecho subjetivo de cada habitante a que su salud sea protegida, y se le facilite el acceso a servicios de atención médica, públicos o privados, con el objeto de prevenir, tratar y/o rehabilitar la salud.

La cobertura jurídica de los derechos de segundo nivel, en especial el de echo a la atención médica, cuenta con la protección constitucional (dotada de operatividad) y con legislación interna ordinaria. Se trata ~~de derechos de «naturaleza prestacional»~~¹⁰ tendientes a la tutela de la salud física y mental de la población frente a acciones de terceros –oponibles tanto el Estado como a los particulares- a fin de asegurar el acceso a servicios médicos suficientes para recurrir a la justicia en procura de tutela preventiva (acción de amparo) y, subsidiariamente, reclamar en el ámbito del derecho privado la reparación del daño injustamente sufrido (indemnización por daños).

2.2.3. LOS DERECHO DE LOS PACIENTES EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA, EN LAS DECLARACIONES INTERNACIONALES Y EN LAS CARTAS DE DERECHO DE LOS PACIENTES.

Los derechos de los pacientes individuales en el sistema asistencial reconocen dos antecedentes diferenciados:

- 1- En primer término, la jurisprudencia norteamericana, que comenzó a reconocer, desde fines del siglo pasado, ciertos derechos ante la intervención médica, especialmente el derecho a la información para consentir o rechazar tratamientos, y que estableció la doctrina del derecho inalienable del paciente a tomar sus propias decisiones y prestar su consentimiento informado para la práctica médica. El common law estimaba, desde aquella época, que la intervención médica realizada sin consentimiento constituye una agresión.
- 2- En segundo término -a partir de las brutalidades verificadas en la Alemania nazi- se fijó la investigación y experimentación sobre seres humanos. Desde la proclamación del código de Nuremberg, ciertos principios básicos fueron sentados para permitir experimentos médicos; en especial: a) es absolutamente esencial el consentimiento voluntario del sujeto humano de la investigación; b) el experimento debe realizarse con la finalidad de obtener resultados fructíferos para el bien de la sociedad, no asequibles por otros métodos o medios de estudio; c) el experimento debe diseñarse y basarse en los resultados obtenidos mediante la experimentación previa con animales y el pleno conocimiento de la historia natural de la enfermedad o del problema en estudio, de modo que los resultados anticipados justifiquen la realización del experimento.

A partir de los años setenta, ante el avance de la medicina, surge la necesidad de incorporar los derechos emergentes de la práctica asistencial. Los primeros instrumentos formales aparecieron en los Estados Unidos. El documento específico inicial aparece en 1969, por un acuerdo entre la National Welfare Rights Organization (N.W.R.O.) y la comisión Americana de Acreditación de Hospitales. Se trataba de un repertorio de derechos de los enfermos que fue recogido por el nuevo reglamento en la Comisión de Acreditación. En 1973, la Asociación americana de Hospitales (A.H.A.) promulgó un instrumento formal, la Carta de Derechos de los Pacientes (Patient's Bill of Rights) que a pesar de ser una declaración imprecisa tuvo gran repercusión.

En España, el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) dicta en 1984 una carta de derechos y deberes de los pacientes, antecedente de la Ley General de Sanidad de 1986.

También existen otros documentos como la Declaración de Lisboa, el Manual de Acreditación de Clínicas, Sanatorios y Hospitales de la O.M.S. (Organización Mundial de la Salud, Chicago, 1985), Manual de Acreditación para América Latina y el Caribe (OPS/FLH Organización Panamericana de la Salud/ Federación Latinoamericana de hospitales, septiembre 1991).

Las *cartas de los pacientes* constituyen una guía para médicos y pacientes y, a la vez, un modelo legislativo para los países.

Sintéticamente, las diferentes cartas y declaraciones consagran el derecho de los pacientes a:

- Ser atendidos con consideración y respeto;
- Obtener de su médico toda la información disponible relacionada con su diagnóstico, tratamiento y pronóstico, en términos razonablemente comprensibles para él. Cuando médicamente no sea aconsejable comunicarle esos datos al paciente, habrá que suministrarle esta información a una persona adecua-

10. CARNOTA, Walter, «Proyecciones del derecho humano a la salud», E.D., 20-VII-1988, pág. 2.

da que lo represente. El paciente tiene, por lo demás, a saber el nombre completo del médico responsable de coordinar su atención;

- A que su médico le comunique todo lo necesario para que pueda dar su consentimiento informado previamente a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento. Excepto en las urgencias, la información que ha de proveerse al paciente para que pueda dar su consentimiento informado tiene que incluir, al menos, lo relativo al procedimiento o al tratamiento específico, los riesgos médicos significativos asociados, y la probable duración de la discapacidad. Cuando hay otras opciones médicamente significativas de atención o tratamiento, o cuando el paciente quiere conocer otras posibilidades, tiene derecho a recibir dicha información. El paciente también tiene derecho a saber el nombre completo de la persona responsable de los procedimientos o del tratamiento (Asociación Americana de Hospitales, derechos 1, 2, 3);
- Después de haber sido adecuadamente informado sobre el tratamiento, tiene derecho a aceptarlo o rechazarlo;
- Confiar en que su médico respete la confidencialidad de todos los datos médicos y personales que le conciernen;
- Morir con dignidad (Declaración de Lisboa, 1981, derechos c, d y e).

Las normas deontológicas que regulan la práctica profesional en beneficio del enfermo poseen valor jurídico, en tanto dan contenido a la regla rectora y al estándar de conducta regulador del derecho contractual, la buena fe (art. 1198, Cód. Civ.). Quedan así articulados los principios éticos y jurídicos que establecen la conducta esperada de cada parte con la otra, así como la fidelidad con la palabra comprometida, con fundamento en la confianza, ingrediente regulador de la totalidad de las relaciones obligatorias.

2.2.4 LEGISLACIÓN SOBRE DERECHOS DE LOS PACIENTES. EL PROBLEMA EN ARGENTINA.

Los derechos de los pacientes se inician con las formulaciones de carácter ético, y evolucionan hasta su consagración legal. En sentido estricto, estos derechos vienen sancionándose desde los años 80', especialmente en los Estados Unidos, Francia, Italia y España.

En nuestro país, la práctica de los derechos de los enfermos es aún sólo una aspiración. Su consolidación se halla pendiente de una ley que los reglamente, acompañada por la concientización y educación de la comunidad, que sea apta para estimular su cumplimiento.

Tanto en publicaciones como en congresos, se define doctrinalmente la utilidad del desarrollo normativo de estos derechos.

En 1995, la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción a un proyecto de ley sobre los derechos de los pacientes en el contexto del sistema asistencial de las salud, con vigencia en todo el territorio de la República. Estos derechos, según el texto legal, deberán exhibirse en forma visible en todos los establecimientos de salud, públicos y privados (art. 3º). Se establece el derecho al consentimiento informado, que el paciente prestará luego de recibir la información pertinente en términos claros y adecuados a su nivel de comprensión y estado psíquico, tomando en consideración sus características personales, salvo cuando exista urgencia con riesgo vital de inmediato, y/o estados de inconsciencia o alienación mental: en estos casos, se informará a los familiares o representantes legales (art. 4º). Igualmente se prescribe el derecho a aceptar o rechazar la realización de cualquier práctica terapéutica, internación o intervención, con expresa manifestación de la voluntad mediante la firma en la historia clínica; se exceptúan las situaciones de urgencia con riesgo vital inmediato y/o estados de inconsciencia o alienación mental (art. 5º). El artículo 6º reconoce explícitamente, de conformidad con los tratados de derechos humanos, el derecho a no ser discriminado. Se establece asimismo el derecho a optar, en la medida de lo posible, por el médico y/o establecimiento asistencial (art.7º).

De igual manera, se regula el deber de información sobre el estado de salud y/o los estudios que deben realizarse a los fines de un adecuado diagnóstico y pronóstico, los riesgos que tales prácticas involucran así como las consecuencias que podría acarrear la omisión (art. 8º), el tratamiento aconsejable, sus riesgos, naturaleza, ventajas y desventajas, duración estimada, tratamientos alternativos (art.9º). En caso de indicarse la internación, de informarse al paciente el tiempo estimado de la misma, sus logros y limitaciones conocidos según el actual desarrollo de la ciencia médica en la correspondiente especialidad, las estadísticas generales en la materia, si las hubiera, y demás datos pertinentes. Si se indicase una intervención quirúrgica, deberá informarse, además, su naturaleza y fines, ventajas y desventajas y eventuales complicaciones (art. 10).

El artículo 12 instituye el derecho a la interconsulta, a obtener copia de la historia clínica (art. 13º), y a la confidencialidad, incluyendo el secreto de la internación, salvo dispensa del paciente o ante exigencias legales que tomen imprescindible la ruptura de la confidencialidad (justa causa).

2.3. DESARROLLO DEL DERECHO A LA SALUD EN NUESTRO SISTEMA NORMATIVO

2.3.1. LA PROTECCIÓN A LA SALUD EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1853, no hacía referencia explícita a este derecho, sin embargo, en «Los Saladeristas», según la mención de Sagüés¹¹, la Corte Suprema advirtió en el siglo pasado que el gobierno estaba obligado a «proteger la salud pública» y a no autorizar, por ende, la instalación de un establecimiento industrial que pudiese afectarla (*fallos*, 31:174).

En «Baricalla» (*Fallos*, 310:112), la Corte dedujo el derecho a la salud como consecuencia del derecho a la vida, y reconoció el deber del Estado a la prestación de salud.

La actual Constitución (1994) consagra «nuevos derechos», entre ellos, el derecho fundamental a la preservación de la salud, con valor normativo, e impone al Estado y a los particulares el deber de tutelar la salud individual y de la comunidad. Los objetivos del constituyente se encaminan a promover el bienestar psicofísico de los habitantes, prolongar y mejorar la calidad de vida en todos nuestros sectores sociales, con especial atención a los grupos más débiles, y fomentar la solidaridad y la responsabilidad en la población para la preservación de la salud.

Del texto constitucional se desprende la idea solidarista e igualitaria de los derechos humanos como propuesta normativa en aras del «bienestar general», característica del estado social de derecho. Los nuevos derechos articulados a los *tratados internacionales* poseen operatividad.

El diagrama constitucional establece que para «proveer a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de las provincias» (art. 75, inc. 18), los servicios de salud serán beneficiarios de la distribución de las contribuciones de manera «equitativa, solidaria y (que se) dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional» (art. 75, inc. 2º). A fin de posibilitar el ejercicio real de los derechos fundamentales, se impone al Congreso el mandato de legislar «y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de posibilidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos en particular respecto a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad» (art. 75, inc. 23). Este principio es eminentemente solidarista. Su carácter operativo facilita la exigibilidad al estado el cumplimiento de prestaciones positivas que aseguren la igualdad real de oportunidades en la atención de la salud pública, por lo que la limitación presupuestaria para la atención de la salud implica una violación al deber de arbitrar las medidas de acción positiva en tal sentido.

El texto constitucional promueve, en los contratos de provisión de bienes y servicios (contrato masivo, aunque propio del derecho privado), la tutela de la parte débil, y establece que los pacientes (usuarios) tiene derecho, «en la relación de consumo, a la protección de su salud», que debe atenderse a su «seguridad e intereses económicos», y que son acreedores «a una información adecuada y veraz» (deber de veracidad), «a la libertad de elección» (principio de autonomía) y a condiciones de trato equitativo y digno (dignidad de la persona del consumidor) (art. 42, párrafo 1º).

El derecho de la salud está especialmente contemplado en la Convención de los Derechos del Niño, que establece que «éste tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y servicio para el tratamiento de las enfermedades y rehabilitación de la salud», en particular, «la prestación de la atención médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de la salud» (art. 24, 1-c), y asegurando el derecho del niño «que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental, a un examen periódico del tratamiento a que está sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación».

La vía adecuada para la tutela de la salud es la acción de amparo individual o colectiva. La regla del artículo 43 de la Constitución Nacional –cláusula de carácter procedimental-, concede a los usuarios afectados la acción expedita, rápida, de amparo que puede promoverse, «siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que 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» y «contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y forma de su organización».

Luego de la reforma, distintos tribunales hicieron lugar a la acción de amparo por afectación del derecho a la salud. Entre otros, el Juzgado Nacional del Trabajo Nro. 11, 18-IV-1995; «Alberdi, Antonia y otros c/

11. SAGÜÉS, Néstor Pedro, «Elementos de Derecho Constitucional», T. 2, Astrea, Buenos Aires, 1993, pág 48.

Instituto de Obra Social»; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 73, 25-XI-1995, «Amparo contra PROMED S.A.» por negativa de la entidad médica prepaga a asistir a una persona con HIV, confirmado en diciembre de 1995 por la Excma. Cámara Nacional en lo civil, con el voto de los doctores Ojea Quintana, Fermé y Borda.

La constitucionalización del amparo habilita par que todo aquel que se considere afectado pueda defender su derecho fundamental a la salud y a la calidad de vida.

2.3.2. LOS INSTRUMENTOS SUPRANACIONALES CON RANGO CONSTITUCIONAL

La salud como derecho humano, se encuentra contemplada en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud y de la Organización Panamericana de la Salud. El derecho a la salud integra un catálogo de los derechos de segunda generación y se halla íntimamente relacionado con otros derechos humanos, vinculados todos con el derecho a la vida: derecho a una alimentación suficiente, a trabajar, a la seguridad social, a una vivienda digna, a la protección de la familia, y en general, derecho a la justicia y a vivir con dignidad.

El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados relativos los derechos humanos, en los que se reconoce —explícita o implícitamente—, que la salud es un derecho humanos y que engendra determinadas responsabilidades.

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (asamblea General ONU, 10-XII-1948).
Esta declaración reafirma en su artículo 3º que «todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona» y «a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otras situaciones de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.»
- *Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (IX Conferencia Internacional Americana, OEA, 1948).
Instituye que toda persona tiene derecho «a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, las vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad»
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales* (ONU, Nueva York, 19-XII-1966).
Este Pacto dispone que los Estados Partes tienen que reconocer «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental» (art. 12-1), y que entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes, «a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de as enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad» (art. 12-2)
- *Convención Americana sobre Derecho Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), 22-XI-1969.
Establece que «toda persona tiene derecho a que se respete su vida» (art. 4º, inc. 1º) y «su integridad psíquica, física y moral» (art. 5).
- *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación racial* (Nueva York, 1-VII-1967).
Esta convención establece «el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales» (art. 5º).
- *Convención sobre los Derechos del Niño* (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20-XII-1989).
Esta convención impone a los Estados Partes el reconocimiento del «derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a los servicios para e tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios» (art. 24).
- *Convención sobre eliminación de Todo Forma de Discriminación de la Mujer* (Aprobada por resolución 34-180 de las Naciones unidas, 18-XII-1979).
Los Estados Partes proponen la adopción de «todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia» (art. 12, inc. 1º); Asimismo, garantizarán a la mujer «servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia» (art.

12-2º).

- *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (suscripta en Cartagena de Indias, Colombia, 1985).

La convención Americana sobre Derechos Humanos establece que «Nadie debe ser sometido a torturas ni apenas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano» (art. 5º).

La declaración constitucional que promueve la tutela del derecho a protector de la salud –subjetivo y colectivo-, y su consecución efectiva (acceso al goce y ejercicio), requiere previamente reflexionar sobre el contenido y extensión de las obligaciones constitucionales, los sujetos activos (titulares legitimados para exigir su disfrute y los mecanismos idóneos para hacerlo valer) y los sujetos pasivos (obligados al cumplimiento).

Se aspira a que la salud, en cuanto situación de bienestar, cuente, en palabras de Bidart Campos, «con protección y fomento durante toda la vida de cada hombre: antes de enfermarse (prevenir), durante la enfermedad (para curarse), después de la enfermedad (para rehabilitarse). Si a cada una de éstas la denominamos prevención, tratamiento y recuperación, es fácil percibir que cubriéndolas a todas existe un control permanente. Pero aquí tampoco concluyen los aspectos de la salud, porque se ha hablado también de su promoción en cuanto condicionamiento favorable –con provisión de recursos y servicios- para optimizar el acceso a una mejor salud de todos y cada unos de los miembros.¹²

La cuestión se torna difusa cuando se trata de exigir al Estado la adopción de políticas de salud, la asignación de partidas para el sector, o la redistribución de recursos.

Sujetos del derecho a la salud, individuales y colectivos

El reconocimiento de los sujetos activos –el afectado, según el texto constitucional- es una de las vías hacia la institucionalización de la tutela, ¿Quiénes son los titulares de este derecho constitucional?

- 1- Por un lado, «toda» persona humana afectada a quien se le ha vulnerado el «derecho subjetivo a la preservación de la salud» (arts. 42 y 43), Const. Nac.).
- 2- La persona, en cuanto integrante de un grupo que reúne una categoría o condición especial –niños, ancianos, mujeres, discapacitados-, y en tanto sea afectada por decisiones arbitrarias que perjudican, o amenazan lesionar, el derecho a la salud y a una mejor calidad de vida. Cualquier persona del grupo social que comparte el interés colectivo queda legitimada para demandar amparo a ese interés.¹³
- 3- Los grupos, que pueden reclamar en tanto representen un interés colectivo propio del grupo.

2.3.3. EL DERECHO A LA SALUD EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES Y EN LA LEGISLACIÓN ORDINARIA

- El constitucionalismo provincial argentino y el derecho a la salud

La mayoría de las constituciones provinciales contiene cláusulas expresas que obligan a cubrir el derecho a la salud. La Constitución de Santa fe «tutela la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad» (art. 19). La constitución de Tucumán asegura el goce de un derecho a la integridad psicofísica y la protección del discapacitado (art. 35); la de Córdoba reconoce un derecho a la vida, la salud, la integridad psicofísica (art. 199).

Las constituciones más modernas definen la salud como un derecho inherente a la vida, sin perjuicio de resaltar que se trata de un bien social (Salta, art. 40). Las de Jujuy (art. 21) y San Luis (art. 57), definen la salud con un criterio amplio, partiendo de una concepción del hombre como unidad biológica, psicológica y cultural en relación con su medio social. Con el mismo sentido, anuncia el concepto de salud la de San Juan. El Estado garantiza el derecho a la salud a través de medidas concretas y mediante la creación de condiciones económicas, sociales, culturales y psicológicas favorables. Igualmente, asigna a los medicamentos el carácter de bien social básico y tiene que garantizar por ley el fácil acceso a los mismos. La actividad de los profesionales de la salud debe considerarse una función social (art. 61).

En la Constitución de Santiago del Estero, dentro del capítulo «Régimen de salud», se indica que el «Estado provincial asegurará la salud como derecho fundamental de la persona humana. Para ello creará una organización técnica adecuada que garantice la promoción, prevención, reparación y rehabilitación de la salud física, mental y social, pudiendo convenir al respecto con la Nación, otras provincias y asociaciones privadas» (art. 70).

La constitución de Formosa reconoce explícitamente el derecho a la salud y se propone implementar su atención primaria con el espíritu de la justicia social (art. 80). La Constitución de Río Negro establece que la

12. BIDART CAMPOS, Germán, «Estudios Constitucionales sobre la Constitución y el derecho a la salud. Argentina» Astrea, 1995, pág 95

13. BIDART CAMPOS, Germán, «Estudios Constitucionales sobre la constitución y el derecho a la salud. Argentina», cit., pág. 38.

salud «es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistir-se en caso de enfermedad» (art. 59) y establece que los medicamentos son un bien social básico y fundamental.

- El derecho a la salud. Protección penal

El Código Penal se refiere a la protección de «cuerpo y salud» (art. 89), y reprime el abandono de persona (arts. 106 y 108) y las conductas lesivas del bien jurídico salud pública (arts. 200 a 208). El artículo 144 sanciona a los funcionarios públicos que impusieron a los presos bajo su guarda cualquier tipo de tormento.

3. HUMANIZAR VERSUS MEDICALIZAR LA MUERTE

El progreso médico, especialmente en los últimos treinta años, generó técnicas terapéuticas que permiten posibilidades de sobrevida impensadas hasta hace unas décadas. Estos avances traen beneficios y desventajas. La curación de enfermedades y el alivio del dolor constituyen beneficios innegables. Por otro lado, la asistencia médica del paciente grave o agónico prolonga artificialmente la vida mediante el uso de recursos extraordinarios o desproporcionados, a veces con gran costo de sufrimiento.

La muerte como tránsito integra el ciclo vital y, por esa condición, debiera enaltecer el derecho a la dignidad de la vida. Este último tramo –término del proceso biológico- tiene implicancias éticas, filosóficas, emocionales. La toma de decisiones en el umbral de la muerte, cargada de emocionalidad para el enfermo, su familia y los médicos asistentes, sólo tiene sentido en el marco del respeto a la dignidad humana del paciente. De allí que las opciones sean por lo común dilemáticas, los distintos argumentos aparezcan como igualmente válidos y las decisiones sean aplicables sólo a casos concretos.

El deber de asistencia entra en colisión con el derecho a la autonomía. Es incuestionable la premisa ética «vivir es preferible a no vivir». Sin embargo, su preservación no es defendible a ultranza y el derecho a la autonomía, la salud y la vida digna oponen límites incontestables.

En tal sentido, surgen reflexiones cuyas respuestas son problemáticas: ¿Existe, por ejemplo, un deber absoluto de vivir? Si bien puede haber un deber profesional de curar al paciente y luchar por su vida, el paciente gravemente enfermo, ¿tiene un deber legal de sufrir, de soportar?. En estos supuestos, optara siempre por la vida, ¿es la mejor solución? ¿Existe un deber de vivir sin dignidad, sin la mínima calidad?, ¿y cuál es el límite tolerable?, ¿la vida puede tener preeminencia sobre la autonomía y la intimidad? En ciertas circunstancias, ¿es lícito que el paciente requiera omitir asistencias que adelanten su muerte.

Cada pregunta conlleva diferentes consideraciones e intentos de solución. Se suscitan controversias éticas, médicas y legales. Más de una vez la técnica colisiona con la ética. La autoridad médica aparece cuestionada por los pacientes, familiares, eticistas y profesionales del Derecho y la bioética: la intervención judicial ante la presencia de estos dilemas asume un papel trascendente.

El rechazo de tratamientos (por ejemplo, los casos de los testigos de Jehová o de pacientes psiquiátricos, entre otros) plantea conflictos de valores en lo que hace a la autonomía del paciente, el deber de curar del médico y a las presiones sobre el juez que tiene que decidir situaciones difíciles.

3.1 EL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE

Antes las personas morían cuando la naturaleza lo indicaba; ahora se posterga una inevitable muerte durante cierto tiempo, con un alto monto de sufrimiento. El deber médico apunta a preservar la vida y postergar la muerte, cualquiera sea el costo. Algunos pacientes no están de acuerdo con esa postergación, que sienten como degradante, porque prolonga su sufrimiento mientras anula su autonomía. Otros se avienen a soportarla.

La defensa de los derechos de los pacientes –en este caso, los pacientes aquejados de enfermedades graves y terminales- permite auxiliar a todas las personas y defender su derecho a tomar sus decisiones con libertad en el proceso de morir.

Los problemas ético-jurídico del morir humano encuentran fundamento en el valor de la vida humana. El padecimiento de enfermedades –crónicas o terminales-, en etapas avanzadas, conllevan un elevado nivel de sufrimiento. Los tratamientos extremadamente invasores o con importantes efectos adversos ubican al enfermo y a su entorno frente a una decisión consciente y angustiada de extender la agonía o de morir en paz.

3.1.1. PRÁCTICAS PARA DEMORAR LA MUERTE TRATAMIENTOS EXTRAORDINARIOS

La distanasia es la práctica que tiende a alejar la muerte a través de medios ordinarios y extraordinarios. Esta determinación de prolongar la vida a cualquier costo merece serios cuestionamientos éticos, por lo que

se propone que, en circunstancias de muerte clínica, estado vegetativo o situaciones de marcado deterioro, no resulta inmoral ni antijurídico suspender tratamientos distanásicos, cargados de irracionalidad y con alto costo de sufrimiento.

La postura favorable a la interrupción de esta forma de soporte vital tiene aprobación de las religiones. En 1957, Pío XII acordaba con un grupo de anestesiólogos que no consideraban una obligación moral recurrir a medios excepcionales en caso de ausencia total de esperanza de mejoría. Al respecto, decía el Papa que «es evidente que la tentativa de reanimación constituye, en realidad, para la familia, tal peso que no se lo puede, en conciencia, imponer; ella puede insistir lícitamente para que el médico interrumpa sus intentos y el médico puede condescender lícitamente a esa petición. No hay en este caso ninguna disposición directa a la vida del paciente, ni eutanasia, la cual no sería lícita».

Por su parte, André Dumas, profesor de filosofía y moral de la Facultad de Teología Protestante de París, afirma que hay que «evitar renunciar a la lucha contra la muerte y, al mismo tiempo, el encarnizamiento a favor de la vida que equivale a negar la muerte. El equilibrio entre estos dos imperativos se consigue mejor en los países protestantes, donde los cuidados paliativos, que ayudan a vivir mejor la muerte sin ocultarla, experimentan un desarrollo mucho mayor que en los países católicos».

Los bioeticistas plantean la necesidad de instalar las «unidades de cuidados paliativos» (UCP) para que los pacientes mueran en paz. Las UCP son la contracara de la terapia intensiva y tienden a evitar los tratamientos extraordinarios, que solo prolongan indebidamente la agonía. Incluyen el control de los síntomas, medicina analgésica, contención familiar y espiritual. En síntesis, se trata de aceptar, rodeado de afectos, un hecho irrefutable: que la muerte es el fin natural de las personas.

3.1.2. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y DERECHO CONSTITUCIONAL A UNA MUERTE DIGNA

La ortotanasia es el derecho a morir con dignidad. Consiste en la suspensión de toda cura en la inminencia de la muerte (o de complicaciones graves irreversibles o cuando hay una expresa manifestación por parte de quien elige «tal modo» de acabar sus días. Una cosa es provocar la muerte y otra distinta dejar que la misma suceda según el orden natural de los acontecimientos. Una correcta y lícita práctica médica sería la que permite al paciente con una enfermedad terminal, morir lo más aliviado y naturalmente posible y que autoriza a los médicos a prescindir de procedimientos o medicamentos desproporcionados e inútiles que prolongan la agonía, sin que ello signifique dejar de apoyar a las personas ni abandonar la medicación que brinde tranquilidad y reduzca el dolor del enfermo.

La ortotanasia es llamada también, por algunos autores, eutanasia pasiva o adistanasia. Genéricamente, la eutanasia (del griego *eu* = bien y *hánatos* = muerte: buena muerte o muerte piadosa) es la interrupción de la vida por supuestas razones humanitarias. El acto intencional destinado a provocar la muerte de una persona está prohibido por la ética médica y penado por la ley. Pero la eutanasia pasiva –abandonar a su propia suerte al enfermo agonizante para evitarle mayores sufrimientos- suele ser un actitud bastante aceptada en nuestra sociedad occidental.

Existe una colisión entre valores jurídicos prominentes: el derecho a rechazar un tratamiento –sustentado en el derecho constitucional a la autonomía, a la intimidad, al cuerpo y a la dignidad- y el deber de intervenir para preservar el derecho a la vida. El paciente lúcido o bien su representante o allegado que debe decidir por él cuando ése es el caso, rechaza el tratamiento propuesto y el fallecimiento se produce de muerte natural: la causa adecuada de la muerte es la propia enfermedad y no la falta de un tratamiento.

3.1.3. EUTANASIA ACTIVA. ORTOTANASIA. SUICIDIO ASISTIDO

En la ortotanasia (o eutanasia pasiva) el paciente muere solo: en consecuencia, «no hay daño sino autonomía de la voluntad». En la eutanasia activa (muerte por compasión o piadosa) se provoca la muerte, hecho penalizado como homicidio simple. Muchos casos de homicidio se encubrieron como eutanasia activa o «muerte dulce». La figura penal aplicable es el homicidio simple (art. 79, Cód. Pen.), cuyo elemento subjetivo es el dolo. El homicidio culposo (art. 84, Cód. Pen.) –cometido por imprudencia, impericia o negligencia- no será eutanasia, porque falta la intencionalidad.¹⁴

Otra forma de poner fin a la propia vida es el suicidio asistido, por el que el paciente ingiere una dosis letal de medicación que le prescribe su médico con el fin de aliviarle el sufrimiento o de ayudarlo. El suicidio asistido requiere la participación del paciente en la decisión y en la ejecución del acto. La eutanasia, en cambio, sólo requiere del paciente su decisión.

Se confunde el suicidio asistido con la eutanasia voluntaria. En ambos casos, el médico juega un papel causal importante y en ambos casos es el paciente quien toma la decisión, pero mientras en el primer caso el médico se limita a asistir al paciente suicida –por ej., le prescribe determinada medicación-, en el segundo él es directamente responsable por la muerte del paciente –administra una dosis letal de una droga-.

14. BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, «La eutanasia, distanasia y ortotanasia» Rubinzal-Cuzoni, Santa fe, 1992, pág. 181.

En los Estados Unidos, se advierten posturas disímiles. Algunos se manifiestan arduamente contra la legalización del suicidio asistido. Entre sus fundamentos, relativos a posibles abusos, se advierte sobre los ancianos, los pacientes asustados por la enfermedad y las personas depresivas de cualquier edad, que son potenciales víctimas a las que habría que proteger y se afirma que el juicio de las personas suicidas es el resultado de una depresión o de otra enfermedad mental. Otro sector, justifica el suicidio asistido, pero en determinadas circunstancias, siempre que la decisión sea racional, autónoma y no motivada por depresión.

3.2. SUICIDIO: CONFLICTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS.

La palabra suicidio procede del latín y se compone de dos términos: *sui*, «a sí mismo», y *caedere*, «matar». Etimológicamente significa «matarse a sí mismo». Este concepto, al ser demasiado amplio, es incapaz de aprehender todos los contenidos pertinentes, por lo que hay numerosas definiciones de suicidio.

En una síntesis de lo que se entiende por suicidio consumado, advertimos que en las definiciones existentes se pone siempre el acento en algún aspecto específico. Los criterios que con más frecuencia aparecen asociados en las definiciones de suicidio son los que se relacionan con la conciencia o inconsciencia del acto de darse muerte y con la voluntad y/o intencionalidad de ese acto.

En opinión de Gardella para que haya suicidio, «el sujeto debe buscar deliberadamente su muerte conociendo las consecuencias de su acto. En la mayoría de los casos, la intencionalidad es el aspecto más difícil de establecer y valorar, aunque también el elemento autolesivo lleva a realizar diferencias desde el punto de vista legal y psicológico, fundamentalmente en los accidentes».¹⁵

El suicidio, entendido como la acción de autoeliminarse, quitarse voluntariamente la vida, puede abordarse desde varios puntos de vista, entre ellos el religioso, el moral y el jurídico. Nos limitaremos a considerar el suicidio desde el punto de vista del agente y los dilemas éticos y legales que se plantean a su entorno y a los profesionales que lo asisten.

3.2.1. LICITUD DEL SUICIDIO. DISEÑO DOCTRINAL.

La primera cuestión doctrinal que se plantea apunta a dilucidar si existe un derecho o una facultad de «disponer» de la propia vida. Rivera sostiene que esta idea es inaceptable: nadie puede extinguir su propia vida, que es su bien supremo.¹⁶

También para Cifuentes —quien realiza un minucioso análisis histórico, moral y religioso sobre el rechazo hacia quienes se quitaban la vida—, el derecho de vivir es indisponible y el suicidio merece un repudio jurídico-religioso¹⁷. Este autor describe el pasaje de la punición del suicidio tentado o consumado, a la impunidad —aunque no tutelado por la ley ni elevado al rango de derecho subjetivo—, y luego hacia la posición de quienes postulan el «derecho a suicidarse». Y critica esta postura por cuanto el suicidio es contrario a las buenas costumbres (art. 953 Cód. Civ.) y en consecuencia indefendible jurídicamente. Dice Cifuentes que «no es delito por razones particulares, pero tampoco derecho ni facultad. Es un acto que carece de amparo legal, impedito aún por la fuerza, mirado con desfavor por el ordenamiento».¹⁸

Bueres coincide también con Cifuentes en que no existe un derecho ni una facultad para el suicidio.¹⁹

Las actuales legislaciones, sin embargo, no incriminan el suicidio, de modo tal que la tentativa no resulta punible. En cambio, se penaliza la instigación al suicidio o la ayuda para concretarlo, tanto si el suicidio se hubiera intentado o consumado (art. 83, Cód. Pen., vigente desde 1922)

La despenalización del suicidio, no implica la existencia de un derecho subjetivo a suicidarse o de una facultad jurídicamente protegida: no existe una tutela legal y «cualquiera puede interponerse, evitarlo, y nadie tiene el deber de abstenerse».²⁰

3.3. PROYECTO DE LEY SOBRE LA MUERTE DIGNA EN ARGENTINA

En el pronunciamiento del juez Pedro Hooft, que decretó el derecho del paciente Fausto Parodi a rechazar un tratamiento (amputación de la pierna para salvarle la vida), el fallo ordenó respetar su voluntad, y el paciente falleció luego de unos días. Este fallo resultó clave para promover el tema del derecho a rechazar determinadas intervenciones si el paciente considera que afectan su dignidad. Los médicos se enfrentan a diario con situaciones terminales y deben tomar decisiones trascendentes: prolongar o no tratamientos cuya única finalidad es estirar los días de vida de un paciente para el que no existe posibilidad de mejoría. Ante la carencia de un marco normativo que defienda al profesional —y sus parientes cercanos— que deciden

15. GARDELLA, Lorenzo A., «Suicidio», Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXV, Bs. As., pág. 946.

16. RIVERA, Julio César, «Instituciones de Derecho Civil. Parte General, T. II», Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 1222

17. CIFUENTES, Santos, «Derechos personalísimos», Astrea, Buenos Aires, pág. 259

18. CIFUENTES, Santos, «Derechos personalísimos», Astrea, Buenos Aires, pág. 270.

19. BUERES, Alberto J., «Responsabilidad civil de los médicos, t. I», Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pág. 243.

20. CIFUENTES, Santos, «Derechos personalísimos», Astrea, Buenos Aires, pág. 270.

interrumpir ciertos procesos terapéuticos, se ha planteado el debate, especialmente frente a las características de estos casos límite y a las fronteras legales.

Se trata de una cuestión delicada que afecta a principios de orden religiosos, filosóficos y éticos y que no resulta —a nivel legislativo— sin un debate previo en el que se expresen todos los sectores competentes capaces de aportar fundamentos a la cuestión y de llegar luego a un consenso social y comunitario para su aplicación.

En mayo de 1996, se celebró en la Cámara de Diputados de la Nación una audiencia pública donde participaron diputados, eticistas, jueces, médicos y religiosos en procura de un apoyo para la sanción de una norma que contemple el derecho de un enfermo terminal a tener una muerte digna. Los puntos principales del borrador del proyecto consensuado (entre cuatro proyectos presentados), que intenta diseñar el marco regulatorio sobre la autorización para rechazar tratamientos médicos destinados a prolongar la vida (muerte digna) son los siguientes:

- 1- Toda persona capaz que padezca una enfermedad terminal podrá oponerse a la aplicación de aquellos tratamientos clínicos o quirúrgicos que sean extraordinarios o desproporcionados a las expectativas de mejoría, en tanto produzcan dolor en forma reiterada o permanente y/o sufrimiento, sin perjuicio de continuar con las curas normales debidas al enfermo;
- 2- Se considerará enfermedad terminal a la enunciada en el diagnóstico del profesional, juntamente con el producido de una junta médica de especialistas y un psiquiatra perteneciente a un establecimiento oficial;
- 3- El paciente debe ser mayor de edad y estar en uso de sus facultades mentales. Debe expresar su decisión por escrito y la misma debe ser tomada libremente;
- 4- Ningún profesional médico estará sujeto a responsabilidad civil, penal, administrativa ni profesional, salvo que no hubiera obrado en conformidad a las previsiones legales;
- 5- Queda expresamente prohibido el ejercicio de la eutanasia activa (que el médico por acción u omisión provoque intencionalmente la muerte del paciente).

El proyecto unificado sólo incluye a los enfermos terminales que están lúcidos para tomar una decisión. Excluye a los menores, a quienes están inconscientes y a los familiares de los pacientes.

4. DERECHO A LA INTEGRIDAD PSICOFÍSICA

Etimológicamente, el término «integridad» proviene del latín *integritas*: integridad, entereza, calidad de intacto. Por integridad de la persona se entiende la correcta ordenación de las partes del todo, el equilibrio y la armonía entre las diversas dimensiones de la existencia humana necesarias para el buen funcionamiento de todo el organismo. La integridad de una persona se expresa en una relación equilibrada entre los elementos corporales, psicosociales e intelectuales de su vida, por la que ningún elemento es desproporcionado en relación con los demás. Y cada uno de ellos toma la delantera cuando el bien del conjunto así lo exige.²¹

Según Puccinelli el derecho a la integridad psicofísica —que abarca las esferas orgánica y psíquica— es el derecho fundamental que protege a la persona como unidad frente al atentado o la amenaza de agresiones corporales. En tal sentido, este derecho a la intangibilidad psicofísica provee defensas —recursos y acciones— frente a actos de terceros que pretenden afectar la integridad, ya se originen tales actos en particulares, en el propio sujeto o en el Estado.²²

Siguiendo a Puccinelli, desde el punto de vista del contenido, el derecho a la integridad comprende: a) el derecho a conservar todas las partes del cuerpo, lo cual impide mutilaciones no consentidas; b) el derecho a no ser torturado y no recibir tratos inhumanos; c) el derecho a no ser objeto de técnicas que afecten la autonomía de la psiquis, como el lavado de cerebro o la hipnosis; d) el derecho a ser respetado en las más profundas convicciones, en el honor, etcétera, y e) el correlativo deber de respeto de parte del estado y de los particulares.

4.1. PROTECCIÓN LEGAL

En nuestro país el derecho a la integridad psicofísica se encuentra protegido por disposiciones de derecho constitucional, internacional, penal y civil.

La normativa internacional vigente, de conformidad con la nueva Constitución, tutela el derecho a la integridad y respalda acciones para que se haga efectivo.

Esta protección emana de los siguientes instrumentos:

- 1) Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 5º: «1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos

21. PELLEGRINO, E., «La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica» Hammurabi, Bs. As. 1989.

22. PUCCINELLI, Oscar Raúl, «Derechos Humanos y sida», Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 283.

cruelles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

- 2) Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 5º: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».
- 3) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7º: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos».

El Código Penal sanciona el delito de lesiones, dolosas y culposas, causadas en el cuerpo o en la salud (arts. 89 a 94). En cuanto a su gravedad, el Código penal distingue las lesiones en leves o simples (art. 89), graves (art. 90) y gravísimas (art. 91), con agravantes (art. 92), con atenuantes (art. 93), regulando específicamente las lesiones culposas al establecer que: «Se impondrá prisión de (1) mes a dos (2) años o multa de \$1.000 a \$15.000 e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, al que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o la salud».

En el marco de la tutela del derecho civil, la protección se ejerce a través de la acción de daños, según la cual el resarcimiento consistirá en reponer las cosas en el estado anterior al daño –reparación en especie o *in natura*- salvo que fuera imposible, en cuyo caso se deberá indemnizar con dinero los daños ocasionados, mediante u equivalente pecuniario (art. 1083 Cód. Civ.). El artículo 1086, que regula el daño causado en el cuerpo o en la salud de otro (según descripción del Cód. Pen.) y que compromete el derecho a la integridad corporal, establece que: «Si el delito fuere por heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de la curación y la convalecencia del ofendido, y de todas las ganancias que éste dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento».

Finalmente, el artículo 1109 –clave del sistema que permite la reparación por daños- establece, con base en un factor subjetivo de atribución, que: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio».

4.1.1 DAÑO PSÍQUICO, PSICOLÓGICO Y MORAL.

Algunos de los temas de mayor incidencia –dentro del vasto tema de la incapacidad, entendida como toda alteración o enfermedad que afecta las aptitudes físicas o psíquicas y causa un daño patrimonial-, son el daño psíquico, el daño moral causado a personas afectadas o privadas de lucidez o aptitud cognoscitiva y el daño estético.

- El daño psíquico

Resulta innegable que la «integridad psíquica» de la persona es objeto de protección jurídica, de modo tal que toda lesión de la psique debe ser resarcida sin perjuicio de las lesiones corporales que el afectado haya sufrido o no, ya que cuerpo y psique son una unidad inescindible. El daño psicológico o psíquico, rubro autónomo del daño moral (aunque pueda provocarlo), supone una afección de lamente o una alteración de la personalidad, permanentes o transitorias. Su reconocimiento suscita efectos en la esfera patrimonial, en la extrapatrimonial, o en ambas, porque las afecciones del psiquismo pueden tener consecuencias tanto en el ánimo como en el patrimonio del afectado.²³

Zavala de González alude al «daño psíquico» en sentido amplio, es decir, «como una cierta clase de lesión inferida a la persona que constituye fuente de daños resarcibles», y dentro de esta perspectiva, el daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente».²⁴

- Daño psicológico y daño moral

El daño psicológico se remite a una perturbación psicofísica en un sujeto, que ese coloca entre la enfermedad y el pleno goce de salud, pero que no implica conformación patológica alguna en el sujeto que los padece.

El daño psíquico es una institución diferenciada del daño moral. La determinación del primero es objeto de la medicina legal: la valoración del daño y la fijación del monto indemnizatorio queda a cargo de los magistrados. La cuantificación de la afectación espiritual es establecida directamente por el juez de la causa.

23. IRIBARNE, Héctor Pedro, «De los daños a la persona», Ediar, Buenos Aires, 1993, pág. 165.

24. ZAVALA DE GONZÁLES, Matilde, «Daños a las personas. Integridad psicofísica», Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pág. 193.

4.2. CONSENTIMIENTO EFICAZ DEL PACIENTE

La regla general establece que nadie puede ser obligado a someterse a tratamientos médicos. Sin embargo, esta pauta reconoce excepciones. La ley 17.132 obliga al profesional a «asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga» (art. 19, inc. 2º) y a «respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo en los casos de inconsciencia, alienación, o la gravedad del caso no admitieran dilaciones» (art. 19, inc. 3º). En estos supuestos, el acto médico es lícito aun sin el consentimiento del paciente, e incluso contra su voluntad. En efecto, cuando se trata de persona que se cuestiona su salud mental, se admite la intervención coactiva (ley 170132, art. 19, inc. 2º y 3º). En este último caso la ley privilegia la vida y la seguridad de terceros en detrimento de la libertad del paciente.

4.2.1. CONSENTIMIENTO INFORMADO. DERECHO A RECIBIR LA INFORMACIÓN PERTINENTE.

A partir de las ideas de autonomía, del derecho a la integridad cuerpo-mente y del derecho a la salud, se desprende –como regla básica– que el profesional no puede realizar ningún examen o tratamiento sin obtener una decisión válida del paciente en pleno uso de sus facultades. Según Florencia Luna, una persona competente da su consentimiento informado cuando, provista de la información adecuada y sin coerciones, acepta seguir el tratamiento propuesto por su médico o someterse a algún tipo de experimentación. Da su rechazo informado cuando, poseyendo la información relevante del caso, la persona se niega a seguir tal tratamiento.²⁵

4.2.2. REQUISITOS: CAPACIDAD, VOLUNTARIEDAD E INFORMACIÓN MÉDICA.

- *Capacidad y ejercicio de la autonomía*

Algunas personas –especialmente los niños y ciertos enfermos mentales, sean o no interdictos– carecen de la aptitud cognoscitiva, volitiva y afectiva que les permiten actuar autónomamente. El estado de salud suele tener incidencia en la capacidad de decidir.

El requisito de la capacidad no debe entenderse como la capacidad legal –capacidad de hecho para realizar actos jurídicos–, sino como «la posibilidad de expresión de la voluntad, previa comprensión del acto médico y de sus consecuencias sobre la vida y la salud, de la facultad de comparar las ventajas alternativas, además de la posibilidad de sobreponerse al medio, la angustia y al nerviosismo que conlleva una situación de esta índole»²⁶.

La capacidad de decidir «por sí» debe entenderse como la aptitud cognoscitiva para entender la información, poder elegir autónoma y racionalmente lo conveniente a sus intereses (aceptar o rechazar una intervención médica con basamento en dicha información disponible).

- *Voluntariedad de la decisión*

El requerimiento de un consentimiento libre y consciente implica la voluntariedad de la aceptación. Para que la decisión sea voluntaria deben cumplirse ciertos requisitos: las condiciones internas de la voluntad exigen que el consentimiento se efectúe con discernimiento (aptitud para conocer), intención (voluntad para realizar un acto concreto), y libertad (la posibilidad de elegir espontáneamente entre varias opciones posibles) (art. 897, Cód. Civ.); es decir, que la voluntad no se encuentre viciada por ignorancia o error o, dolo, violencia o intimidación. Los requisitos externos aluden a la exteriorización de la voluntad (art. 913, Cód. Civ.).

- *Información médica*

El derecho a la información y su perfeccionamiento, el derecho a la comunicación, constituyen derechos humanos esenciales y básicos hasta el punto de que es imposible imaginar la vigencia práctica de cualquier otro derecho humano, sin asegurar previamente, sin asegurar previamente la comunicación.

La información constituye, en el ámbito de los consumidores de bienes y servicios profesionales, el objeto del deber jurídico del prestador: informar, advertir y aconsejar, con el fin de orientar el comportamiento de la otra parte. Se trata de una acción –e interacción– susceptible de producir efectos jurídicos tanto en la información del contrato (etapa precontractual) como durante su cumplimiento (etapa contractual). La cuestión está regulada preferentemente por el derecho contractual y apunta a garantizar la dignidad del prestatario y asegurar a usuarios y consumidores que la «obtención de bienes y servicios imprescindibles para la

25. LUNA, Florencia – SALLES, Arleen, «Decisiones de vida y de muerte», Sudamericana, Buenos Aires, 1995, pág. 45.

26. HIGHTON – WIERZBA, «La relación médico-paciente: el consentimiento informado», Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991, pág. 87.

satisfacción de sus necesidades vitales, no exija el sacrificio de derechos esenciales que hacen a su dignidad como ser humano»²⁷

El derecho a la información, como una manifestación del derecho constitucional a la vida y a la salud, constituye una derivación del derecho a la autodeterminación sobre el propio cuerpo en el marco del derecho a la autonomía (toda vez que sólo si se conocen los aspectos esenciales vinculados a la dolencia –y las opciones terapéuticas- puede tomarse una decisión consciente. El derecho a la información encuentra igualmente fundamento normativo en los preceptos constitucionales (arts. 42 y 43, const. Nac.), en normas civiles (principio de buena fe: art. 1198, cód. civ.), en la Ley de defensa del Consumidor (24.240) y en otras leyes especiales (leyes 17.132, 23.798, 21.004, 24.193), sin perjuicio de las normas deontológicas. El deber informativo adquiere así la garantía de todos los órdenes normativos.

En el contrato médico, según Mosset Iturraspe y Lorenzetti, «el deber de informar aparece como un deber implícito conjuntamente con otras obligaciones accesorias que el prestador ha de cumplir, con el objeto de obtener el asentimiento libre del acreedor. Esta obligación de informar –poner en conocimiento del otro contratante detalles y datos que le faciliten la toma de una decisión racional- se desenvuelve en el marco de una relación de servicio desequilibrada entre el acreedor del servicio –paciente- y el deudor –profesional experto en cuestiones científicas, que aporta competencia efectiva y discreción profesional». ²⁸

5. DERECHO AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Como regla, el médico debe contar con la decisión informada del paciente. Si se omite tal requisito, tratamiento médico puede llegar a considerarse arbitrario y acarrear incluso repercusiones penales y civiles.

En algunos casos, sin embargo, surgen limitaciones al requerirse el asentimiento voluntario, sea por falta de aptitud (incompetencia o inconsciencia), por razones de urgencia que limitan o impiden comunicar, o bien cuando el cumplimiento del deber de revelar resulta lesivo para el enfermo.

5.1. INCAPACIDAD PARA PRESTAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

En determinados casos, el paciente no puede prestar el consentimiento mediante. Se trata de pacientes en estado de inconsciencia o con pérdida permanente de la autonomía, o bien con una capacidad mermada para prestar su consentimiento. En pacientes psiquiátricos, tales supuestos son bastantes frecuentes. Estas limitaciones justifican la intervención médica, aún contra la voluntad del enfermo.

Tradicionalmente, los médicos decidían en nombre de los pacientes. La decisión se estructuraba según el juicio médico, con fundamento ético en el mejor interés del paciente. La doctrina del consentimiento informado, centrada en la decisión del paciente, estableció –ante la imposibilidad de que el interesado pueda consentir- un deber profesional de requerir el consentimiento del otro.

Si el paciente carece de capacidad cognitiva o, por su estado de salud, no está en condiciones de dar su consentimiento –imposibilidad psíquica-, el profesional de la salud –psiquiatra u otro especialista médico- debe requerirlo a los representantes legales (art. 19, inc. 3º, ley 17.132)

Un sector de la doctrina entiende que ante situaciones de urgencia, cuando el profesional advierte la imposibilidad del paciente para consentir, debe requerir la manifestación de voluntad a los representantes legales. Ante la falta de representantes legales instituidos, pueden prestar el consentimiento los parientes o las personas más próximas al enfermo.

En relación con el consentimiento del incapaz, afirman Highton y Wierzba que el consentimiento de un tercero debe pedirse, en principio, al padre, la madre, el cónyuge, el tutor, el curador, el hermano, el hijo, el pariente, la concubina, el amigo o aquél que acompañe y esté al lado del paciente en el momento de la atención médica. Las autoras dice que el consentimiento informado «por otro» debe ser apreciado con criterio amplio. Y señalan, para concluir, que no parece adecuado establecer ni una pauta de capacidad ni orden rígido para ello, por cuanto en la práctica, la asistencia y la preocupación constante de un determinado familiar por la salud de un paciente podría justificar que sea el llamado a asentir, aunque hubiera personas de parentesco más cercano.²⁹

En tanto no es infrecuente en el campo de la práctica psiquiátrica que haya intereses contrariados entre la «voluntad» del enfermo con afecciones mentales y la de su representante –especialmente el entorno familiar-, en estos casos debe darse intervención al sistema judicial para oír al paciente decidir acerca de la práctica propuesta por el médico, salvo que razones de urgencia en las cuales el profesional tiene que actuar bajo su responsabilidad profesional, en el mejor interés del enfermo.

27. MORELLO, A. – STIGLITZ, G., «Información al consumidor y contenido del contrato», en derecho del consumidor, Juris, Rosario, 1991, pág. 33.

28. MOSSET ITURRASPE, Jorge – LORENZETTI, Ricardo, «Contratos Médicos», La Rocca, Buenos Aires, pág. 148.

29. HIGHTON – WIERRZBA, «La relación médico-paciente: el consentimiento informado», Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991, pág. 91.

5.2. NEGATIVA AL TRATAMIENTO

La negativa a un tratamiento, luego de ser informado, no produce conflictos cuando los pacientes son capaces, lúcidos y no hay riesgo de vida. Las complicaciones aparecen cuando el rechazo conduce al agravamiento de la salud o a la muerte. La actitud del enfermo que no consciente contraría el deber médico de atender la salud del paciente. Entran en tensión el derecho a rechazar un tratamiento, frente al que privilegia el derecho al tratamiento (deber de atender la salud).

La renuncia al tratamiento puede obedecer a diferentes razones: una valoración distinta del costo-beneficio (por ejemplo, si se trata de los efectos adversos de la medicación), motivos religiosos, culturales, creencias y valores. En otro contexto, la negativa tiene una base clínica: la enfermedad mental (aquellos enfermos que niegan su patología y por ende la necesidad de tratarse), lo que justifica que ciertos pacientes psiquiátricos deban ser asistidos contra su voluntad o coactivamente.

5.2.1. LA NEGACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN NUESTRO DERECHO

El paciente lúcido y autónomo tiene la posibilidad de negarse. Esta actitud del enfermo puede afectar su propio interés y el de terceros (familiares, médicos, entidades asistenciales). No cabe, sin embargo, neutralizar su oposición por la fuerza ni por autorización judicial. La negativa del paciente quita legitimidad al acto médico: el acto compulsivo frente a esta postura negativa implica antijuridicidad, según Mosset Iturraspe.³⁰

En síntesis, la cuestión puede analizarse desde dos puntos de vista fácticamente diferentes: a) el enfermo lúcido con grave riesgo de afectación de su salud o peligro de muerte: el derecho a rehusar es incuestionable, y b) los pacientes imposibilitados de expresar su voluntad o cuya aptitud psíquica puede ser cuestionada o en inexistente: la negativa es irrelevante, debe recurrirse a una decisión sustituta.

- Norma aplicable

El artículo 19, inciso 3º de la ley 17.132 (Ley de Ejercicio de la Medicina), con vigencia sólo en el ámbito nacional, establece que hay que respetar «la voluntad del paciente cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causas de accidente, tentativa de suicidio o de delitos». Esta exigencia se incrementa cuando se trata de operaciones mutilantes, respecto de las cuales se requiere «conformidad por escrito del enfermo», requisito que luego se reproduce para los supuestos de trasplantes de órganos (leyes 21.541 y 24.193).

5.2.2 NEGATIVA AL TRATAMIENTO DE PERSONAS CON AFECCIONES MENTALES

En nuestro país, el tema carece de una regulación normativa específica que brinde fundamento legal a la excepción de la regla de no intervención. El artículo 19, inciso 5º (ley 17.132) obliga al médico a «promover la internación en establecimientos públicos o privados de las persona que por su estado psíquico o por trastornos de su conducta signifiquen un peligro para sí mismas o para los demás». La norma del artículo 19, inciso 3º de la ley 17.132 expresa que hay que respetar «la voluntad del paciente cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de alienación mental...tentativa de suicidio»...Esta preceptiva, vinculada con el artículo 482 del Código Civil –que regula la internación psiquiátrica involuntaria-, legitima cualquier intervención. Es virtualmente imposible probar la arbitrariedad cuando el acto médico ha sido antijurídico o innecesario.

La norma se refiere a «alienación mental» y «tentativa de suicidio». La alienación fue un término en boga durante el siglo XIX y englobaba locura, demencia o psicosis y trastornos graves. Hoy es una terminología anacrónica.³¹ En cuanto al suicidio, es primordial la lucha y la prevención a su respecto, puesto que, en la mayoría de los casos, no se trata de un acto impulsivo y súbito, ni inevitable. Sin embargo, la terminología aludida es demasiado vaga y generalizadora. No sirve para la prevención concreta, y en cambio permite dotar de licitud a toda intervención forzosa.

5.3. EXCEPCIÓN AL NIVEL DE INFORMACIÓN

Un supuesto que autoriza a prescindir del deber de información se presenta cuando, está científicamente contraindicado que el paciente tome conocimiento de sus dolencias.

La decisión de ocultar es una cuestión delicada y debe siempre orientarse al interés del enfermo.

Ataz López estima que, salvo la omisión de información por motivos terapéuticos (información perjudicial para el enfermo), no parece que al médico le corresponda decidir por el paciente, quien debe juzgar si desea o no conocer su propia situación. Cuando el profesional considera que la información puede afectar al

30. MOSSET ITURRASPE, Jorge, «Responsabilidad civil del médico», Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 170.

31. VIDAL – ALARCON – LOLAS, «Enciclopedia Iberoamericana de Psiquiatría», Micropedia I, pág. 32.

paciente, debe proporcionarla completa a los parientes, que son quienes tienen que consentir cuando el enfermo no puede hacerlo.³²

También Jorge Barreiro acepta que, en los casos de información perjudicial, el médico puede abstenerse de cumplir con el deber de informar, y señala que, en tales casos, se produce un conflicto entre el derecho de autodeterminación del enfermo y el interés médico de proteger su vida y su salud, valores que poseen normativamente, prioridad sobre la libertad del paciente.³³

5.4. CONSENTIMIENTO PRESUNTO

En los casos de urgencia extrema se impone la intervención sin consentimiento, aun contra la voluntad del enfermo. El profesional queda dispensado de cumplir el requisito de obtenerlo. Se trata de un supuesto de consentimiento presunto implícito, que adquiere vigencia cuando cabe presumir que el enfermo, en ese momento inconsciente o seriamente afectado, hubiera aceptado –en condiciones normales- el acto médico. La citada presunción justifica que el profesional intervenga siempre que actúe en beneficio del paciente.

Ante la falta de capacidad, o ante limitaciones importantes, el derecho se traslada, de ser posible, a los parientes, amigos o allegados.

En otras situaciones, frente a hipótesis de extrema urgencia que impiden por completo cumplir con el deber de informar y obtener el consentimiento informado (por falta de parientes o allegados, o de tiempo para requerir su consentimiento) se dispensa el deber de revelar, en cuyo caso, el consentimiento es sustituido por la decisión del médico con la premisa de indagar, si es posible, cuál hubiera sido la voluntad del enfermo de haber podido exteriorizarla.

5.5. INCAPACIDAD DEL PACIENTE. REPRESENTACIÓN

El paciente está imposibilitado de consentir:

- a- Por inmadurez: Razones de edad;
- b- Por afecciones psíquicas: se trata de aquellos pacientes que padecen de una enfermedad mental permanente que le inhibe la posibilidad de entender y desear el tratamiento, más allá de la calificación legal de capacidad;
- c- Por una situación de inconsciencia accidental y transitoria, cualquiera fuese la causa y en tanto no recupere su lucidez (art. 921), Cód. Civ).

En principio, nuestro código civil presume la salud mental, salvo prueba en contrario (art. 3616): la incapacidad es la regla (arts. 52 y 53, Cód. Civ.)

En estos casos –salvo razones de urgencia que no admitan demora por la inminencia de riesgo de daño o peligro vital- el deber de información se transfiere a los parientes o allegados al enfermo, quienes deben prestar el asentimiento sustituto.

6. LA PROTECCIÓN DEL ENFERMO MENTAL

El paciente psiquiátrico suele ser un exponente paradigmático de hiposuficiencia jurídica. Esta situación tiende con frecuencia a agravarse, cuando el afectado ha sido involuntariamente internado. La dependencia del «paciente -enfermo mental- profano» respecto del «profesional –experto- dotado de poder fáctico» tiene una significación mayor que la de un paciente con dolencias físicas.³⁴

El enfermo mental está expuesto, discriminado y desprotegido por el sistema legal argentino actual. La privación de los derechos fundamentales de los pacientes internados involuntariamente es habitual, sea en establecimientos públicos o privados.

La realidad nos muestra que los derechos fundamentales de los enfermos mentales no se respetan.

6.1. LOS PRINCIPIOS DE SALUD MENTAL

En 1989, luego de un prolongado y complejo proceso, la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías presentó ante la comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas un conjunto de principios y garantías para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la salud mental.

Los Principios de Salud Mental establecen que todas las personas que «padezcan una enfermedad mental, o que estén siendo atendidas por esta causa serán tratadas con humanidad y respeto por la dignidad inherente a la persona humana».

Asimismo, instituyen normas de fondo y de forma para evitar las internaciones arbitrarias y abusivas. Entre las primeras, se determina que nadie puede ser internado involuntariamente ni retenido como paciente

32. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «Los médicos y la responsabilidad civil» Tecnos, Madrid, 1989, pág. 71

33. JORGE BARREIRO, Agustín, «La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica», Tecnos, Madrid, 1990, pág. 93

34. KRAUT, Alfredo Jorge, «Responsabilidad profesional de los psiquiatras», La Rocca, Buenos Aires, 1991, pág. 37.

involuntario, salvo que se acredite que «por causa» de la enfermedad mental –decretada por un médico autorizada y calificada por la ley, según estándares internacionales- corra un riesgo, grave, inmediato e inminente, de damnificarse o de dañar a otras personas, o cuando la internación se vuelva imprescindible para un tratamiento que sólo puede brindarse en el seno de una institución, o cuando la enfermedad mental se grave y la capacidad de juicio esté afectada, caso en que se justifica el internamiento a fin de evitar «un deterioro considerable de su condición».

Las garantías procesales establecen que toda persona recluida involuntariamente tiene derecho a un «defensor que lo represente en todos los procedimientos», a solicitar y presentar «un dictamen independiente sobre su salud mental cualesquiera otros informes y pruebas», debiéndosele «proporcionar al paciente y a su defensor copia del expediente del paciente y de todo informe o documento que deba presentarse.»

En los Principios de Salud Mental se dice, además, que «todo paciente tendrá derecho a ser tratado en ambiente lo menos restrictivo posible y alterador (intrusivo) posible, que corresponda a sus necesidades de salud a la necesidad de proteger la salud física de terceros», «a vivir y trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad», y que todo tratamiento que le sea suministrado sea «adecuado a sus antecedentes culturales» y «destinado a preservar y fomentar su independencia personal».

En lo que hace al derecho de tratamiento, debe estimularse al paciente para que acepte voluntariamente su internación, cuando ésta sea necesaria, y tenga derecho «a la mejor atención disponible en materia de salud mental, basada en un plan prescripto individualmente», examinado con el paciente, siendo revisado (o actualizado) periódicamente, modificado llegado el caso y administrado por personal profesional calificado». No se administrará ningún tratamiento a un paciente sin su consentimiento informado, salvo las excepciones establecidas en los mismo Principios».

Los Principios de Salud Mental incorporan garantías para proteger el derecho a ser diferente, al establecer que «la determinación de una enfermedad mental no se efectuará nunca fundándose en la condición política, económica o social, en la filiación a un grupo cultural, racial o religioso, o en cualquier otra razón que no se refiera directamente al estado de la salud mental» y que los conflictos familiares o profesionales, o la falta de conformidad con los valores sociales, morales, culturales o políticos, o con las creencias religiosas dominantes en la comunidad, de un persona, en ningún caso constituirán un factor determinante de diagnóstico de enfermedad.

De igual modo se señalan que las personas que reciben tratamientos de salud mental tienen el derecho de estar protegidas de «cualquier daño, incluidos la administración injustificada de medicamentos, los malos tratos por parte de otros pacientes, del personal o de otras personas, u otros actos que causen ansiedad mental o molestias físicas».

6.1.1. VALOR JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS

Una de las dificultades de aplicación de los Principios es su naturaleza normativa no obligatoria –puesto que no se trata de tratado ni de una convención-. En tal sentido, se los reconoce por su carácter de «derechos blando» o bien de «derecho guía o modelo».

7. Conclusión

Como conclusión de esta investigación podemos decir que, el paciente se encuentra en una posición débil con respecto al resto de la sociedad, por su situación de enfermedad sea ésta pasajera o permanente. Es por esto que necesitan de la protección de derechos concretos y específicos que pongan en resguardo su salud, su integridad física y su salud mental.

También debe ponerse en resguardo su salud física, ya que en muchos casos los pacientes son internados por una determinada dolencia, y adquieren por medio del contagio otras enfermedades que con anterioridad no padecían, consecuencia de la internación en un establecimiento sanitario.

El hospital público está en decadencia: no hay insumos para atender a los pacientes y no hay suficientes habitaciones para aislar a pacientes que padecen enfermedades de alta infecciosidad, de otros cuyo sistema inmunológico se encuentra debilitado. Abunda la burocracia, la cual se traduce en trabas para aliviar las dolencias de los pacientes, los cuales deben soportar la desorganización y la falta de humanidad del sistema

Los pacientes, por su condición de enfermos, se encuentran en desigualdad de condiciones con el resto de la comunidad y, paradójicamente, el sistema sanitario nacional y el Estado los condena a sumirse en sus dolencias, en lugar de otorgarles un tratamiento rápido, efectivo y humano, para que su sufrimiento se alivie y no tengan que soportar en carne propia la deshumanización del sistema.

Con relación a la dignificación de la muerte en Argentina, estamos de acuerdo en que debe implementarse la ortotanasia y castigarse la eutanasia activa, como delito de homicidio simple. Legitimar la práctica de la ortotanasia, llevaría a que los profesionales médicos y los familiares de los pacientes, no tengan problemas de responsabilidad civil ni penal. Proponemos, también, que se reglamente la aplicación de drogas que tienen la función de aliviar el dolor del enfermo y, a la vez, el efecto secundario de acortar la vida (tal es el caso de los calmantes, como la morfina, que tienen como efecto la depresión respiratoria).

El Proyecto de ley sobre los Derechos de los Enfermos Terminales (1996) (ver anexo) implica un adelanto en materia de dignificación de la muerte en Argentina y respetar el derecho de autonomía de los pacientes en contraposición al deber de los médicos de retrasar la muerte a cualquier costo, aunque esto signifique el dolor y el sufrimiento del enfermo que padece una afección terminal. Estamos de acuerdo en que el proyecto debería convertirse en ley, aunque debemos poner de manifiesto algunas críticas como por ejemplo:

- Debería autorizar expresamente la práctica de la ortotanasia. Así los profesionales médicos no se encontrarían desprotegidos en el caso que el paciente o sus familiares optaran por esta práctica. De esa forma se reglamentarían un montón de situaciones que en la realidad cotidiana se llevan a la práctica en forma clandestina por la falta de amparo de una ley que resguarde al médico, a los parientes del paciente, y al paciente mismo.
- Debería prohibir la eutanasia activa y castigar a aquellos que la practican, con pena privativa de la libertad.
- En el artículo 3º existen muchas responsabilidades para el profesional médico. En nuestra opinión consideramos que si el paciente es mayor de edad y se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales, el médico no debería estar tan pendiente de la decisión del paciente de negarse a someterse a un tratamiento médico o quirúrgico. El profesional médico debe lidiar con muchas otras situaciones que le consumen todo su tiempo y sería injusto exigirle la constatación de todos los requisitos que les imponen los incisos del artículo 3º. Consideramos que sólo debería constatar si es mayor de edad y si está en pleno uso de sus facultades mentales. En cambio si el paciente no es mayor de edad o no está en pleno uso de sus facultades mentales deberá constatar que el representante del paciente tome una decisión consiente y deberá informarle las ventajas y desventajas de la decisión que tome.

Con respecto a los enfermos mentales, nuestro sistema legal no cuenta con un estatuto especial para la protección de sus derechos. Y con relación los Principios de Salud Mental (ver pág. 39), este tipo de documentos suelen ser ignorados o desconocidos por los tribunales, y no se los considera vinculantes para el Estado. De modo que, sin perjuicio de reconocer el gran valor del contenido de los Principios, sería importante iniciar un proceso que lleve a transformarlos en una convención o tratado, tal como los que ya existen en el ámbito de la lucha contra la discriminación racial, sobre los derechos del niño o la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que una vez incorporados el derecho interno pueden adquirir mayor eficacia.

Bibliografía

- 1) MOSSET ITURRASPE, Jorge, (23-10-1996): «*Los daños en una economía de mercado*». J.A.
- 2) CIFUENTES, Santos. (1992): «*Derechos personalísimos.*» Ed. Abeledo-Perrot. Buenos aires.
- 3) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, (1990): «*Daños a las personas. Pérdida de la vida humana*». Ed. Hammurabi. Buenos Aires.
- 4) SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo – TEJADA RUIZ, Claudia Patricia, (1994): «*Responsabilidad civil del Estado en la prestación de servicios médicos asistenciales*». Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Sta. Fe de Bogotá.
- 5) ALBANESE, Susana, (1991-D-77): «*El amparo y el derecho adquirido a una mejor calidad de vida*». L.L.
- 6) LLOVET, Juan José, (1993): «*Salud y Derechos humanos*». Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- 7) BIDART CAMPOS, Germán, (1985): «*Estudios Nacionales sobre la Constitución y el Derecho a la Salud. Argentina., Ed. Astrea. Buenos Aires.*
- 8) KOTTOW, Miguel, (1993): «*Bioética y Sociedad*». Ed. Hammurabi. Buenos Aires.
- 9) CARNOTA, Walter, (20-VII-1988): «*Proyecciones del derecho humano a la salud*». E.D.
- 10) SAGÜÉS, Néstor Pedro, (1993): «*Elementos de Derecho Constitucional*». T. 2, Ed. Astrea. Buenos Aires.
- 11) BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, (1992): «*La eutanasia, distanasia y ortotanasia*». Ed. Rubinzal-Cuzoni. Santa fe.
- 12) GARDELLA, Lorenzo A. ,(1980): «*Suicidio*». Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXV. Buenos Aires.
- 13) RIVERA, Julio César, (1994): «*Instituciones de Derecho Civil. Parte General, T. II*». Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- 14) BUERES, Alberto J., (1992): «*Responsabilidad civil de los médicos, t. 1*». Ed. Hammurabi. Buenos Aires.
- 15) PELLEGRINO, E., (1989): «*La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica*». Ed. Hammurab., Buenos Aires.
- 16) PUCCINELLI, Oscar Raúl, (1995): «*Derechos Humanos y sida*». Ed. Depalma. Buenos Aires.
- 17) IRIBARNE, Héctor Pedro, (1993): «*De los daños a la persona*». Ed. Ediar. Buenos Aires.
- 18) ZAVALA DE GONZÁLES, Matilde, (1990): «*Daños a las personas. Integridad psicofísica.*», Ed. Hammurabi. Buenos Aires.
- 19) LUNA, Florencia – SALLES, Arleen , (1995): «*Decisiones de vida y de muerte*». Ed. Sudamericana. Buenos Aires.
- 20) HIGHTON – WIERZBA, (1991) «*La relación médico-paciente: el consentimiento informado*». Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires.
- 21) MORELLO, A. – STIGLTZ, G., (1991): «*Información al consumidor y contenido del contrato*». Ed. Universidad. Rosario.
- 22) MOSSET ITURRASPE, Jorge – LORENZETTI, Ricardo, (1995): «*Contratos Médicos*». Ed. La Rocca. Buenos Aires.
- 23) MOSSET ITURRASPE, Jorge, (1985): «*Responsabilidad civil del médico*». Ed. Astrea. Buenos Aires.
- 24) VIDAL – ALARCON – LOLAS, (1990): «*Enciclopedia Iberoamericana de Psiquiatría*». Ed. Micropedia I. Madrid.
- 25) ATAZ LÓPEZ, Joaquín, (1989): «*Los médicos y la responsabilidad civil*». Ed. Tecnos. Madrid.
- 26) KRAUT, Alfredo Jorge, (1991): «*Responsabilidad profesional de los psiquiatras*». Ed. La Rocca. Buenos Aires.
- 27) JORGE BARREIRO, Agustín, (1988): «*La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*». Ed. Tecnos. Madrid.
- 28) BOBBIO, N. (1991): «*Presente y porvenir de los derechos humanos*». Ed. Sistema. Madrid.
- 29) LORENZETTI, Ricardo, (1997): «*La responsabilidad en la tecnología*». Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- 30) ZABALA DE GONZÁLEZ, Matilde, (1990): «*Daños a las personas. Pérdida de la vida humana*» Ed. Hammurabi. Buenos Aires.
- 31) KRAUT, Alfredo, (1997): «*Los derechos de los pacientes*» Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- 32) ZAFFARONI, E. (1973): «*Consentimiento y lesión quirúrgica*» Ed. Doctrina
- 33) FERNÁNDEZ COSTALES, J. (1977): «*El contrato de servicios médicos*». Ed. Civitas. Madrid.

Anexo

PROYECTO DE LEY SOBRE DERECHOS DE LOS ENFERMOS TERMINALES (MARZO 1996)

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.

Artículo 1º.- Toda persona mayor de edad que padezca una enfermedad incurable, irreversible o terminal, patológica o juzgada para él inaceptable, tiene el derecho de oponerse al empleo de todos los tratamientos médicos o quirúrgicos que prolonguen su existencia, que le produzcan dolor, sufrimiento y/o angustia, sujeto a las disposiciones de la presente ley.

Asimismo se podrá solicitar la interrupción de los tratamientos médicos o quirúrgicos que sólo le causen un grave perjuicio económico, en el marco del primer párrafo del presente artículo y cumplidos los requisitos previstos en el artículo 3º.

Artículo 2.- A los fines de la presente ley, se entenderá por

- a) Enfermedad: Todo daño o deterioro de las capacidades mentales o físicas.
- b) Profesional médico: El profesional autorizado y facultado para ejercer la medicina conforme a la ley que regula su ejercicio.
- c) Enfermedad incurable, irreversible o terminal: La que de acuerdo a un criterio médico razonable, producirá, en condiciones normales, la muerte del paciente.

Artículo 3º.- Un profesional médico podrá cumplir con la negativa del paciente a someterse a tratamientos médicos o quirúrgicos que prolonguen la existencia y le produzcan dolor, sufrimiento y/o angustia si se cumplen los siguientes requisitos en su totalidad:

- a) Que el paciente haya alcanzado la mayoría de edad.
- b) Que al profesional médico le conste que
 - el paciente padece una enfermedad que, en circunstancias normales sin la aplicación de tratamientos médicos o quirúrgicos que le produzcan dolor, sufrimiento y/o angustia se producirá su muerte.
 - en base a un criterio médico adecuado, no existe ningún tratamiento médico aceptable para el paciente que pueda ser razonablemente aplicado con el propósito de alcanzar su curación.
- c) Que un segundo profesional médico, que no sea familiar, empleado o miembro del mismo servicio médico que el profesional que lo estuviera atendiendo y un profesional médico psiquiatra, hubiesen examinado al paciente confirmando:
 - el diagnóstico del profesional que estuviera atendiendo al paciente con respecto a la existencia y gravedad de la enfermedad.
 - que exista la posibilidad de que el paciente muera como consecuencia de la enfermedad.
 - el informe del profesional médico que estuviera atendiendo al paciente.
 - que el paciente no estuviera atravesando por una depresión con tratamiento clínico relacionada con la enfermedad.
- d) Que la enfermedad le cause al paciente un gran dolor, sufrimiento y/o angustia.
- e) Que el profesional médico le haya informado al paciente sobre la naturaleza de su enfermedad y su probable evolución, así como el tratamiento médico, incluyendo el asesoramiento y el apoyo psiquiátrico y las medidas adecuadas para mantener con vida al paciente, que resultaren disponibles.
- f) Una vez que él reciba la información mencionada en el inciso e), que el paciente indique al profesional médico que no quiere someterse al tratamiento por él indicado.
- g) Que al profesional médico le conste que el paciente ha considerado las posibles consecuencias de su decisión con respecto a su familia.
- h) Que al profesional médico le conste, que el paciente se encuentra en pleno ejercicio de sus facultades mentales y que la decisión de no someterse a tratamientos ha sido adoptada en forma libre, voluntaria y después de un adecuado análisis.
- i) Que el paciente o una persona que actúa en su nombre, de acuerdo al artículo 4º, hubiese firmado –no antes de 7 días contrados a partir de que el paciente hubiese hecho a su profesional médico las indicaciones mencionadas en el inciso f) de este artículo, la parte del certificado de solicitud que debe ser completada por el paciente o en su nombre.
- j) Que el profesional médico haya sido testigo de la firma del certificado de solicitud por parte del paciente o de la persona que firmó en su nombre y que haya completado y firmado la declaración contenida en el certificado.
- k) Que el certificado de solicitud haya sido firmado en presencia del paciente y del profesional que lo estuviera atendiendo por otro profesional médico una vez que dicho profesional haya analizado el caso

con el primero y paciente, y que le conste, la validez del certificado, el pleno ejercicio de las facultades mentales del paciente y que el mismo ha tomado la decisión de no continuar con los tratamientos, en forma libre y voluntaria y después de un debido análisis y que las condiciones mencionadas han sido cumplidas.

- l) Que el acuerdo del inciso n), cuando resulte necesaria la presencia de un intérprete para la firma del certificado de solicitud, dicho certificado haya sido firmado por el intérprete confirmando que el paciente ha comprendido el contenido de la solicitud de asistencia.
- m) Que al profesional médico le conste razonablemente que él, los profesionales médicos que confirman el diagnóstico o un familiar o asociado de uno de ellos, no obtendrán ningún beneficio económico en forma directa o indirecta como consecuencia de la posible muerte del paciente.
- n) Que hubieran transcurridos, por lo menos 48 horas desde la firma del certificado de solicitud ya completado.
- o) El profesional médico debe hablar el mismo idioma que el paciente, a menos que esté presente en el momento de las comunicaciones y la firma del certificado de solicitud en nombre del paciente, un intérprete con un nivel de acreditación otorgado por autoridad competente en la materia.

Artículo 4º.- si el paciente, que padece una enfermedad incurable, irreversible o terminal, que ha solicitado a su profesional médico que no quiere someterse a tratamientos médicos o quirúrgicos que prolonguen su existencia, que le produzcan dolor, sufrimiento y/o angustia, no estuviera en condiciones físicas de firmar el certificado de solicitud, cualquier persona que sea mayor de edad, exceptuando a los profesionales médicos mencionados en la presente ley, o persona que reciba un beneficio económico en forma directa o indirecta como resultado de la muerte del paciente, podrá a pedido del paciente y ante la presencia de un oficial de justicia, y cuando se hubiera utilizado un intérprete, también la presencia del intérprete, firmar el certificado en nombre del paciente.

Artículo 5º.- Toda persona que firme un certificado de solicitud a nombre de un paciente perderá todos los beneficios económicos o de otra naturaleza que la persona obtendría en forma directa o indirecta, como resultado de la posible muerte del paciente.

Artículo 6º.- Un paciente puede anular la solicitud de oponerse a los tratamientos médicos o quirúrgicos que prolonguen su existencia, que le produzcan dolor, sufrimiento y/o angustia conforme a la presente ley en cualquier momento de cualquier manera.

Cuando un paciente anulara una solicitud, el profesional médico del paciente deberá, tan pronto como sea posible, destruir el certificado de solicitud y anotar en el hecho en la historia clínica del paciente.

Artículo 7º.- Será reprimido con prisión de 4 a 12 años, el que mediante engaño o influencia indebida, procura la firma o la testificación de un certificado de solicitud de oposición a someterse a los tratamientos médicos o quirúrgicos que prolonguen la existencia, que produzcan dolor, sufrimiento y/o angustia.

Artículo 8º.- Toda persona declarada culpable del delito mencionado en el artículo anterior, perderá todos los derechos económicos o de otra naturaleza que la persona obtendría en forma directa o indirecta, como resultado de la muerte del paciente, fuera o no la muerte el resultado de la no aplicación de los tratamientos médicos o quirúrgicos que prolonguen su existencia, que le produzcan dolor, sufrimiento y/o angustia.

Artículo 9.- Todo profesional médico que conforme a la presente ley, no someta al paciente a los tratamientos médicos o quirúrgicos que prolonguen su existencia, que le produzcan dolor, sufrimiento y/o angustia, por expresa solicitud de éste, conservará la siguiente documentación como parte de la historia clínica del paciente:

- a) Diagnóstico de la enfermedad del paciente y su posible evolución.
- b) Nota de toda solicitud oral del paciente de no someterse a los tratamientos médicos o quirúrgicos que prolonguen su existencia, que le produzcan dolor, sufrimiento y/o angustia.
- c) El certificado de solicitud.
- d) Registro de la opinión del profesional médico del paciente con respecto al estado mental del paciente en el momento de firmar el certificado de solicitud y una certificación de la opinión del profesional médico de que la decisión del paciente fue adoptada en forma libre, voluntaria y después de un debido análisis.
- e) El informe de los profesionales médicos que confirman su diagnóstico.
- f) Una nota del profesional médico del paciente:
 - que certifique la independencia de los profesionales médicos aludidos en el artículo 3º, inciso II), y la idoneidad del profesional médico del paciente.
 - Que indique que todos los requisitos de la presente ley han sido satisfechos.
 - Toda otra información que sea relevante para el caso.

Artículo 10.- Será nula toda cláusula testamentaria o contractual realizada después de la entrada en vigencia de la presente ley, en la medida que afecte la presentación o anulación de la solicitud de negarse a someterse a los tratamientos médicos o quirúrgicos que prolonguen su existencia, que le produzcan dolor,

sufrimiento y/o angustia.

Artículo 11.- Una obligación debida conforme a un contrato, independiente de que fuere realizada con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, no estará condicionada ni será afectada por la prestación o anulación de la solicitud prevista en esta ley.

Artículo 12.- Ninguna persona estará sujeta a una acción civil o penal o una acción de ejercicio profesional por un acto realizado de buena fe y sin negligencia, sujeto a las disposiciones de la presente ley.

PROYECTO DE LEY

DERECHOS DE LOS PACIENTES (1995)

Artículo 1º.- Los derechos de los pacientes se regirán por las disposiciones de la presente ley en todo el territorio de la República, sin perjuicio de la aplicación en las provincias y en la Ciudad de Buenos Aires de otras leyes, cuando las mismas otorguen mayores garantías a aquellos

Los derechos enunciados en la presente ley no excluyen los reconocidos por leyes especiales en la materia.

Los derechos de los pacientes menores hasta la edad de dieciocho (18) años, y de los incapaces, serán ejercidos por sus representantes legales.

Artículo 2º.- Las disposiciones de la presente ley son aplicables a los profesionales del área de la salud y a los establecimientos asistenciales.

Artículo 3º.- Los derechos reconocidos en la presente ley deben ser informados al paciente con las explicaciones complementarias o aclaratorias que fueren necesarias.

Todos los establecimientos y centros asistenciales de salud, públicos o privados, con internación, deberán exigir en forma visible el texto de la presente ley.

Artículo 4º.- Todas las informaciones que en virtud de la presente ley los profesionales del área de la salud deban proporcionar a los pacientes serán brindadas en términos claros y adecuados a su nivel de comprensión y estado psíquico, teniendo en cuenta sus características personales, a efectos de que al prestar su consentimiento, lo haga debidamente informado.

Exceptúanse las situaciones de urgencia con riesgo vital inmediato y estados de inconsciencia o alienación mental, en los que se informará a los familiares o representantes legales en forma prevista en el párrafo anterior.

En todos los casos, deberá dejarse constancia por escrito, firmando ambas partes.

En los supuestos de intervención judicial se informará, además, a la autoridad competente.

Artículo 5º.- Todo paciente tiene derecho a aceptar o rechazar la realización de cualquier práctica terapéutica, internación o intervención manifestando su voluntad mediante firma en su historia clínica. Quedan exceptuadas las situaciones de urgencia con riesgo vital inmediato y estados de inconsciencia o alienación mental.

Artículo 6º.- En el ejercicio de sus derechos los pacientes no deben ser discriminados por sus ideas, opiniones políticas o de cualquier otra índole, condición socioeconómica o cultural, patologías, sexo u orientación sexual, edad, discapacidad, nacionalidad, raza, idioma, religión, ni por cualquier otra condición de acuerdo a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que la República Argentina es parte o en el futuro se haga parte.

Artículo 7º.- Todo paciente tiene derecho a elegir libremente al profesional en el área de salud y/o al establecimiento asistencial que considere adecuado para su atención, dentro de las posibilidades que ofrezca su obra social, entidad de medicina prepaga, o el sistema público de salud.

Artículo 8º.- En oportunidad de la primera atención o ulteriores de ser necesarias, el profesional en el área de salud informará al paciente acerca del estado de su salud y/o estudios que deberán realizarse a los fines de un adecuado diagnóstico y pronóstico, de los riesgos que involucran y de las consecuencias que podría acarrear su omisión.

Artículo 9.- Realizados los estudios y hallándose el profesional en el área de la salud en condiciones de diagnosticar, informará al paciente, familiar o representante legal sobre su estado actual, respecto del tratamiento aconsejable, sus riesgos, naturaleza, ventajas y desventajas, duración estimada y posibilidades de tratamientos alternativos con los detalles precedentemente señalados.

Artículo 10.- Si el profesional en el área de la salud indicase la internación, deberá informarle al paciente, el tiempo estimado de internación, los logros y limitaciones conocidos según el actual desarrollo de la ciencia médica en la correspondiente especialidad, las estadísticas generales en la materia, si las hubiere y demás informaciones adecuadas.

Si se indicase una intervención quirúrgica deberá informársele, además, su naturaleza y fines, ventajas y desventajas y eventuales complicaciones.

En la vista preanestésica, el médico anesestesiólogo deberá informar acerca de las técnicas de administración a utilizar en el acto quirúrgico, acciones farmacológicas, contraindicaciones, precauciones y eventuales complicaciones.

Artículo 11.- En el momento de otorgar el alta de internación, el profesional en el área de salud, responsable a cargo, deberá informar al paciente el pronóstico de evolución. La información respecto del tratamiento a seguir se regirá por lo dispuesto en el artículo 9º.

Artículo 12.- Todo paciente tiene derecho, durante la internación, a consultar a su médico personal o a otro profesional de la salud, pertenezca a o no al establecimiento asistencial, quién podrán –previa comunicación al médico de cabecera- tomar conocimiento del caso, efectuar interconsultas y emitir opinión, así como realizar todo acto médico que considere oportuno con autorización, en este último supuesto, del establecimiento asistencial.

Artículo 13.- Todo paciente tiene derecho a tomar conocimiento y obtener copias de su historia clínica, así como de los informes, registros de tratamientos indicados, estudios análisis –cumplidos o no-, sus resultados y cualquier otro dato debidamente documentado; salvo resolución judicial fundada en contrario.

Artículo 14.- Todo paciente tiene derecho a la confidencialidad de la información relativa a su estado de salud.

Este derecho incluye el secreto de su internación en establecimientos asistenciales, salvo por exigencias legales que lo hagan imprescindible.

El paciente podrá eximir al establecimiento asistencial el deber de secreto previsto en el párrafo precedente.

Artículo 15.- En caso de incumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente ley, se aplicarán sanciones administrativas previstas en cada jurisdicción.

Artículo 16.- Si por aplicación de lo dispuesto en el artículo anterior, la autoridad sanitaria nacional recaudase fondos, éstos serán destinados primordialmente, a la adquisición de medicamentos, materiales descartables y demás elementos indispensables para la prestación de servicios de salud en los establecimientos asistenciales públicos de su jurisdicción.

Invítase a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires a dictar en sus respectivas jurisdicciones normas similares a las del presente artículo.

Artículo 17.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

