

Viar, Ludmila A.

Análisis de la Ley 26742 de “Muerte digna”

Documento Inédito

Cátedra: Bioderecho

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Viar, L. A. (2013). Análisis de la Ley 26742 de “Muerte digna” [en línea] Documento inédito perteneciente a la asignatura Bioderecho de la carrera de grado de Abogacía.. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/analisis-ley-26742-muerte-digna.pdf> [Fecha de consulta:]

Análisis de la Ley 26742 de “Muerte Digna”

Autor: Ludmila A. Viar

Trabajo de investigación de la alumna LUDMILA A. VIAR en el marco de la asignatura Bioderecho y bajo la supervisión de los profesores Jorge Nicolás Lafferriere y Leonardo Pucheta

“-¿Sabes?...mi flor...soy responsable.; Y es tan débil!; Y es tan ingenua! Tiene cuatro espinas insignificantes para protegerse contra el mundo...” Saint-Exupéry

A modo introductorio: Algunos conceptos a tener en cuenta

La RAE define de una manera simplificada el concepto de muerte al decir que es: *“Cesación o término de la vida”*.

Por otra parte la ley 24.193 en su art 23 determina cuándo una persona se considera fallecida:

“El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:

- a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;*
- b) Ausencia de respiración espontánea;*
- c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;*
- d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Unico Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).*

La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible.”

Por lo tanto, una vez definido el concepto de muerte y enunciados los pasos que lo determinan, es posible definir los conceptos de: *eutanasia, la distancia y la ortotanasia.*

La Eutanasia según define la Dra. Pilar Zambrano es:

“la causación de la muerte de un tercero por acción o por la omisión de un curso de acción que i) sea indispensable para el desarrollo de las funciones vitales, o bien sea capaz de detener un proceso mortal reversible; y ii) sea proporcionado a los resultados previsibles de su implementación (lo cual en el caso de los tratamientos médicos exige comparar dichos resultados con los riesgos, gastos y posibilidades de aplicación, teniendo en cuenta las fuerzas físicas y morales del enfermo)”¹

Esta definición es clara en dos puntos esenciales. El primero en lo que refiere al corte de un proceso irrefrenable. El segundo es la proporcionalidad del resultado.

Hay que agregar que esa interrupción de la vida puede ser de forma tanto activa como pasiva. Es activa cuando a través de una acción como pj: una inyección letal se finaliza con la vida del paciente. Es pasiva cuando se omite una acción que se desata en la interrupción de la vida como pj: la eliminación de alimentación e hidratación.

La distanasia, para definirla no se ha tomado una definición propiamente de un autor, sino más bien una oración que utiliza Jorge Carlos Berbere Delgado al referirse a la “muerte intercedida”. Delgado dice:

“Esta circunstancia produce en oportunidades la aplicación de procedimientos excesivos que llegan a prolongar la vida innecesariamente manteniendo artificialmente las funciones vitales, generando frecuentemente formas de muerte con sufrimiento, encarnizamiento terapéutico atentatorio con la dignidad humana”²

Siguiendo el concepto de distancia, Juan Pablo II define a la “obstinación terapéutica” como:

“en el uso de medios particularmente extenuantes y pesantes para el enfermo, condenándolo de hecho a una agonía prolongada artificialmente”³

Ambas definiciones tocan el punto de la prolongación innecesaria de un proceso propio y natural al hombre. Proceso que al prolongarse solo produce el encarnizamiento terapéutico, que no solo entorpece el curso natural de la vida sino que crea circunstancias extenuantes que atentan a la dignidad del hombre incrementando su sufrimiento tanto físico como moral.

La ortotanasia es la forma correcta de hablar de “muerte digna”. La Dra Zambrano al hablar de la ortotanasia la define como:

“La no aplicación o a la suspensión de tratamientos médicos incapaces de detener la muerte o de obtener resultados proporcionados al medio que se

¹ Zambrano Pilar, “Elementos para un debate racional en torno a la legalización de la eutanasia”, La Ley, año LXIX, N°77, Buenos Aires.

² Delgado Berbere Jorge Carlos, “El Fin de la Distanasia, comentario sobre la modificación de la ley 26.529”, La Ley, Suplemento especial, Directora: Graciela Medina, Mayo 2012.

³ <http://rosario.catholic.net/foros/read.php?f=7&i=1077&t=1051>

*utiliza... no hay aquí una colaboración en un suicidio, sino la simple aceptación de la condición limitada de la ciencia médica, ante del hombre”.*⁴

Es importante resaltar que cuando se habla de ortotanasia se evalúa el proceso, su reversibilidad o irreversibilidad y los medio curativos proporcionados o desproporcionados. Por lo tanto, al haber una desproporcionalidad entre el medio empleado y el fin, se prosigue con el ritmo natural del deceso controlando el sufrimiento a través de analgésicos y no se produce una interrupción sino más bien un acompañamiento del que padece la enfermedad. Finalmente, no suele tratarse en la extrañes de un cuarto de hospital sino más bien dentro del seno del hogar rodeado de la familia.

Análisis doctrinario de la ley 26742:

La ley 26742, sancionada el 9 de mayo de 2012, introduce algunas modificaciones a la 26529 que serán analizadas a partir de las diversas opiniones doctrinarias.

El primer punto que se modifica refiere a la “autonomía de la voluntad”, mediante la cual se reconoce al paciente el derecho de poder rechazar tratamientos médicos sin expresar la causa. En consecuencia, se otorga el derecho a revocar su voluntad en cualquier momento:

*e) “**Autonomía de la voluntad.** El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.(...).*

*En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.”*⁵

La “autonomía de la voluntad” bien se puede encuadrar, como lo hace Gelli, dentro del art 19 C.N. La autora desdobra este artículo en dos principios: “libertad” y “autonomía”.⁶ Expresa Gelli que “...*la libertad de elegir el propio plan de vida frente a las autoridades y a pesar de las preferencias y reacciones de terceros. Ellos, claro está, con los límites establecidos en el art 19CN*”.⁷

Resultan claro los límites establecidos en el artículo, los cuales sintéticamente son: orden público, la moral y los terceros.

A pesar de este límite constitucional que abarca a todo el régimen legal, no resulta irrazonable cuestionar el hecho de que se produzca un “*excesivo énfasis en la*

⁴ Zambrano Pilar, “Elementos para un debate racional en torno a la legalización de la eutanasia”, La Ley, año LXIX, N°77, Buenos Aires.

⁵ Art 1, ley 26.742.

⁶ *Cnfr.* Gelli María Angélica, “La Autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

⁷ *Ob.cit.*

autonomía de la voluntad”⁸. A raíz de la amplitud del tema, será considerado a lo largo del análisis de cada una de las reformas que introdujo la ley 26742.

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

A partir de ello, se va a generar una situación en la que por un lado se encuentra el derecho a la salud, a ser atendido. Por el otro, el deber médico de atender y cuidar al paciente. Pero ¿Qué ocurre cuando los esfuerzos realizados por los profesionales resultan en vanos, dolorosos, prolongados? ¿Es legítimo seguir aplicando cirugías, tratamientos externos? ¿Hasta qué punto la autonomía de la voluntad evita el encarnizamiento terapéutico? ¿Realmente se evita el encarnizamiento terapéutico o se produce una interrupción del ciclo vital natural? Varios de estas preguntas vienen a colación de la ley. Sin embargo, ciertos enunciados de la misma generarán un debate doctrinario a partir de quienes opinan que la ley por entero es imbatible, pues no opta por la eutanasia, y por otro lado quienes se oponen a este pensamiento.

Volviendo al artículo de la ley citado, el primer párrafo última parte habla de omisión de expresión de causa, entendida como parte de la esfera de intimidad del sujeto.

Carolina Arrigone entiende la omisión de causa como un beneficio que logra evitar trabas burocráticas: *“La ley no exige expresión de causa (...) que incrementa las posibilidades de que se ponga en práctica sin obstáculos morales o burocráticos”*.⁹

No hay mucho más que decir respecto a la causa, ya que si bien su omisión puede tomarse como una forma de desburocratizar, es cierto, también que la causa es parte de la esfera interna del hombre y que excede el marco de reglamentación del derecho: *cogitationes poenam nemo patitur*.

Dentro de esta potestad que otorga la ley al paciente, pone un límite, pues determina las situaciones en las cuales podrá hacerse uso de la misma:

- 1) *“El paciente que presente una enfermedad:*
 - a. *Irreversible o,*
 - b. *Incurable o,*
 - c. *Se encuentre en Estadío Terminal o,*
 - d. *Haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación*
- 2) *Que este informado de forma fehaciente*

⁸ Lafferriere Jorge Nicolás, “La Dificultad de Legislar sobre el fin de la Vida”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

⁹ Arrigone María Carolina, “Admirable Consecuencia de un Cambio Cultural, algo más sobre muerte digna”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

- 3) *Tiene derecho a manifestar su voluntad en cuanto:*
 - a. *Al rechazo de procedimientos quirúrgicos o,*
 - b. *De reanimación artificial o,*
 - c. *Retiro de medida de soporte vital o,*
- 4) *Cuando estas últimas sean:*
 - a. *Extraordinarias o Desproporcionadas con relación con la perspectiva de mejoría,o*
 - b. *Produzcan un sufrimiento desmesurado*
- 5) *También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismo produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.*¹⁰ (el subrayado me pertenece)

A lo largo de la ley se repite la idea de que se prohíbe la eutanasia, por ejemplo en el caso de las “directivas anticipadas” dice la norma: *“Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.”*¹¹

Y así hay quien reafirma: *“Queda claro que la norma no permite de modo alguno la eutanasia, sólo busca evitar el encarnizamiento terapéutico o limitar los vanos esfuerzos curativos”.*¹²

Sin embargo, previo a descartar si se producen prácticas eutanásicas, hay que analizar dos conceptos que presenta la norma citada:

- 1) *Prácticas extraordinarias o desproporcionadas*
- 2) *Sufrimiento desmesurado*

En cuanto al primer punto *“Un medio es proporcionado hasta el momento en que se demuestra fácticamente capaz de alcanzar la finalidad que le es propia, sin causar daños o riesgos excesivos para la salud del paciente”*¹³. Es así que al momento de diagnosticar se tiene en cuenta para hacer un juicio proporcional:

- 1) *La disponibilidad concreta o la posibilidad plausible de hallar el medio.*
- 2) *La actual posibilidad técnica de usarlo adecuadamente.*
- 3) *Las expectativas razonables de “eficacia médica” real.*
- 4) *Los eventuales efectos colaterales, perjudiciales para el paciente.*
- 5) *Los previsibles riesgos para la salud/vida del paciente eventualmente implicados en el uso del medio.*
- 6) *La posibilidad actual de recurrir a alternativas terapéuticas de igual o mayor eficacia.*

¹⁰ Art 2, ley 26 742

¹¹ Art 11, ley 26742.

¹² Arrigone María Carolina, “Admirable Consecuencia de un Cambio Cultural, algo más sobre muerte digna”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

¹³ Calipari, Maurizio, “Ética al final de la vida. Aplicación a personas en estado vegetativo”, publicación del Instituto de Bioética, UCA, Vida y Ética, Buenos Aires (2004), año 5, n. 2, p. 121.

7) La cuantificación de los recursos sanitarios (técnicos, económicos, etc.) necesarios para el empleo del medio.¹⁴

En cuanto al segundo concepto:

“(…) parece que debe ser encuadrada en el anterior juicio de proporcionalidad. Es decir, para el sufrimiento desmesurado existen los cuidados paliativos, mientras que la posibilidad de rechazo debería estar circunscripta a las situaciones de desproporción en las que no haya perspectivas de mejoría y nos encontremos ante una situación terminal e irreversible.”¹⁵

Por ende, lo relevante sería el encuadre clínico del médico en razón de si se está hablando de medio desproporcionados, haciendo éste un juicio de proporcionalidad a partir de los factores biológicos.

De esta manera, se deja al “sufrimiento desmesurado” bajo el ala de los cuidado paliativo previsto por la ley para disminuir el dolor y que procuran que el camino hacia el cese vital sea un poco más confortable para el paciente.

Sin embargo, cabe aclarar que todo este diagnóstico y encuadre clínico se debe considerar en razón de cada paciente en particular. Pues la legislación puede ser genérica pero la enfermedad es la excepción establecida en el cuerpo de cada caso.

Ahora bien, en cuanto al inc. 5 donde se prevé el rechazo de hidratación y alimentación es donde hay que hacer un espacio para hacer ciertas consideraciones específicas respecto del tema. Si bien es claro que la ley no presenta ni permite prácticas eutanasias activas, no es tan evidente con respecto a la eutanasia pasiva.

Es por ello que Sambrizzi contesta a esto: *“Alimentar e hidratar al paciente terminal no es una manera desmedida de mantenerlo con vida. Por el contrario, quitar la alimentación e hidratación implica provocar la muerte del paciente por inanición”*.¹⁶

De hecho, desde el punto de vista médico, resulta indispensable para el mantenimiento de la vida la adecuada incorporación de agua, electrolitos y nutrientes acorde a edad, persona y situación fisiológica del individuo.¹⁷

Sobre esto sigue modificando la ley y agrega dos nuevos inc al artículo 5:

g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría,

¹⁴ <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/tratamiento-estado-vegetativo-persistente.pdf>

¹⁵ Lafferriere Jorge Nicolás, “La Dificultad de Legislar sobre el fin de la Vida”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

¹⁶ Sambrizzi Eduardo A, “Muerte Digna: Modificación de la ley 26529 sobre Derechos del Paciente”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

¹⁷ Cfr. Guyton y Hall, “Tratado de Fisiología Médica”, decimo segunda ed, El Servier Saunders, 2011, pág 285.

o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Es relevante el inc. g que reitera el rechazo de procedimientos de hidratación y alimentación. El problema de omitir estos cuidados que son inherentes a la persona es un claro procedimiento de eutanasia pasiva, donde lo que se hace es desproveer de aquello que hace necesario la existencia vital y que acompaña inherentemente el ciclo de mortalidad. Por ello al retirar estos medios se genera una interrupción del proceso natural.

Al omitir éstos, podría llegar a configurarse un ilícito penal, esfera más gravosa del derecho de orden público. Sin embargo, la ley aclara más adelante que los profesionales que se atengan a cumplir la normativa se encuentran exentos de responsabilidad penal, civil y administrativa.

En especial, desde el punto de vista penal, hay una norma que prohíbe tajantemente el suicidio asistido. En el caso de cumplir con los requisitos de la ley, al eximir de responsabilidad se exime en la antijuricidad. Pues si bien va a haber acción (omitir la alimentación y la hidratación) típica (art 83 CP), en lo que respecta a la antijuricidad no va a haber responsabilidad por lo tanto tampoco culpabilidad pues hay una norma que aprueba jurídicamente dicha conducta. Por lo que en un primer momento estaba prohibido por el ordenamiento público penal se encuentra habilitado por esta ley.

De la misma forma esto es aplicable al resto del ordenamiento ya sea tanto civil como administrativo.

Con respecto a los cuidados paliativos: *“No se trata de un inexistente derecho a procurar o hacerse procurar la muerte, sino de morir serena y naturalmente, en el momento en que la muerte llega, sin que nadie la adelante en forma artificial, sin sufrimiento inútiles o innecesarios”*.¹⁸

En general estos cuidados no muestran ningún tipo de conflicto sino más bien el visto bueno, pues son, como ya se dijo previamente, un medio de confort para el paciente y el desarrollo de su enfermedad.

Otro punto a desatacar que introduce la ley, se refiere al “consentimiento informado” del paciente, y en caso de incapacidad de aquél se requiere el consentimiento de sus familiares o representantes según enumere la ley de ablación de órganos.

El problema se acentúa en este punto en relación a la situación emocional e intelectual del paciente o de quien tome la decisión por éste.

¹⁸ Sambrizzi Eduardo A, “Muerte Digna: Modificación de la ley 26529 sobre Derechos del Paciente”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

En razón a la situación emocional se ha verificado “(...) que la rapidez de los cambios no sólo tiene lugar en la sintomatología somática, sino que puede extenderse al mundo cognitivo y emocional, se experimenta grandes fluctuaciones del estado de ánimo.”¹⁹

En cuanto a la parte intelectual, si bien la generalidad de los casos son personas que no son profesionales de la salud, por más que se les informe su situación no resulta plena la comprensión. Pues si bien el médico puede tratar de ser lo más claro posible resulta difícil para aquél que no es médico comprender en plenitud las consecuencias de sus decisiones. En especial los casos de deshidratación e inanición.

Las consecuencias fisiológicas de quitar la hidratación y la alimentación fundamentalmente son las siguientes: “El cuadro predominante va a ser shock hipovolémico, hipoglucemia, graves alteraciones electrolíticas que llevarán indefectiblemente al paciente al paro cardio-respiratorio. Se desconoce con certeza científica los padecimientos que sufre el paciente en este tramo. Las graves alteraciones de la homeostasis y el deterioro del sensorio ocasionado por el cese de la administración de las necesidades básicas de hidratación y nutrientes imposibilitan volver a tras esta situación, aun cuando el paciente se arrepienta. Él ya no podrá solicitar el cese de estas medidas restrictivas, por encontrarse en estado de inconsciencia. Es por ello que en otros países se utiliza métodos como la inyección letal, entre otros.”²⁰

Es evidente la necesidad de la subalternación de los saberes en estos casos médico. Es difícil que una persona que no es correctamente informada pueda comprender las consecuencias irreversibles de su decisión y hasta el sufrimiento que esta podría acarrear. Son claras las palabras de la Doctora Bortolazzo al explicar el sufrimiento y la irreversibilidad que puede causar consentir el rechazo de hidratación y alimentación. En consecuencia, si bien la ley permite el arrepentimiento del paciente en cualquier instancia, a través de esta medida lo evita.

Gherzi explica: “La decisión del paciente es de ASENTIMIENTO no de CONSENTIMIENTO por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentre”.

Por ende se puede concluir que hay una “excesiva enfatización de la autonomía de la voluntad”²¹.

Por último, es cuestionable, cuando la decisión recae sobre una persona que hace mucho tiempo no ve al paciente y no conoce sus pensamientos o su voluntad real, como podría

¹⁹ Bertolino Lourde, “Dolor Físico, Muerte y Sociedad”, Institución de Bioética/UCA, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 14 de octubre de 2010, Año 11, Nº2 pág 141.

²⁰ Entrevista a la Doctora Graciela Clelia Bortolazzo, 20 mayo 2013, Jefa de trabajos prácticos de la UBA en la cátedra de Fisiología nº 2 y encargada de la rotación de fisiología renal; profesora adjunta de la USAL en cátedra de Fisiología, Facultad de Medicina; jefa de trabajo práctico encargada de enseñanza en la Lic. de bioimágenes cátedra de fisiología UBA y ayudante de primera en la Lic. de nutrición cátedra de fisiopatología UBA. Médica de planta, Hospital Gral de Niño Pedro Elizalde.

²¹ Lafferriere Jorge Nicolás, “La Dificultad de Legislar sobre el fin de la Vida”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

ser en el caso en que haya tomado una nueva religión o postura ideológica. Esta es una dificultad que la ley ha dejado sin prever.

Otro punto relevante son las “directivas anticipadas”. A través de éstas el paciente puede determinar instrucciones sobre su salud:

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

La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.”²²

Estas directivas pueden ser poco accesibles económicamente en el caso del escribano o bien burocráticas en el caso de tener que asistir a un juzgado. Sin embargo, devienen necesarias. En especial si se busca dejar una declaración de voluntad fehaciente.

Otra cuestión recae en el tiempo en el que se realizó tal documentación. Lo que podría generar que haya un cambio en la mentalidad de la persona. Por lo tanto si bien es cierto que “... la regulación de las directivas anticipadas, (...) constituyen una excelente posibilidad para quitar el peso de la decisión sobre los hombros de los futuros responsables”.²³ También hay que analizar el caso puntual, pues si son directivas anticipadas de más de un año es probable que la persona haya cambiado de parecer o no.

Otro conflicto que se presenta podría ser el hecho de que la persona que toma tales directivas al no padecer en carne propia la enfermedad en el momento puede tomar decisiones más bien desde el plano ideológico que el real.

Al respecto dice Gelli:

“Los dilemas pueden presentarse cuando el objetor carece de conocimiento, un familiar pone en duda el mantenimiento de la creencia y solicita —ante una directiva presentada en la que el paciente rehúsa de modo expreso eventuales transfusiones de sangre o plasma— que se realice la práctica.”²⁴

A estas directivas anticipadas se aplica lo mismo explicado ut supra con respecto al conocimiento que puede tener el paciente y la comprensión real y efectiva de las consecuencias de la misma.

²² Art 11, ley 26742.

²³ Arrigone María Carolina, “Admirable Consecuencia de un Cambio Cultural, algo más sobre muerte digna”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

²⁴ Gelli María Angélica, “La Autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

Finalmente la ley exime de responsabilidad. Si bien esta cuestión fue analizada, se vuelve sobre el tema. El artículo dice: “*Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma*”.

Es interesante el planteo que hace Gelli en este punto respecto a la falta de armonía que produce este artículo con respecto al art 21 de la ley 26529 que no fue modificado y dice:

“Sanciones. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la Ley 17.132 -Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas- y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rijan en cada una de ellas.”²⁵

Al respecto Gelli explica:

“La armonización entre ambas disposiciones será ardua porque, ya se sabe, en uso del acceso a la jurisdicción consagrado en el Art. 18 de la Constitución Nacional y en los Arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los eventuales afectados podrán reclamar por el “obrar en desacuerdo con las disposiciones de la ley de *reforma* de los Derechos del Paciente” o por “incumplir *la* ley de Derechos del Paciente”.”²⁶

La norma no está armonizada en este punto en donde por un lado se exime de responsabilidad pero artículos más abajo se pena al profesional de la salud. Es por tal que si bien este artículo no fue derogado, una posible solución podría ser aplicar el principio de *lex posteriori derogat lex anterior*.

Por otra parte, no pueden obviarse los artículos que cita Gelli: art 18 CN, 8 y 25 de la *Convención Americana de DDHH*, ya que son normas de jerarquía constitucional superiores a las leyes. Por lo que también se podría plantear una armonización con estas normas en el sentido de que si bien la ley prevé eximición de la responsabilidad, siempre hay derecho al acceso a la jurisdicción según las normas constitucionales. Además el 11 bis de la 26742 exime de responsabilidad y no de debido proceso. En

²⁵ Art 21, ley 26529.

²⁶ Gelli María Angélica, “La Autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

consecuencia, se podría acceder a un proceso para analizar el caso en particular. En el caso de probarse la correcta aplicación de la norma, tal serviría como defensa y podría eximirse automáticamente de responsabilidad en el proceso.

La solución que Gelli propone es la siguiente:

“En consecuencia queda por delante una difícil armonización interpretativa. Y si surge alguna incompatibilidad entre ambas normas —Art. 11 bis y Art. 21— quizás enfatizar los términos del primero por ser posterior, claro que sin pretensión derogatoria porque el legislador cuando examinó la ley, no lo derogó.”²⁷

Lo importante es que esta eximición de la ley no bloquee el acceso al proceso y a la ponderación judicial de los hechos y el derecho.

Conclusión Personal:

*“Arguments for legalising euthanasia rely on claims about autonomy rights, or claims about political pluralism, or on both sorts of claim”.*²⁸

Es evidente que la reforma de la 26.742 se fundamenta, como dice Finnis, en la “autonomía de la voluntad” y en la “pluralidad”. El segundo punto no fue tratado por la doctrina ni en este trabajo, pues lo que respecta a políticas excede este escrito.

Sin embargo es claro que, según lo analizado, hay una exageración de la “autonomía de la voluntad”. Es en razón de la misma y de la dignidad que se realiza esta reforma rauda.

Los excesos de ningún tipo son, por lo general, exitosos. Por ello resulta necesario prever un equilibrio dentro de una base lógica y de evidencia natural.

Concretamente, la ley presente contradicción en si misma al prohibir la “eutanasia” por un lado pero por el otro habilita la “eutanasia pasiva” a través de la quita de alimentación e hidratación.

En consecuencia, se termina provocando una muerte más dolorosa y prolongada, carente de cuidados paliativos. Esto genera una contradicción con el fin presunto de la norma al promover una “muerte digna”.

²⁷ Gelli María Angélica, “La Autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

²⁸ Finnis Jhon, “Eutahania, Morality and Law Article”, Loyola Law School, Los Angeles, November 22, 1996. “Los argumentos para legalizar la euthanasia se fundamentan en la autonomía de los derechos o en los reclamos sobre pluralismo político, o en ambos tipos de reclamo”.

Resulta tan expansiva la autonomía de la voluntad que termina aniquilando ciertos valores naturales que en un primer momento parece querer proteger. En este caso es claro que se tutela la “muerte digna”. Sin embargo, de una libre elección de no recibir tratamientos que resulten tortuosos y excesivos se pasa de forma directa a la interrupción de la vida, de un modo excesivo como es la eliminación de la alimentación y la hidratación.

Por otra parte, la norma contiene ciertos cuestionamientos de redacción legal en lo que respecta a la eximición de responsabilidad penal, civil y administrativa del médico que se contrapone con el art 21 de la 26529.

Además, no se contemplan las situaciones o las circunstancias que pueden afectar directamente al padeciente al momento de tomar una decisión.

“El paciente entra al hospital buscando ser curado y en la ley se esfuerzan en aclararle que puede renunciar a ciertos tratamientos. Existencialmente, la persona puede vivir con angustia tal situación, máxime si su situación económica no es buena y pudiera verse presionado a rechazar esos tratamientos por meras razones económicas. Sería deseable que la ley no induzca a ese tipo de rechazo que vulneraría el derecho a la vida y la salud.”²⁹

Por lo tanto, podría entrar una persona con bajos recursos o que está pasando una mala situación financiera y a través de esta ley inclinarse por el rechazo de tratamientos. Se encuentra en una situación de vulnerabilidad por el factor económico y de salud, donde la ley en lugar de dar una opción como p.j: atención psicológico para tomar una decisión no tan determinada por sus circunstancias, invita al rechazo de tratamientos.

Por último la ley, si bien prevé el consentimiento informado, no prevé el real grado de comprensión efectiva del rechazo de la hidratación y alimentación y sus consecuencias físicas.

En lo que respecta a “directivas anticipadas” omite contemplar un tiempo prudencial, pues una persona puede cambiar su pensamiento o lo largo del transcurso de las experiencias de la vida.

²⁹ Lafferriere Jorge Nicolás, “La Dificultad de Legislar sobre el fin de la Vida”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.

En lo referente a los parientes o terceros que deban tomar una decisión, tampoco especifica el grado de conocimiento de la situación personal del paciente. De forma tal que pueda llegar a resultarle poco posible conocer su voluntad real.

Finalmente, solo queda agregar que es importante el cuidado del enfermo, del que está débil, del que se siente mal, del que sufre, del que pasa incertidumbre, dolor, angustia. Ellos también son parte de nuestra sociedad, y es importante acompañarlos y sobre todo cuidarlos. Nada es tan protector y digno como pasar los últimos momentos de vida rodeado de las personas que uno quiere y en el seno de su propio hogar.

El ser humano es débil y es un ser social que necesita del otro. Es por eso que a través de los cuidados paliativos y el natural desenlace final es como se cuida la dignidad de la persona. Así lo hizo el Principito con su flor: *“-¿Sabes?...mi flor...soy responsable.¡ Y es tan débil!¡ Y es tan ingenua! Tiene cuatro espinas insignificantes para protegerse contra el mundo...”*.³⁰

³⁰ Saint-Exupéry Antoine, “El Principito”, Emecé, 2012, pág 106

Bibliografía Utilizada:

- 1) Bertolino Lourde, “Dolor Físico, Muerte y Sociedad”, Institución de Bioética/UCA, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 14 de octubre de 2010, Año 11, N°2.
- 2) Directora: Medina Graciela, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012.
- 3) Franck Inés, “Eutanasia: Proyectos Vinculados al Final de la Vida”, Institución de Bioética/UCA, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 14 de octubre de 2010, Año 11, N°2.
- 4) <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2122&context=llrc>
- 5) https://www3.amherst.edu/~jgentsler/Gentsler/papers/Death_with_Dignity.pdf
- 6) <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/SIMONS.pdf>
- 7) Lee Patrick, “Human Dignity”, Franciscan University of Steubenville.
- 8) Lexis Nexis, JA 2.004 I, fascículo N° 2, 14 de Enero de 2004.
- 9) Ley 26.529
- 10) Ley 26.742
- 11) Ley 24.193
- 12) Marcos García Fermín, “Consideraciones Bioéticas acerca del Diagnóstico de Muerte y la importancia del Concepto de Persona Humana”, Institución de Bioética/UCA, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, diciembre 2011, Año 12, N°2.

- 13) Sambrizzi A. Eduardo, “Voluntades Anticipadas, su Valor Legal”, Institución de Bioética/UCA, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 14 de octubre de 2010, Año 11, N°2.
- 14) Zambrano Pilar, “Privacidad y Omisión de Tratamientos Médicos la Tolerancia del Suicidio como Efectos Secundarios”, La Ley, Enero-Febrero 2011, Año III N°1.
- 15) Zambrano María del Pilar, “La Disponibilidad de la Propia Vida en el Liberalismo Político”, Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires Argentina.
- 16) Zambrano Pilar, “La Distinción entre Aceptar la Muerte y Elegir la Muerte. La Razonabilidad de la Injerencia del Estado en la Omisión de Cuidados Médicos”, Revista de Derechos Humanos, 2010.
- 17) Zambrano Pilar, “Elementos para un debate racional en torno a la legalización de la eutanasia”, La Ley, año LXIX; N°77, Buenos Aires.