

La regulación de las directivas médicas anticipadas en el ordenamiento jurídico argentino

por ROMINA D. REYES⁽¹⁾

I | Introducción

En la actualidad, las **directivas médicas anticipadas** se encuentran contempladas en la mayoría de las legislaciones modernas del mundo. En consecuencia han sido consagradas en nuestro ordenamiento jurídico interno, pero sus orígenes tienen antigua data. Como antecedente, los denominados “*living will*” tuvieron su origen y desarrollo a partir de los 60 en Estados Unidos.

La elaboración del primer documento a través del cual una persona podía manifestar su voluntad en sentido negativo en relación a la aplicación de determinado tratamiento —solo— en caso de enfermedad terminal data de 1967. Esta labor fue desarrollada por el abogado Luis Kutner de la ciudad norteamericana de Chicago. Más adelante, ya hacia 1976, la *Natural Death Act*, de la Ciudad de California, comienza a desarrollar una tarea para regular y legalizar las manifestaciones de voluntad sobre el final de la vida,

(1) Abogada, UBA. Diplomada en Derecho de la Salud por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Docente de Elementos de Derecho Civil Parte General, UBA. Docente Adjunta de Derecho de la Salud en la Universidad Abierta Interamericana. Abogada en la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes de la Comuna I, dependiente del Consejo de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente del Gobierno de la Ciudad.

siendo pionera en otorgar un marco legal a estas declaraciones de voluntad. En 1991 *Patient Self-Determination Act* otorga autorización para que cada uno de los pacientes exprese su voluntad respecto de la atención médica que desea —o no— recibir, voluntad que deberá tenerse en cuenta frente a la eventual circunstancia que no le permita expresarse en forma autónoma.

2 | Consideraciones preliminares

Antes de iniciar el análisis en profundidad del instituto de las directivas médicas anticipadas consideramos pertinente esbozar una definición, a los fines académicos, que ya hemos mencionado en publicaciones anteriores:

... son declaraciones de voluntad efectuadas por una persona mayor de edad, competente en términos bioéticos y capaz en términos jurídicos, de manera libre, mediante las cuales manifiesta anticipadamente la voluntad de dejar expresadas instrucciones relacionadas con la toma de decisiones vinculadas a su salud, sin necesidad de expresión de causa alguna, para que sean tenidas en cuenta en el momento en el que concurran circunstancias que no le permitan expresar personalmente su voluntad.⁽²⁾

A través de estas directivas cada persona puede manifestar expresamente conductas autorreferentes —dejando explícitas indicaciones respecto de su salud, aceptando o rechazando terapias o tratamientos— que deberán respetarse en protección de sus propios derechos. El derecho a la autodeterminación y a la autonomía de la voluntad se expresa y ejerce, entre otros actos, a través de la emisión de una directiva médica anticipada. En ella cada sujeto encuentra la posibilidad de manifestar anticipadamente conductas auto-determinantes acordes con los más íntimos deseos, valores y sentimientos. Por ello sostenemos que la consagración legal del derecho a redactar y suscribir una directiva médica anticipada implica un significativo avance para toda la sociedad, en el camino hacia el respeto y la valoración del derecho a la autonomía de la voluntad, a la autodeterminación y los derechos personalísimos.

(2) AIZENBERG, MARISA, y REYES, ROMINA D., "El reconocimiento del derecho a la Autodeterminación en el Ordenamiento Jurídico Argentino: La consagración de las Directivas Médicas Anticipadas en la ley 26.529", [en línea] http://www.derecho.uba.ar/extension/dma_msa_rdr.pdf, consultado el 31/07/2014.

3 | La consagración de las directivas médicas anticipadas en el derecho comparado

Los cuerpos normativos que ya han incorporado a su legislación este instituto son numerosos. Pero el nivel de desarrollo alcanzado por las directivas médicas anticipadas en cada uno de ellos, no ha sido homogéneo. Así, mientras Estados Unidos y España han desarrollado regulaciones legales fundamentalmente a nivel regional, en la mayoría de los países de América Latina el proceso de consagración normativa aún se encuentra en desarrollo.

En América del Sur tiene particular trascendencia el aporte que ha hecho la República de Uruguay con la sanción de la Ley de Voluntad Anticipada. En dicha norma se limita la emisión de las directivas anticipadas solo cuando el paciente se encuentre frente a un cuadro irreversible, crónico y terminal. De este modo se establece la funcionalidad de las directivas anticipadas exclusivamente en situaciones de enfermedades terminales, incurables o irreversibles. Así se hace a un lado la opción de manifestar indicaciones respecto de un tratamiento en circunstancias en las que no se configura un cuadro de características tales. Consideramos que esto restringe, en diversos pacientes, el derecho a emitir directivas médicas.

Otra característica de dicha norma que merece ser señalada consiste en la amplia libertad de revocación, permitiendo que esta se exprese sin ningún tipo de formalidad prescripta, lo cual puede considerarse uno de los puntos de mayor fortaleza de esta ley. El documento en donde se establece la directiva anticipada debe ser glosado a la historia clínica del paciente que la emite, pero no se determina un procedimiento concreto para garantizar de forma fehaciente que llegue al legajo médico. Esto implicaría en la práctica, y frente a la inexistencia de una historia clínica unificada, que cada persona deba presentar una copia de su directiva en cada uno de los establecimientos donde sea tratado.

Queda expresamente establecida la obligación de los establecimientos asistenciales, sean públicos o privados, de procurar el respeto y el cumplimiento de las voluntades anticipadas. Asimismo se regula un procedi-

miento específico para suspender tratamientos en casos en donde el paciente se encuentre impedido de comunicar su voluntad, producto de una enfermedad terminal e irreversible, haciendo valer su derecho a no sufrir un “ensañamiento terapéutico” —en palabras de sus redactores— y de morir dignamente.

En Perú la ley de salud 26.842 de 1997 consagró el derecho de los pacientes a rechazar un tratamiento médico o quirúrgico, exigiendo el respectivo consentimiento informado.

Como mencionamos en un comienzo, Estados Unidos dictó, a lo largo de los últimos años y en sus diferentes Estados, regulaciones específicas sobre las denominadas “*Advance Directives*”. Así, en Alabama, la *Alabama’s Natural Death Act* de 1997 otorgaba a toda persona adulta y capaz la posibilidad de suscribir una directiva anticipada. Ella comprende dos supuestos: uno denominado “*living will*” y otro, “*durable power of attorney for health care*”. El primero es un instrumento en el que se establecen indicaciones sobre la aceptación o rechazo de tratamientos médicos a fin de que sean considerados en el supuesto que llegara a padecer una enfermedad terminal y se encontrara imposibilitado de expresar su voluntad. El segundo, “*durable power of attorney for health care*”, posibilitaba al declarante designar a una persona para que tome las decisiones pertinentes en relación a su salud.

El 4 de abril de 1997, mediante el Convenio de Oviedo, el Consejo de Europa aprobó, en el ámbito de la Comunidad Europea, el primer instrumento jurídico con alcance internacional y con carácter vinculante para los países que lo suscriben en la materia. Dicho instrumento refuerza y otorga un trato especial al derecho a la autonomía del paciente y contiene disposiciones sobre las instrucciones previas y los deseos del paciente expresados con anticipación. En su art. 9º se estableció que:

Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

En España, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, en diciembre de 2000 se dictó la ley 21 sobre los derechos de información concernientes a

la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica. Con ella el denominado "testamento vital" adquirió reconocimiento legal en la región. En otras Comunidades Autónomas como Galicia, Aragón y Madrid se han aprobado leyes similares.

Andalucía por su parte aprobó en 2003 la ley 5 sobre declaración de voluntad anticipada estableciendo, en el art. 2º, que:

... se entiende por declaración de voluntad vital anticipada la manifestación escrita hecha para ser incorporada al Registro que esta ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad.

A nivel federal el 14 de noviembre del 2002 se sancionó en España la denominada "ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica". Ella incorpora el expreso reconocimiento del testamento vital. Como la mayoría de los instrumentos normativos que regulan el instituto establece que las instrucciones previas deberán constar siempre por escrito y podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando expresa constancia.

4 | El fundamento jurídico en el ordenamiento legal argentino de las directivas médicas anticipadas

Las directivas anticipadas encuentran base legal en el respeto de los derechos personalísimos a la libertad, a la dignidad y a la autodeterminación personal. Todos ellos, garantizados en nuestra Carta Magna, tal como surge de su art. 19 y —en términos más amplios— en los principios y valores que integran el bloque de constitucionalidad del art. 75, inc. 22 y que otorga *status supra* legal a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, donde se consagra el Derecho de la Salud. Resulta menester recordar la expresa consagración de la protección del derecho a la intimidad prevista en el art. 1071 bis CC.

Siguiendo el lineamiento normativo en nuestra legislación interna encontramos la obligación, que recae sobre los profesionales de la salud, de respetar la negativa del paciente a tratarse, tal como lo establece el art. 19, inc. 3 de la ley 17.132 regulatoria del ejercicio de la Medicina.

Finalmente debemos mencionar la ley 26.529, sancionada por el Congreso de la Nación el 21 de octubre de 2009, denominada "Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado". Ella, con alcance a nivel nacional, ha venido a consagrar expresamente el respeto por el derecho a la autonomía de la voluntad del paciente (art. 1º, inc. e) y el emitir directivas médicas anticipadas en relación a su salud, tal como lo establece su art. 11. Dicha norma legal, luego modificada por la ley 26.742 y sancionada el 9 de mayo de 2012, otorga la facultad de emitir una directiva médica anticipada y establece la forma que deberá cumplirse para su validez y demás requisitos de forma y de fondo.

5 | Consideraciones específicas en relación a la ley 26.529

A partir de 2009 en nuestro ordenamiento legal interno se ha incorporado, mediante la sanción de la ley 26.529, una norma que, con alcance nacional, regula los derechos del paciente. La expresa inclusión en su texto de las directivas médicas anticipadas, y habiendo establecido consecuentemente el derecho de todo paciente a su emisión, es uno de sus aspectos más valiosos. Antes de la sanción de esta ley argentina contaba con instrumentos aislados que regulaban solo a nivel local las manifestaciones de voluntad anticipada: la ley 4263 de la provincia de Río Negro y la ley 2611 de la provincia del Neuquén.

El art. 11 de la ley 26.529, establece que:

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

Tal como surge del texto transcripto, el médico tiene el correlativo deber de respetar dichas directivas, contemplando como límite y excepción las que impliquen prácticas eutanásicas.

La modificación efectuada por la ley 26.742 introduce como último párrafo del art. 11 que “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”.

En una primera instancia la original ley 26.529 no establecía ninguna formalidad para la emisión de una directiva médica anticipada, ni tampoco se refería a su revocabilidad. Era necesario realizar una mención en cuanto a la posibilidad de revocar dicha directiva en cualquier instancia posterior, así como también contemplar la modificación y/o sustitución de la declaración de conducta autorreferente en cualquier momento, a fin de preservar el respeto por el principio de autonomía personal. Asimismo, la declaración debe ser válida hasta tanto el paciente no la revoque expresamente o por cualquier modo fehaciente, sea su forma oral, escrita o por signos inequívocos de su voluntad.

En relación a las formalidades prescriptas, con la introducción que realiza la ley 26.742 consideramos que, si bien se trata de un acto fundamental que debe realizarse por escrito —tomando en cuenta su finalidad y naturaleza—, existen circunstancias en las que se tornaría dificultoso para el paciente presentarse ante el juzgado de primera instancia —por ejemplo, por encontrarse el paciente internado— y podría resultar demasiado oneroso para él y su familia obtener la presencia de un escribano público en el nosocomio. En estos casos consideramos que debería existir la posibilidad de garantizar el acceso gratuito por parte del paciente a la emisión de la directiva anticipada.

Es de vital importancia establecer claramente conceptos específicos a fin de evitar incurrir en errores que propicien la confusión de actos eutanásicos con el respeto a las directivas médicas anticipadas.

En este sentido, la libre voluntad del paciente, plasmada a través de expresas indicaciones en relación a la aceptación o rechazo de un tratamiento médico, debe prevalecer; aun cuando medien riesgos que sean conocidos y

aceptados por él. Este acto no constituye una práctica eutanásica, es simplemente evitar avasallar las creencias, convicciones, valores, principios y deseos íntimos de un ser humano, permitiéndole vivir con dignidad. En este punto debe prestarse la mayor consideración posible a fin de impedir que se transforme en regla la excepción, contenida en la última parte del art. 11 de la ley, y que solo y específicamente establece el límite al ejercicio del derecho a la autodeterminación del paciente cuando se constate que se trata de prácticas eutanásicas. El supuesto contemplado por la ley solo se refiere al caso en el que mediante una directiva médica anticipada se intente disimular una práctica eutanásica, supuesto en el cual corresponde simple y claramente correr el velo de la apariencia para atacar esa práctica eutanásica encubierta, y sancionarla tornándola un acto inexistente, la sanción es la nulidad.

En este aspecto, la reglamentación de la ley dispuesta mediante el decreto 1089/2012 no ha realizado ningún aporte a los fines de aclarar el concepto de práctica eutanásica. Ello deja abierta la posibilidad de que una interpretación no restrictiva del concepto frustré la finalidad y el funcionamiento correcto de este instituto. Esto podría ocurrir si el concepto de práctica eutanásica se deja librado a la interpretación o criterio personal de cada médico, paciente o familiar, lo cual aumentaría los ya elevados índices de litigiosidad existentes en materia sanitaria y provocaría que recaiga sobre la judicatura la determinación de qué debe considerarse una práctica eutanásica en cuestiones estrechamente vinculadas con la esfera íntima de las personas.

Una mención especial merece el art. 11 bis, incorporado por la ley 26.742 al texto de la ley 26.529; mediante él se dispone que "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, a nuestro entender, una incorporación innecesaria dentro de la normativa jurídica, puesto que resulta redundante señalar que los profesionales que actúan en concordancia con lo normado por la ley no incurrirán en responsabilidad civil, penal ni administrativa. Pero asimismo, entendemos que dicho artículo actúa como una suerte de garantía que contribuye a dar seguridad y tranquilidad al profesional de la salud que muchas veces se encuentra invadido por el temor legal.

Sin perjuicio de ello, la expresa consagración de las directivas médicas anticipadas mediante la sanción de la ley 26.529 resulta un paso impor-

tante ya que, si bien jurisprudencialmente se había alcanzado un grado de desarrollo en el mismo sentido, se carecía de una herramienta legal concreta que justifique y apoye normativamente las decisiones judiciales, constituyendo en consecuencia, un valioso aporte en la materia.

6 | Algunas consideraciones sobre la reglamentación de la ley 26.529, mediante el decreto 1089/2012

El 5 de julio de 2012 se aprueba la reglamentación de la ley 26.529 que, hasta ese momento, se encontraba pendiente —pese a que el tiempo estipulado para su reglamentación se encontraba ampliamente cumplido—. Mediante el decreto 1089/2012 se lleva a cabo la importante tarea de reglamentar la norma jurídica bajo análisis.

Entre los puntos más relevantes que introduce la reglamentación en relación a las directivas médicas anticipadas, podríamos señalar los siguientes, a saber:

1. **Agregación a la historia clínica:** la declaración de voluntad, llevada a cabo por escrito y con las formalidades que había incorporado la ley 26.472 —es decir realizada ante escribano público o en el juez de primera instancia competente y ante la presencia de dos testigos—, deberá ser agregada a la historia clínica del paciente. Dado que aún no se encuentra unificada la historia clínica, deberíamos pensar que entonces cada paciente deberá presentar una directiva médica anticipada en cada centro de salud en donde se atiende. Es necesario subrayar que, en caso de haberse designado apoderado o representante, este debería poseer una copia del documento. Asimismo resulta recomendable que tanto los familiares, como amigos, allegados y personal del equipo médico tratante estén al tanto de la existencia de esta declaración de voluntad, debiendo propenderse al desarrollo de una metodología de difusión de este derecho de los pacientes en los centros de salud.
2. **Posibilidad de designar interlocutor:** la reglamentación agrega que “el paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones.” No se establece la forma pero podría sostenerse que la norma se refiere al supuesto en el cual el propio paciente en el mismo cuerpo de la directiva anticipada pueda determinar a una persona que procure el cumplimiento de las indicaciones expresadas en dicho documento.

3. **Procedimiento frente a la sospecha de práctica eutanásica:** los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de Ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales directivas anticipadas. La norma establece como principio general la obligatoriedad por parte de los profesionales de la salud de respetar la voluntad del paciente, pero sin perjuicio de ello, para el caso de que exista por parte del profesional la sospecha de que dicha práctica podría constituirse como eutanásica, señala qué pasos a seguir.
4. **Obligación de los establecimientos asistenciales:** todos los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las directivas anticipadas. Es obligación de cada institución contar con profesionales sanitarios, en las condiciones y modo que fije la autoridad de aplicación que garanticen la realización de los tratamientos en concordancia con la voluntad del paciente.
5. **Enquadramiento de una directiva médica anticipada en el supuesto del art. 2, inc. e:** cuando el paciente rechace, mediante directivas anticipadas, determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud y se encuentre en los supuestos previstos por el art. 2, inc. e, 3er. párr. de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes para evitar el sufrimiento. La reglamentación se refiere a casos en que el paciente presente una enfermedad irreversible, incurable, se encuentre en estado terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, supuesto en el cual se respetará la voluntad del paciente sin perjuicio de lo cual se mantendrán los cuidados paliativos que tengan por finalidad evitar el dolor y el sufrimiento.
6. **Definición de cuidados paliativos:** la reglamentación esboza la siguiente definición, “se entiende por cuidado paliativo la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento”.
7. **Menores e incapaces y supuestos no coincidentes:** no se tendrán por válidas las directivas anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento, como así tampoco, aquellas que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas.
8. **Revocación:** el paciente puede revocar en cualquier momento estas directivas, dejando constancia por escrito con la misma modalidad con que las otorgó o las demás habilitadas por las leyes que se reglamentan por el presente decreto. Si el paciente no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal con la presencia de al menos dos (2) testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la

firma del profesional tratante. Consideramos que es correcta la flexibilidad que se presenta en cuanto al cumplimiento de la formalidad en caso de revocación, de urgencia o internación.

9. **Obligación del paciente en cuanto al cumplimiento de los recaudos:** el paciente debe arbitrar los recaudos para que sus directivas anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo, si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento y ellas deben documentar con su firma que consienten representarlo.
10. **Formalidades:** las directivas anticipadas emitidas con intervención de un (1) escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de dos (2) testigos o, en su caso, de la o las personas que este autorice a representarlo en el futuro y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y, en su caso, de las personas que aceptan representarlo. Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las directivas anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitir las y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante debe manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.
11. **Eximición de responsabilidad civil, penal y administrativa:** en concordancia con lo dispuesto con el incorporado art. 11 bis se establece que “en ningún caso se entenderá que el profesional que cumpla con las directivas anticipadas emitidas con los alcances de la ley 26.529 o su modificatoria, ni demás previsiones de ellas o de esta reglamentación, está sujeto a responsabilidad civil, penal, o administrativa derivada de su cumplimiento”.
12. **Posibilidad de creación de registro de directivas médicas anticipadas:** los escribanos, a través de sus entidades representativas, y las autoridades judiciales, mediante las instancias competentes, podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente.

Si bien la legislación reglamentaria no lo prevé consideramos que, a fin de garantizar la accesibilidad, resultaría de utilidad la incorporación en el DNI de una aclaración acerca de la existencia de la expresión de una conducta autorreferente emitida por su titular —similar a las que existen actualmente en nuestro país respecto de la donación de órganos—, a fin de permitir al personal de cualquier centro de salud conocer y verificar, a través de medios dispuestos al efecto, cuál es su contenido. Otra opción estaría dada por la elaboración de un documento al efecto que cada persona interesada en

realizar una declaración de este tenor debería portar en todo momento, como lo hacen las personas pertenecientes al culto de los testigos de Jehová para hacer conocer su deseo de rechazo de las transfusiones sanguíneas.

7 | Jurisprudencia argentina en materia de directiva médica anticipada

En cuanto a la recepción jurisprudencial de las directivas médicas anticipadas, mencionaremos algunas sentencias relevantes en el tema. Así, en el “Caso M”,⁽³⁾ la señora M fue diagnosticada con una enfermedad degenerativa de las neuronas motoras del sistema nervioso central que derivó en variadas afecciones sobre su cuerpo. A raíz de las complicaciones sufridas, la señora M, en pleno uso de sus facultades mentales manifestó expresamente su voluntad inequívoca en el sentido de “no someterse a ninguna práctica que prolongue su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos y a permanencia”. Esto quedó plasmado mediante un instrumento público ante escribano. Con posterioridad, su esposo promovió una acción judicial de amparo a fin de hacer valer la voluntad declarada anticipadamente por su esposa, acompañando en autos constancia notarial, de donde surge que ella también decidió designarlo como mandatario a fines de que —en su representación— arbitre todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a su voluntad. El fallo resultó favorable a M, con fundamento en el derecho a la autodeterminación de las personas y las conductas autorreferentes que hacen a su dignidad y al respeto a sus libertades fundamentales. En este sentido, el Tribunal interviniente estableció que:

... deberán ser respetadas a futuro las directivas anticipadas o “acto de autoprotección” instrumentadas mediante actuación notarial (...) expresamente ratificadas a través de diversas actuaciones judiciales cumplidas en estos autos, y en cuanto la Sra. M manifiesta su oposición a intervenciones invasivas que impliquen “medios artificiales a permanencia”, con especial referencia a un respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo (traqueotomía y gastrostomía), en el contexto de la evolución irreversible de la enfermedad que padece...⁽⁴⁾

(3) JCRIM. Y CORR. DE TRANSICIÓN N°1, Mar del Plata, Bs. As., “Caso M”, 27/05/2005.

(4) JCRIM. Y CORR. DE TRANSICIÓN N°1, Mar del Plata, fallo cit.

En este fallo también se dejó establecido, con un criterio que valoramos y compartimos, que sin perjuicio de la negativa expresada por la Sra. M en relación a la implementación de “medios artificiales a permanencia”, el equipo médico tratante deberá brindar “absolutamente todos los cuidados paliativos no invasivos, con miras a evitarle padecimientos y eventualmente acompañarla en un proceso de muerte digna, en la medida que no implique prácticas eutanásicas activas, todo ello en el contexto del máximo respeto a la dignidad de la persona humana afectada de una enfermedad irreversible”.⁽⁵⁾

Otro decisorio judicial relevante en la materia fue “S. M. E. y otros”.⁽⁶⁾ En este caso los padres de un menor que padecía una grave encefalopatía progresiva en estado terminal y, como consecuencia, se encontraba internado en un hogar, solicitan ante la Justicia que ordene a dicho establecimiento que si el menor llegara a padecer un paro cardiorrespiratorio con motivo de su enfermedad neurológica, se procedan a realizar maniobras de resucitación básicas no cruentas, como masaje cardíaco y colocación de máscara de oxígeno, pero que no se intenten maniobras de resucitación cruentas (electroshock, traqueotomía, intubación con ventilación endotraqueal, inyección intracardíaca). Así, habiéndose hecho previa consulta al Comité de Bioética de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Rosario, se hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, se ordenó que, en caso de que el menor sufra un paro cardiorrespiratorio con motivo de su enfermedad neurológica, se proceda a informar a su familia y solo se practiquen maniobras de resucitación básicas, no cruentas.

Similar es el caso de un testigo de Jehová⁽⁷⁾ donde la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil hizo lugar al pedido de resarcimiento por daño moral, de la señora C. L. G. que, en febrero de 1994, al enterarse que debía ser operada manifestó su expresa negativa a transfundirse sangre en razón de ser testigo de Jehová, dejándose constancia de ello en su historia clínica. Ella fue sometida a dos operaciones y, a los dos meses de su externación, toma conocimiento, frente a una evidente desmejora en

(5) *Ibid.*

(6) J.Civ. y Com. 9º Nom., Rosario, “S. M. E. y otros”, 15/08/2008.

(7) CNAC. AP.EL. CIV., Sala I, “G., C. L. c/ Mediconex SA y otros”, 31/05/2007.

su estado de salud, que los médicos tratantes la habían transfundido en oportunidad de su internación. De la lectura de la historia clínica surge que la paciente fue informada acerca de los riesgos potenciales de no ser sometida al procedimiento transfusional, previamente rechazado por causas religiosas o en la prerrogativa según la cual es posible disponer del propio cuerpo, de la propia vida, y de cuanto le es propio, y "... esa negativa anticipada (...) resulta (...) obligatoria para sus familiares y médicos y merece respeto y acatamiento". En el caso ha existido una violación a los términos de esa negativa del paciente, lo que determinó la existencia de un cumplimiento contractual, y en consecuencia, la obligación de resarcir el daño moral sufrido por la paciente.

8 | Conclusiones finales

Tomando en consideración el estado actual de la cuestión tanto en el orden nacional como internacional, podemos concluir que la sanción de la ley 26.529 sobre derechos del paciente —modificada por la ley 26.742 y reglamentada mediante decreto 1089/2012, que establece expresamente en su articulado la facultad de otorgar directivas médicas anticipadas con alcance nacional y de orden público— ha sido un importante paso en el camino hacia la efectiva consagración de los derechos personalísimos en el marco del derecho de la salud.

En este sentido debe tenerse especialmente en cuenta que, si bien los avances científico-tecnológicos y farmacológicos han llevado a prolongar la vida y a vencer enfermedades que hasta hace algunos años carecían de tratamiento, en algunas circunstancias estos procedimientos son aplicados de manera inapropiada o desproporcionada porque persiguen como único objeto retrasar la muerte. Debemos comprender que muchas veces retrasar la muerte de modo indefinido distorsiona el objetivo mismo de la ciencia médica, que no es primariamente prolongar la vida "a perpetuidad" sino promover la salud y la calidad de vida.

Entonces, la voluntad del paciente debe tomarse en cuenta y considerarse como el elemento determinante de la decisión a tomar ya que él es el dueño único e irremplazable en esa situación, aun cuando medie amenaza de vida, en función de su derecho personalísimo a disponer sobre su propio cuerpo conforme sus creencias y valores, los cuales deben ser respetados.

Entendemos que las directivas médicas anticipadas no constituyen una imposición de decisiones sino, por el contrario, brindan el marco legal adecuado para que todas las personas —dueñas de sus vidas y sus muertes— puedan atravesar un proceso médico, de conformidad con sus propios valores, siendo escuchados y respetados, aun cuando no se encuentren, en ese momento, en condiciones de expresarlas en forma personal.

Por último, consideramos que no es posible confundir una práctica eutánica con el respeto de una directiva médica anticipada. Solo el respeto por la voluntad del paciente, en su dignidad e integridad espiritual, garantizan el derecho a una vida digna acorde a sus propios deseos y convicciones, que no deben ser juzgados por ninguno de nosotros, de acuerdo al primordial principio jurídico establecido en el art. 19 CN que expresamente reza que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.
