

“(…) Al presentarse la Dignidad como la raíz de la que estos derechos humanos surgen, ésta se constituye en el principio rector de la investigación científica, marcando la pauta sobre aquello que no se puede hacer si se quiere respetar la dignidad del paciente con una enfermedad terminal como la persona que verdaderamente es.”

RESEÑA DE TESIS*

Negativa a recibir tratamiento médico: análisis desde la Bioética Jurídica para el caso peruano**

271

Gabriela Rojas Bellido*** y
Geraldine Pinedo Barrientos****

PRÓLOGO

En los últimos años, la Bioética ha comenzado a tener cabida en el campo académico de nuestro país. Tanto profesionales de la salud como especialistas en Derecho han creado un espacio de discusión y **aplicación** para los principales postulados de la Bioética, permitiendo que este campo, antes no explorado en nuestro país, crezca cada día más. De esta manera, las autoras de la tesis reseñada en estas líneas han tomado conceptos de diversas áreas del saber para lograr un entendimiento más amplio de lo que es la Bioética desde una perspectiva principalmente jurídica y, así, poder abordar el tema del consentimiento informado. Este tema se ha vuelto sumamente importante debido a la amplia difusión de nuevos procedimientos médicos y del interés por la protección de los derechos fundamentales de las personas; en especial, de las que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los pacientes en el ámbito de la salud.

Gracias a los avances de la tecnología, el ser humano se ve afectado de nuevas formas que sobrepasan los procedimientos y respuestas pensadas. Es en estos casos en los que la Bioética entra en acción, trayéndonos nuevas formas de ver e interpretar los derechos, aplicándolos a estas situaciones límites para darles un nuevo sentido y proteger al ser humano en todos sus aspectos.

* La presente reseña ha sido realizada por la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico. Revisión y redacción: Claudia Lucia Castro Barnechea, Angela Casafranca Álvarez, Daniela Soto Flores. Revisión y edición: Eler Antonio Rojas Lucanas (Director).

** ROJAS BELLIDO, Gabriela y PINEDO BARRIENTOS, Geraldine- *Negativa a recibir tratamiento médico: análisis desde la Bioética Jurídica para el caso peruano* (2011). Tesis para obtener el Título Profesional. Grado: Sobresaliente. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

*** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Asesora legal del Instituto Nacional de Salud, Docente Adjunta de las cátedras de Seminario de Integración en Derecho Constitucional y Metodología para la Investigación de la Facultad de Derecho de la PUCP.

**** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Analista Legal del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Teniendo en cuenta esto, la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico solicitó el permiso a las autoras para poder reseñar esta tesis de titulación para optar por el título de abogado, con la esperanza de poder llevar a cada vez más personas estos conocimientos tan cercanos a la naturaleza misma del ser humano.

INTRODUCCIÓN

La Bioética es un campo de conocimiento que se caracteriza por ser transdisciplinario pues atraviesa campos tan diversos como la tecnología, el Derecho, la medicina y la ética, para lograr abarcar la complejidad de la realidad del ser humano y del avance de la modernidad, así como el efecto de este avance sobre la vida misma de las personas. Es así como esta área es joven en el mundo académico, especialmente en el Perú, pero empieza una interesante evolución que se explicará brevemente en las siguientes líneas.

De igual manera, las autoras nos llevan a conocer la evolución de esta rama desde sus inicios hasta la actualidad, y los problemas que ella nos hace enfrentar. Uno de esos aspectos es tomado como punto central por las tesis, así, se refieren al consentimiento informado y su importancia.

Para llegar a explicar la importancia del consentimiento informado, las autoras nos explican diversos conceptos relacionados a la medicina, la condición de los pacientes, sus derechos y las obligaciones de los médicos o profesionales de la salud para con estos.

Pasemos a recorrer el camino seguido por la Bioética y los conceptos claves para entender los postulados propuestos.

LA BIOÉTICA Y EL ABORDAJE DE LOS PROBLEMAS DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE.

La Bioética es una disciplina que se encarga de reflexionar sobre el presente y futuro de la humanidad, en tanto se ocupa de relaciones entre la ética, equidad, desarrollo, tecnología y sociedad. El término “Bioética” se usó por primera vez en 1970 para referirse a una nueva disciplina enfocada en el bienestar y calidad de vida de las personas en relación al desarrollo tecnológico siendo considerada como “un puente al futuro”.

Esta rama de la Ética irrumpe en la época desde una triple raíz: (1) la defensa de los DDHH luego de la II Guerra Mundial y los movimientos por la reivindicación de derechos civiles en EEUU, ambos sucesos en su relación con la medicina y la salud; (2) el poderío y ambigüedad moral del desarrollo científico-tecnológico para la supervivencia de la especie humana y el bienestar de las personas; y (3) los problemas de justicia en los sistemas de salud.¹

El punto de quiebre se dará, en relación con la medicina, mediante la reformulación de la Ética en la experimentación médica que se produjo a causa de los juicios contra los profesionales de la salud en el régimen nazi.

El hecho histórico más representativo de esta transformación en la aplicación de la tecnología en el ser humano se da en la II Guerra Mundial con Josef Mengele, médico oficial del campo de concentración de Auschwitz, conocido como el “Ángel de la Muerte” durante su estancia de 21 meses en dicho lugar, debido a que utilizaba métodos inhumanos de experimentación médica con los prisioneros con el objetivo de descubrir cómo crear una raza aria pura, lograr su perfección y reproducción.

Como consecuencia de este y otros hechos similares, en 1947 se publica el Código de Núremberg, donde se establecen los principios básicos que deben regir la experimentación en seres humanos. Asimismo, en 1948 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos, siendo esta la mayor expresión de reconocimiento y defensa de la Dignidad y Derechos Humanos.

Este hecho expresó un cambio de actitud política y social que entre sus alcances incluye el modo de realizar investigaciones científicas utilizando a los seres humanos. Las innumerables crueldades cometidas llevaron a la humanidad a una radical toma de conciencia sobre el tema.

Esta toma de conciencia llevó a la aparición de movimientos sociales de reivindicación de derechos civiles en los años sesenta que demandaban un estado de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y, por tanto, el reconocimiento de derechos de aquellos grupos discriminados.

Por otro lado, respecto a los derechos de los pacientes, la introducción de esta nueva noción ocasionará un viraje en la relación médico-paciente. Con estas nuevas concepciones se va dejando atrás la idea de que el enfermo no es un ser libre, que es incapaz de tomar por sí mismo decisiones y ser responsable de ellas.²

En los años XX, Van Ressenlaer Potter, oncólogo estadounidense, propone el término “Bioética” para hacer referencia a una nueva Ciencia; escoge dicho vocablo con el objeto de subrayar los dos elementos importantes que él considera debiera tener esta nueva sabiduría, los cuales necesita urgentemente el hombre para su supervivencia y la mejora de su calidad de vida: el conocimiento biológico y los valores humanos.

DEFINICIÓN Y OBJETO DE ESTUDIO

Desde el momento en que se instaura la Bioética como una nueva disciplina, la doctrina ha tratado de encontrar una definición al término en cuestión; sin embargo, hasta el día de hoy no se cuenta con un concepto universal. La Bioética

1 TELADI, Juan Carlos. *Bioética de los Derechos Humanos. Investigaciones Biomédicas y Dignidad Humana*. México, DF: Universidad Autónoma de México, 2008, p. 52.

2 GARAY, Oscar E. *Derechos Fundamentales de los pacientes*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

no es sólo descriptiva, sino que también delibera sobre el tipo de personas que deberíamos ser para vivir en armonía, sobre cómo se debería guiar la conducta del hombre a favor de su propio bienestar y las diversas metodologías éticas que deberían tomarse en cuenta. Se destaca la interdisciplinariedad de la Bioética ya que en ella no solo se encuentran recogidas la ética, medicina y biología, sino además otras ciencias de la vida cuyo objeto de estudio es el ser humano.

El término Bioética ha sido utilizado principalmente para estudiar y/o proponer soluciones a los dilemas éticos relacionados con la medicina y el gran avance de las biotecnologías, es decir, se ha circunscrito mayormente a la ética médica. Sin embargo, existe una diferencia entre ambas: mientras que la ética médica analiza situaciones exclusivamente de carácter clínico u hospitalario, sobre la relación entre el paciente y los diversos agentes encargados de vigilar su salud; la bioética reflexiona en torno al ecosistema en general, es decir, no solo estudia la vida humana sino también la del resto de seres vivos.

CUESTIONES METODOLÓGICAS DE LA BIOÉTICA

Propuesta Principalista

En principio, las autoras hablan de una Propuesta Principalista. El Congreso norteamericano creó la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y de Comportamiento, la cual, luego de un arduo trabajo de cuatro años, elaboró el Informe Belmont. Este documento tuvo como objetivo plasmar los principios y guías éticas básicas como marco analítico para resolver los problemas morales que surjan en toda investigación con seres humanos. Dichos principio son tres:

- a) Respeto a las personas
- b) Beneficencia
- c) Justicia

El principio que figuraba en el Informe Belmont como “Respeto a las Personas” va a ser reconocido ahora mediante el “Principio de la Autonomía”; por otro lado, se distingue el “Principio de Beneficencia” del “Principio de no Maleficencia”. Los principios son considerados “prima facie”, es decir, no son absolutos, razón por la cual todos se encuentran en un mismo plano horizontal, pero en casos particulares de conflicto tendrán que ser analizados y balanceados con el propósito de establecerse una jerarquía entre ellos.

Existen críticas provenientes del enfoque latinoamericano de Bioética, consideradas como unas de las más fuertes que se le hizo al Principalismo (norteamericano). Para dicho enfoque, un inconveniente que surge de la mencionada característica prima facie es que la idea de justicia ya no estaría siendo considerada.

LA BIOÉTICA Y LOS DERECHOS HUMANOS

La Bioética apareció como respuesta o alternativa de solución ante las carencias que se presentaban en la aplica-

ción del Principalismo. Este enfoque vincula los derechos morales y los derechos jurídicos, y propone el reemplazo de los derechos humanos por principios “éticos”.

Áreas de Estudio

Se describen cuatro temas de estudio: Bioética teórica, Bioética clínica, Bioética normativa y Bioética cultural.

La Bioética Jurídica

De la relación entre la bioética y el derecho da cuenta la Bioética jurídica. Según Eduardo Tinantla, la Bioética está encargada de la regulación, elaboración de proyectos y aplicación jurídica de los temas-problema que enfrenta esta disciplina. Además, esta área se encarga de orientar los avances de la tecno-ciencia y los cambios sociales y culturales de la globalización, recurriendo a los Derechos Humanos y a los valores y principios éticos universalmente aceptados. En ese sentido, el Derecho orienta, controla y regula el desarrollo de la ciencia y las nuevas tecnologías.

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS

Fue adoptada el 19 de octubre del 2005. Es el tercer instrumento de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura (en adelante, UNESCO) que hace explícita la asociación entre los términos Bioética y Derechos Humanos. Se establecen principios que guían toda práctica, actuación o toma de decisiones respecto a cuestiones de la medicina, las ciencias y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos. Las autoras resaltan los principios vinculados directamente a su trabajo: el respeto pleno a la dignidad, los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de todo ser humano; los intereses y el bienestar de la persona debe tener prioridad respecto a los de la sociedad en conjunto; la maximización de los beneficios directos para los pacientes, participantes en investigación y otras personas involucradas en medicina, las ciencias de la vida y en las tecnologías conexas aplicadas a seres humanos; Principio de Autonomía, a través del cual una persona tiene la facultad de adoptar decisiones por sí misma; y de otro lado, terceras personas tienen el deber de no emplear coerción para cambiarlas en el sentido que a ellas les parezca, sino más bien deben respetar lo que opte cada individuo; y el Principio de Consentimiento libre e informado (como consecuencia del principio anterior) del paciente, participante en investigación o persona interesada.

LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE Y LOS MODELOS ÉTICOS DE TOMA DE DECISIONES EN MEDICINA

El desarrollo de las ciencias facilita a los profesionales cuidar y defender la salud, no obstante, al mismo tiempo, ello produce un alejamiento entre el médico y su paciente, al estar este más preocupado por la enfermedad que

por la persona, situación que produce constantemente conflictos éticos.

En la época de la antigua Grecia se concebía que los profesionales de la salud podían ser los únicos en optar por las mejores alternativas en beneficio del paciente; de esta manera, este se encontraba en un estado de subordinación del criterio del médico respecto a los tratamientos a llevarse a cabo. Rescatamos el Principio de Beneficencia como institución resaltante en este modelo, que, según Siverino Bravio³, se describe como principio moral básico en el que el médico debe buscar el bien del paciente y darle un mayor predominio sobre el mal durante la asistencia médica.

Desde esa perspectiva, el paternalismo⁴ es una limitación intencionada de la autonomía de una persona por parte de otra cuando ésta apela exclusivamente a motivos de beneficencia. Partiendo de estas ideas, para las autoras resulta razonable que sea el médico quien tenga el mejor juicio, puesto que cuenta con argumentos científicos y válidos para saber qué es lo que le conviene al paciente; sin embargo, si la búsqueda del bien del paciente es definida a criterio del profesional mismo, nos podríamos encontrar en situaciones en que sean éstos quienes decidan, a veces no con acierto y siempre con riesgos, sobre la vida de los directamente interesados y afectados ante cualquier medida a tomar.

274

La transformación que se produce en el modo de entender la relación médico-paciente se debió a varios factores político-sociales que surgieron con el tiempo, tales como la reivindicación de derechos civiles a favor del ser humano en los años sesenta; y la transformación de la atención de salud como servicio público, con la que el Principio de Beneficencia se integra con el principio de justicia y se desarrolla así un mayor respeto por los derechos y autonomía de los pacientes.

Es aquí donde aparece el término de “consentimiento informado” que, según Francisc Abel⁵, es la expresión de un cambio en el modelo ético de toma de decisiones en la relación médico-paciente, el paciente, a través de la información brindada por el médico y comprensión cabal de ello, es quien decide lo que le conviene. Las autoras destacan el Principio de Autonomía como principio moral básico en el que el médico debe respetar las decisiones y acciones autónomas del paciente.

LAS DOS PARTES DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

El cambio del enfoque de “Beneficencia” al de “Autonomía” en la relación médico-paciente ha generado también una transformación en los derechos y obligaciones al interior de esta relación, estos criterios serán mencionados a continuación:

a. El profesional de la salud

Este tiene que hacer todo lo que esté a su alcance para velar por el bienestar del paciente; es decir, que el paciente se encuentre en un buen estado psíquico y somático. Para que esto sea posible, resulta necesario imponer a los médicos una serie de obligaciones.

b. Obligaciones de los médicos

Los deberes, derechos, responsabilidades y demás cuestiones relacionadas al servicio de salud están regulados en la Ley General de Salud (Ley N° 26842), y el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico. Estos mencionan: el deber de asistencia para con los pacientes; el deber de información al paciente sobre su situación clínica, el pronóstico, riesgos y beneficios de la intervención médica; solicitar el consentimiento informado al paciente antes de practicarle tratamiento alguno; mantener el secreto profesional para proteger el derecho del paciente a la confidencialidad de su historia clínica o de cualquier otro dato que le haya confiado; entre otros.

Asimismo, el médico tiene derecho a abstenerse a cumplir con alguna de sus obligaciones de existir una objeción de conciencia, derecho fundamental que las autoras argumentan en razones morales o convicciones sociales.

c. El paciente como sujeto autónomo

El paciente es aquella persona que presenta alguna alteración en el normal desarrollo de sus funciones biológicas. No obstante, a pesar de encontrarse en una situación de vulnerabilidad y dependencia, no pierde presencia la idea de autodeterminación como derecho de todo paciente. Para un análisis más exhaustivo, las autoras realizaron una distinción entre los pacientes que cuentan con plena autonomía de aquellos cuyo poder de autodeterminación es reducido.

Según Simón Lorda existen tres requisitos para el ejercicio de autonomía del paciente: (1) información suficiente y adecuada sobre el acto médico, (2) la persona debe contar con el discernimiento suficiente para tomar decisiones, y (3) la toma de decisión debe ser voluntaria, sin mediar coacciones. Para asegurar que el paciente haya ejercido su autonomía, se debe aplicar el concepto de “competencia” y no necesariamente el de “capacidad” -que hace referencia al requisito para perfeccionar actos jurídicos de contenido patrimonial-, en el que se describe un simple acto lícito que para considerarse válido precisa la comprensión por parte del paciente de las circunstancias en las que se encuentra, así como las consecuencias, con el fin de que pueda tomar una decisión al respecto.

Las autoras citan el artículo cuarto de la Ley General de Salud para tratar el caso de los pacientes que no podrán por sí mismos declarar su voluntad respecto a cuestiones de su salud y vida, siendo necesaria la intervención de representantes legales.

3 SIVERINO BRAVIO, Paula “La influencia del modelo de autonomía en la responsabilidad de los profesionales de la medicina”. En Revista de derecho, Arequipa: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, 2009, número 3, pp. 128 y 130.

4 Ídem, p. 132.

5 ABEL, Francisc. “Ética de la profesión médica”. En: GÓMEZ-HERAS, José María (coord.). Dignidad de la vida y manipulación genética: bioética. Ingeniería genética. Ética feminista. Deontología médica. Madrid: Biblioteca Nueva, 2002, p. 255.

No obstante, las autoras proponen que para los actos de carácter personalísimo se debiera usar el concepto de “competencia” en lugar del de capacidad civil. Se cita a Tunzi⁶ para nombrar cuatro probabilidades específicas a ser evaluadas en pacientes cuya capacidad de decisión se pone en duda: la posibilidad de entender la información sobre el tratamiento médico, la de apreciar cómo esa información se aplica a su caso, la posibilidad de razonar con dicha información, y la facultad de tomar una decisión y expresarla. Asimismo, Siverino Bravio⁷ menciona cinco elementos para que una persona pueda ejercer por sí misma derechos y deberes, siendo ellos los siguientes: Competencia -entendida como el discernimiento explicado en líneas anteriores-, madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad.

Para finalizar con este tema, las autoras señalan que los derechos de los pacientes son todos aquellos derechos de la persona relacionados con su salud. Desde esa perspectiva, según la legislación peruana disponible sobre este tema, las autoras enumeran los derechos que el ordenamiento otorga al paciente: derecho al respeto de su dignidad; derecho a la intimidad y confidencialidad; derecho a la información veraz, oportuna, y completa sobre el proceso del paciente, diagnóstico, tratamientos, pronósticos, riesgos y prevenciones; derecho a no ser sometido a investigaciones, exhibiciones con fines docentes sin antes haber otorgado el consentimiento informado; y el derecho de aceptar o rechazar tratamiento médico.

EL DERECHO AL RECHAZO Y/O SUSPENSIÓN DE TRATAMIENTO MÉDICO: ANÁLISIS DEL CASO PERUANO

Bioética y Derecho: Derechos y principios involucrados en el rechazo y/o suspensión de tratamiento médico conforme a la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos

A continuación, se analizará el tratamiento de la manifestación de libertad del paciente en el ordenamiento jurídico peruano, a partir de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos y los principios pilares en el estudio de esta Tesis: la dignidad, autonomía, derecho a la integridad psicoanalítica y el derecho al proyecto de vida.

Los Derechos Humanos se muestran como paradigma ético y la Dignidad como fundamento, sustrato, en el que asientan todos los Derechos Humanos. Las autoras citan a Andorno para entender la dignidad como un punto de referencia decisivo para todas las instituciones jurídicas y políticas, incluyendo dentro de ellas a la actividad médica⁸.

La doctrina reconoce las dificultades teóricas en el abordaje de la noción de dignidad humana, pues parte de ella

Cree que es difícil otorgarle un significado exacto y universal. No obstante, existe un acuerdo en considerarla como cualidad inherente al ser humano, es decir, que la dignidad nace con él, se es digno por el sólo hecho de ser de la especie humana.

Finalmente, la Dignidad en su vinculación con la salud y el ejercicio de la medicina se instaure como principio esencial que busca afirmar y consolidar la búsqueda de la protección del ser humano. Desde la Bioética Jurídica, la dignidad funciona como referente ético y jurídico de toda actuación humana, configurándose como un criterio unificador y orientador que busca discriminar aquellas conductas que se encuentran permitidas de las que no, en relación con el desarrollo biotecnológico.

Por otro lado, la relación médico-paciente se encontraba bajo el influjo de la medicina paternalista hasta que, la autonomía se fue abriendo paso, colocando al paciente en el centro de su relación con el médico. En ese sentido, la autonomía es la capacidad de autogobierno que nos permite elegir y actuar en función de nuestro sistema de valores. Las autoras identifican tres elementos constituyentes de una decisión autónoma: información adecuada y relevante, la que permite que la persona se encuentre en una mejor posición de adoptar decisiones que se adecúen a sus deseos o fines personales; intencionalidad, en cuanto la decisión no debe ser forzada; y carencia de interferencia externa, que posibilita una decisión totalmente conforme a los propios valores y creencias.

La autonomía, más que un derecho, es considerada por el autor como un principio a ser alcanzado, toda vez que las personas van a lograr desarrollarse en la vida como mejor les parezca, verán plasmados sus intereses en la realidad y mantendrán relaciones con terceros buscando su beneficio y el de su sociedad.

Así mismo, las autoras tratan extensamente el derecho a la integridad psicoanalítica. La integridad significa la intangibilidad de su corporeidad como la unidad de una tríada de elementos: corporales, psicosociales e intelectuales. Existen dos posturas en relación con la consideración de la corporeidad y el cuerpo: la primera solo considera al cuerpo “en sentido estricto” -la parte anatómica y funcional-; y la segunda señala que la corporeidad humana integra además la psique y el aspecto moral del ser humano.

Dicho lo anterior, el derecho a la integridad psicósomática está destinado a proteger esa indivisible unidad corpórea frente a actos lesivos, como cualquier amenaza, agresión o intromisión en la esfera corporal psicosocial y/o moral.

Su relevancia traspasa el ámbito individual, llegando a ser de interés social toda vez que si la unidad psicósomática se encuentra en óptimas condiciones, la persona puede

6 TUNZI, Marc. “Can the Patient Decide? Evaluating Patient Capacity in Practice”. En: American Family Physician. Washington, D.C.: 2001, volumen 64, número 2, pp. 299-306. Consulta: 28 de octubre de 2010. <http://geriatrics.uthscsa.edu/tools/CanthePatientDecide--Tunzi.pdf>

7 SIVERINO BRAVIO, Paula. Capacidad [diapositivas]. Lima: 2010

8 ANDORNO, Roberto. “Una aproximación a la bioética”, pp. 426-427.

contribuir con su trabajo a los demás miembros de la sociedad. Es por ello que cumple la doble función de proteger a la persona titular del derecho y de atender la exigencia de la sociedad de contar con el aporte de cada hombre y mujer.

El Perú recibió los principios de la Bioética jurídica para casos clínicos en el inciso primero del artículo segundo de la Constitución Política, que establece el derecho de las personas a su integridad psíquica y moral. Así mismo, el autor cita la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 2333-204-HC/TC, en cuanto señala que existe una vinculación indesligable del derecho en cuestión con la Dignidad, derecho a la vida, salud, seguridad personal, y el bienestar del hombre.

Con respecto al derecho a la vida, se debe asegurar que esta se desenvuelva con Dignidad y, para ello, es necesario ciertas exigencias o condiciones mínimas. Por otro lado, en el derecho a la salud se genera una relación con el buen desenvolvimiento de las diversas capacidades humanas, ampliadas dentro de un contexto de seguridad personal. Finalmente, el Tribunal Constitucional garantiza como regla general la irrenunciabilidad del derecho a la integridad, por lo tanto, en principio, ninguna persona puede atentar contra sí misma, ocasionándose limitaciones físicas voluntariamente.

276

La libertad constituye un pilar dentro de los derechos fundamentales, el cual no puede quedarse en un ámbito abstracto, sino que necesita de un “cuerpo” para materializarlos y llevar a cabo el “proyecto de vida”. La doctrina ha entendido que mientras el derecho a la integridad tutela la inviolabilidad corporal, lo concerniente a las facultades del sujeto para disponer de su cuerpo forma parte del derecho autónomo a disponer del propio cuerpo. Este tema se centra en dos ideas directrices: la facultad de disponer del propio cuerpo está incluido en el contenido del derecho a la integridad; y la otra que limita el contenido de este último a las amenazas o agresiones por parte de terceros y considera la disposición del propio cuerpo como un derecho autónomo.

Finalmente, se habla del “proyecto de vida”. Según la doctrina peruana este es el derecho a la realización del destino personal, del plan vital que posee para la persona una significativa valoración.

La expresión del “libre desarrollo” mencionada en el inciso primero de la Constitución, alude a la libertad del ser humano en su doble dimensión: libertad ontológica y fenoménica o proyecto de vida. Según Sessarego, el “libre desarrollo” debió proteger clara y directamente a la libertad o, mejor aún, al proyecto de vida, en vista de que el término “libre desarrollo” puede referirse a lo físico, mental, o a cualquier otro aspecto que forme parte de la complejidad del ser humano. Asimismo, el autor nos enumera tres fundamentos del proyecto de vida: la libertad, la co-existencialidad y la temporalidad.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que para llevarlo el proyecto de vida a cabo es necesario que la persona cuente con opcio-

nes que le permitan encaminar su vida como desee, de acuerdo a su propia escala de valores.

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA CONFORME A LA BIOÉTICA Y EL RECHAZO DEL TRATAMIENTO MÉDICO

La relación médico-paciente entró en crisis debido a diversos factores, entre ellos, el concepto de autonomía tomó más fuerza, convirtiéndose así en el poder de autodeterminación. En esta forma de relación médico-paciente empieza a ser clave la figura del consentimiento informado, a través del cual se garantiza el derecho a la libertad, la protección de la integridad y el proyecto de vida.

El consentimiento informado nace con la transición que realizó la jurisprudencia estadounidense de un modelo paternalista a la exigencia por el respeto a la autonomía del paciente. Asimismo, esta idea fue desarrollada en el Código de Núremberg y la Declaración de Helsinki.

La doctrina ha definido dicha figura como un proceso de diálogo entre el médico y el paciente, el que terminará con la manifestación hecha por este de manera expresa, a través de la cual va a exteriorizar su decisión final de aceptar o rechazar el tratamiento médico aconsejado.

En nuestro ordenamiento jurídico, el autor menciona con especial consideración la Ley 29414, del 30 de setiembre del 2009, que modifica los artículos 15°, 23°, 29° y el segundo párrafo del artículo 37° de la Ley General de Salud, que recoge disposiciones referentes al consentimiento informado.

En ese sentido, el consentimiento informado es un proceso gradual y verbal mediante el cual el médico le brinda la información adecuada a su paciente sobre su estado de salud, y este, o el representante legal si fuera el caso, autoriza ser intervenido quirúrgicamente o simplemente ser sometido a un diagnóstico.

Se reconocen tres elementos inherentes al consentimiento informado: (a) información, el paciente debe tener conocimiento de todo lo pertinente al posible tratamiento antes de aceptar el mismo, siendo información relevante: la naturaleza de la atención, los riesgos, los efectos colaterales y adversos, y los beneficios; (b) competencia, se determina si un paciente se encuentra facultado (psicológicamente) para expresar su consentimiento o no al momento de transferencia y apreciación de la información, siendo que por ello en Bioética se habla de “competencia” en lugar de “capacidad”; (c) voluntad, conformidad que da la persona para que proceda la atención médica, siendo sus requisitos el discernimiento, la intención, la libertad (elemento interno), y la exteriorización (elemento externo).

El consentimiento informado, en cuanto autorización, es revocable cuando así lo disponga el paciente o la persona responsable que lo haya otorgado previamente. Este derecho de revocación está expresado en el artículo nueve del Código Civil, y en las Leyes 29414 y 28189. El artículo cuarto de la Ley General de Salud presenta tres

materias importantes para una mejor comprensión de este tema: el consentimiento informado como regla, las excepciones, y la negativa a otorgar el consentimiento. Desde esa perspectiva, la voluntad del paciente al momento de otorgar el consentimiento informado, parte del respeto a su dignidad e integridad. Es por ello que no podría ser lógico que tal derecho personalísimo sea dispuesto por terceras personas.

No obstante, el artículo bajo análisis señala que no se exigirá el consentimiento informado en caso de intervenciones de emergencia, y cuando el estado de salud del paciente sea de tal gravedad que ponga en peligro inminente la vida o la salud de la persona. Esto, según las autoras, representa un ámbito de excepcionalidad dentro de la autonomía del paciente.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo cuarto en análisis establece la posibilidad que tiene el paciente a negarse libremente a que el médico realice el tratamiento. Asimismo, si el paciente opta por esta alternativa, estaría eximiendo de responsabilidad al médico tratante y/o al establecimiento de salud. Tal como se venía describiendo en líneas anteriores, este derecho se sustenta en los mismos principios que fundamentan el consentimiento informado, es decir, Dignidad, autonomía, integridad y proyecto de vida de las personas.

EL RECHAZO DE TRATAMIENTO MÉDICO EN EL DERECHO COMPARADO: LOS CASOS DE ARGENTINA Y ESPAÑA

Cerrando con este capítulo las autoras presentan dos casos internacionales notables en el ámbito de la toma de decisiones dentro de la Bioética Jurídica: Argentina y España. En el caso de Argentina, resaltan la existencia de la Ley N° 26529, “Ley de los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”, que busca regular la relación de los pacientes con los profesionales e instituciones de salud públicas y privadas, en específico, el ejercicio de los derechos de los pacientes en cuanto a la autonomía de la voluntad, información y documentación médica. Asimismo, se resalta dos casos paradigmáticos ante la Corte Suprema “Bahamondez” y “Parodi”. El primero trata sobre la negativa de tratamiento de un testigo de Jehová por cuestiones religiosas y el segundo trata de la misma negativa, pero debido a convicciones personales.

Para el caso de España se cita la Ley 41/2002. “Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica”, que tiene las siguientes materias plasmadas dentro de su regulación: Autonomía del paciente, información médica y documentación clínica. Adicionalmente, presenta siete principios básicos para orientar toda actividad médica: dignidad humana, respeto a la autonomía de la voluntad, intimidad, consentimiento

informado requerido, derecho a decidir libremente entre las posibles alternativas de tratamientos, derecho a la negativa de tratamiento, y el deber del profesional de ejercer la medicina correctamente. Finalmente, este apartado nos comenta el caso “Alegre Valiés”, en el cual se otorgó amparo a una pareja de testigos de Jehová que, por convicciones religiosas, aceptaron el fallecimiento de a su hijo de 13 años que se negó voluntariamente a recibir una transfusión de sangre.

PAUTAS ÉTICAS EN EL CUIDADO Y TRATAMIENTO DE PACIENTES EN EL TRANCE FINAL DE LA VIDA Y SU RELACIÓN CON LAS MEDIDAS DE SOPORTE VITAL

Para empezar a tocar este tema, las autoras optan por usar el concepto de salud en su faceta integral: conjugar los saberes biomédicos sobre la salud con el saber de las ciencias antropológicas y sociales sobre la misma.⁹ Para que un individuo pueda gozar de este estado se requiere un equilibrio entre factores tales como las condiciones adecuadas del entorno, vivienda digna, buena nutrición, etc. Por lo antes descrito se puede concluir, en la línea de la OMS, que cuando el sujeto se sienta íntegro por la ausencia de afecciones físicas, mentales y se pueda desarrollar en libertad será cuando experimente un estado de bienestar biológico, psicológico y social gozando de plena salud.

Comprendiendo el concepto de salud usado por las autoras, se pasa a definir a la enfermedad como un desequilibrio entre los factores mencionados y las condiciones del individuo. Dependiendo de la gravedad del desequilibrio se crean niveles: primario, secundario y terciario; y a su vez, dependiendo de los grados de complejidad: cuidados mínimos, cuidados intermedios y cuidados intensivos. Dentro de los considerados pacientes en cuidados intensivos están los pacientes críticos y terminales. Estos son precisamente los pacientes cuya situación es vital y en las que se centra la Tesis en reseña.

Las autoras acogen la definición de Óscar Garay que indica que el diagnóstico de “Síndrome Terminal de Enfermedad” es el estado clínico que tiene como expectativa la muerte en corto plazo.¹⁰ Esta fase se puede caracterizar por la presencia de enfermedad avanzada, incurable y progresiva; ausencia de respuestas a tratamientos idóneos y específicos; pérdida de esperanza en la recuperación, entre otros aspectos que señala la doctrina especializada. Por todo lo antes descrito, es deber del médico curar y cuando esto no sea posible, aliviar el sufrimiento y proteger los intereses de sus pacientes.

Por lo general, los pacientes en el trance final hacen uso de medidas de soporte vital. Estas medidas abarcan toda intervención médica, técnica, procedimiento o medicación encaminada a mantener las funciones vitales, que en el momento se encuentran en situaciones de riesgo

9 TEALDI, Juan Carlos. “Salud y enfermedad”. En TEALDI, Juan Carlos. Diccionario Latinoamericano de Bioética, pp. 559-561.

10 GARAY, Oscar. *Derechos Fundamentales de los Pacientes*. Óp. Cit., p. 313

inminente, y así prevenir la parada de la función cardiorespiratoria.

Con respecto a los parámetros para la aplicación de medidas de soporte vital es necesario mencionar que no existen guías de práctica clínica sobre estas medidas. En el Perú, estos criterios se establecen de acuerdo a la *lex artis* y el consenso de los médicos en el caso específico. Esto debe entenderse, no solo como pautas técnicas y científicas, sino también éticas.

En los casos en donde se hace necesario el uso de soporte vital se crea una situación de complejidad para determinar las medidas que se deben usar y los límites a estas. Cuando se trata de medidas de soporte vital a pacientes terminales, el médico encuentra su obligación, en tanto, este suministro constituya un acto médico que proporcione mejorías al paciente (conducta benéfica) y que además el paciente así lo considere, luego de efectuado un análisis que tendrá como elementos importantes la información brindada por el médico, la consideración de sus propios valores y realización de su proyecto de vida, pues como las autoras explican, es el paciente quien se encuentra llamado a determinarlo (respeto por la autonomía).

RESGUARDO A LA DIGNIDAD DEL PACIENTE EN EL PROCESO FINAL DE LA VIDA Y SU DERECHO A RECHAZAR MEDIDAS DE SOPORTE VITAL

278

Con respecto a este tema, hay tres puntos esenciales que deben ser tomados en cuenta: la dignidad del paciente terminal, su derecho al proyecto de vida y su derecho a rechazar cualquier medio de soporte vital que sirva para prolongar artificialmente su vida.

Todo parte de un punto fáctico, el desarrollo de la biotecnología encuentra en los Derechos Humanos un límite. Es así que, al presentarse la Dignidad como la raíz de la que estos derechos surgen, ésta se constituye en el principio rector de la investigación científica, marcando la pauta sobre aquello que no se puede hacer si se quiere respetar la dignidad del paciente que padece una enfermedad terminal, nunca obviando la persona que verdaderamente es. Pero las autoras hacen que nos cuestionemos sobre la verdadera naturaleza de la Dignidad. Luego de un análisis, llegan a la conclusión de que ésta es un derecho inherente al ser humano, pero, lo que es más importante y vinculado con el tema de la tesis es que, la condición especial en que se encuentra el enfermo terminal, no lo hace menos merecedora del respeto de su Dignidad.

De esto se deriva que el pilar ético de cualquier médico sea tratar al paciente, en este caso en estado terminal, como un fin y no como un medio para la satisfacción de intereses que no sean el suyo, lo cual garantiza el ejercicio de su libertad. Y, específicamente, dentro de esos fines se encuentran el tener la facultad de permitir su muerte, respetando el proceso natural de su enfermedad. Este punto es neurálgico, ya que, como lo señalan las autoras, si el médico respetase la dignidad y, por lo tanto, la libertad

del paciente terminal sobrepondría su interés a aquellos por los cuales se busca mantenerlo con vida empleando todos los medios técnicos disponibles.

Partiendo de la idea de libertad, se señala que dentro de un segundo punto de vista, encontramos como fruto de esa libertad, el “proyecto de vida”, aquello que la persona ha decidido ser y hacer en su vida. En el paciente terminal este derecho se hace evidente en la autodeterminación que realiza respecto a temas vinculados con su salud y su cuerpo. Dicha autodeterminación se va a plasmar en el consentimiento o negativa que ha de brindar el paciente, como condición previa a cualquier intervención médica.

Respecto al derecho a rechazar las medidas de soporte vital, existen dos posiciones. La primera de ellas, minoritaria, señala que el ejercicio de este derecho implicaría una vulneración al derecho a la vida, con lo cual sería equiparable a las prácticas eugenésicas, que, como más adelante es abordado, son dos cosas distintas.

Se plantea que la vida debe ser entendida desde dos dimensiones: la biológica y la biográfica, cada una de las cuales merece ser objeto de protección. Sobre la dimensión biológica no se hace mayor profundización, pero es respecto a la dimensión biográfica donde surge la discusión. De acuerdo a la dimensión biográfica, el derecho a la vida incluiría elementos de bienestar y de proyecto individual; es decir, una vida digna estaría fundamentada en la autonomía de la persona, la provisión de condiciones materiales básicas de existencia e integridad física y moral. Las autoras consideran que el Tribunal Constitucional Peruano se inclina cada vez más a considerar elementos no biológicos en el ámbito de protección al derecho a la vida. Se concibe, entonces, la vida dentro de su interdependencia con otros derechos como la libertad y la Dignidad; siendo así, es posible afirmar que la vida no es un límite. El paciente debe poder decidir, en base a su autodeterminación, qué vida quiere vivir y cómo, pudiendo libremente rechazar medidas de soporte vital.

Con la evolución del núcleo duro protegido por el derecho a la vida, se pasa del paternalismo a la autonomía; el médico, a pesar de tener los conocimientos que el paciente no tiene acerca de las ciencias de la salud, dejará que el paciente, como sujeto capaz que es, tome la decisión sobre su futuro.

La tarea del médico será brindar una información suficiente y adecuada para que sea él el que tome una decisión respecto a estos temas; a la expresión de la autonomía del paciente traducida en la aceptación o el rechazo del empleo de medidas de soporte vital se le denomina Consentimiento Informado, el cual es un derecho para el paciente y, al mismo tiempo, un deber para el médico.

Tres son los elementos del Consentimiento Informado: Información, autonomía y voluntad. En el caso de los enfermos terminales, siempre se cuestiona su competencia para tomar decisiones de esta envergadura, ya que la situación especial en la que se encuentra puede haber afectado su discernimiento y, por ende, su facultad para decidir. La autora, lejos de seguir esta argumenta-

ción, manifiesta que el paciente terminal, en tanto no se haya declarado su interdicción, es capaz legalmente. Si se señalase que el paciente, estando lúcido y con discernimiento, no es competente para tomar decisiones de este tipo, se lesionaría su autodeterminación.

Continuando con la temática de este capítulo, se analiza el tratamiento legal del rechazo del tratamiento médico por parte del paciente terminal en la experiencia extranjera; se evalúan los casos de Argentina y España.

En el caso de Argentina, es la provincia de Río Negro y la de Neuquén las que cuentan con una ley que reconoce al paciente terminar el derecho a una muerte digna. No nos detendremos en este punto, más allá de señalar que estas leyes no autorizan la eutanasia, sino que permiten que un paciente terminal adulto manifieste su voluntad de rechazar métodos desproporcionados que le resultan cruentos y que alargan artificialmente la vida.

Por su parte, el marco legal español, que parte de la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, proclama que en el ámbito de la sanidad, toda actuación requiere el consentimiento del paciente, a fin de que sea éste quien decida libremente entre las opciones clínicas disponibles y a oponerse a toda intervención o tratamiento médico.

El tema planteado en esta tesis también requirió un análisis jurisprudencial, por lo que las autoras reunieron fallos y sentencias formulados por Cortes y Juzgados argentinos, chilenos, colombianos.

COLOFÓN

Como hemos visto, la Bioética nos lleva a conocer las situaciones límite para la vida misma del ser humano, siendo un área transdisciplinaria que abarca muchos campos del conocimiento. En este caso, las autoras de la tesis que reseñamos nos llevan a conocer la evolución de la Bioética y la importancia para la protección de los derechos humanos. Las autoras centran su análisis en el estudio de una figura jurídica de mucha relevancia: el consentimiento informado. Esta figura implica algo más que una mera formalidad, refiere a todo un proceso de comunicación entre médico y paciente para que el especialista en la salud le dé al paciente toda la información necesaria para que este pueda decidir adecuadamente sobre los procedimientos que quiere que se le apliquen y hasta que límite quiere que se usen. De esta manera, las autoras nos plantean que este consentimiento es un mecanismo determinante para que se respeten los derechos de los pacientes en los momentos más vulnerables de sus vidas, protegiendo no solo su salud a nivel físico si no su salud de manera integral.