

ALFREDO JORGE KRAUT

Bachiller del Colegio Nacional de Buenos Aires. Abogado. Presidente de la Comisión de Derecho y Salud de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Consultor de la Organización Panamericana de la Salud. Colaborador de la Organización Mundial de la Salud

LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES

Prólogo de
ATILIO ANÍBAL ALTERINI



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

CL-1-100

ÍNDICE GENERAL

Agradecimiento.....	9
Prólogo.....	11

PREFACIO

1. Nuevo marco de la prestación médica. La salud como mercancía y la subordinación de los valores esenciales: justicia, equidad, solidaridad, dignidad.....	15
2. Los avances científicos y el Derecho	17
3. Nuevos daños, nuevas víctimas	17
4. Objetivos del libro: tender a la protección de los derechos fundamentales de los pacientes.....	20

PRIMERA PARTE

AVANCES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO POSITIVO

CAPÍTULO I

VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS. AVANCES NORMATIVOS Y ESCOLLOS EN SU PRÁCTICA HOY

1. El principio de la supremacía de la persona.....	25
2. Situación actual. Los derechos fundamentales en un modelo injusto.....	28

CAPÍTULO II

SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ETAPAS GENERACIONALES E INSTRUMENTOS BÁSICOS

1. Surgimiento. Etapas.....	35
2. Las sucesivas generaciones de derechos humanos.....	36
2.1. Derechos de primera generación.....	36
2.2. Derechos de segunda generación.....	37
2.3. Derechos de tercera generación	38
2.4. Reformulación de algunos derechos de primera y segunda generación.....	39

2.4.1. El principio de no discriminación, una nueva dimensión del derecho a la igualdad. El derecho a ser diferente	39
2.5. El derecho al desarrollo: reformulación de los derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales)	39
3. Instrumentos internacionales de derechos humanos	41
3.1. Declaración Universal de Derechos Humanos	41
3.2. Los pactos internacionales	42
3.2.1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	43
3.2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	45

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL: GARANTÍAS. LA MULTIPLICACIÓN DE LOS DERECHOS

1. Universalización e internacionalización.....	49
1.1. Etapa de universalización.....	50
1.2. Etapa de internacionalización	51
1.3. La armonización entre universalidad e internacionalización.....	52
2. Hasta dónde alcanza hoy el amparo de los derechos humanos.....	52
2.1. De las normas a la práctica.....	52
2.2. Límites de la efectividad y protección de los derechos humanos.....	54
3. La multiplicación y especificación de los derechos humanos	57
4. Nivel protector de los derechos fundamentales en la Argentina	59
5. Los derechos fundamentales y la protección genérica que entrañan	63
6. Los derechos fundamentales especificados en el derecho interno.....	65

SEGUNDA PARTE

DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS DE LOS PACIENTES

CAPÍTULO IV

LA AUTONOMÍA Y LA DIGNIDAD DE LA PERSONA: DERECHO A LA VIDA, LA SALUD Y LA INTEGRIDAD PSICOFÍSICA

1. Introducción.....	69
2. Criterios clasificatorios de los derechos fundamentales de los pacientes. La protección de los diferentes bienes jurídicos	70

CAPÍTULO V

EL DERECHO A VIVIR

1. Derecho a vivir con dignidad	73
2. Protección jurídica	73
2.1. Legislación de derecho público aplicable al tema	74
2.1.1. Protección constitucional	74

2.1.2. Código Penal	76
2.2. Legislación de derecho privado aplicable al tema	76
2.2.1. Código Civil	76
3. Cuestiones que se plantean	77
3.1. El valor de la vida humana	77
3.2. El fin de la vida humana. El derecho a una muerte digna en conflicto con el derecho a la vida. Eutanasia, ortotanasia y suicidio asistido	79
3.2.1. Problemáticas de los pacientes y sus familiares en circunstancias extremas, como resultado de las nuevas técnicas paliativas	79
3.2.2. La alternativa entre opciones extremadamente críticas	81
3.2.3. Humanizar “versus” medicalizar la muerte	82
3.2.4. El derecho a morir dignamente	83
3.2.5. Prácticas para demorar la muerte. Tratamientos extraordinarios. Terapia intensiva y unidades de cuidados paliativos	84
3.2.6. Principio de autonomía y derecho constitucional a una muerte digna	85
3.2.7. Prácticas anticipatorias de la muerte: eutanasia activa y asistencia al suicidio	90
3.2.7.1. Eutanasia activa. Ortotanasia	90
3.2.7.2. Sobre el suicidio asistido	96
3.3. Morir con dignidad: antecedentes jurisprudenciales	98
3.4. El camino hacia la dignificación de la muerte en Argentina	104
3.4.1. Un proyecto de ley sobre la muerte digna	104
3.4.2. Humanizar la muerte: libertad de reclusos con dolencias terminales	106

CAPÍTULO VI

**EL DERECHO DE VIVIR:
DERECHO A UNA MUERTE DIGNA Y SUICIDIO**

1. Conflictos éticos y jurídicos. Antecedentes y esbozos de respuestas	107
1.1. Entre la sacralidad de la vida y su calidad	107
1.2. El problema del suicidio. Definición y caracterización. La situación de la persona con tendencias suicidas	110
1.2.1. Definición. Algunos criterios	110
1.2.2. Breves referencias teóricas e históricas	112
1.3. ¿Existe un derecho al suicidio en el derecho argentino actual? La licitud del suicidio. Disenso doctrinal	115
1.4. Distintos supuestos	117
1.4.1. Autoeliminación y suicidio racional. Justificación de la intervención médica. El suicidio asistido. ¿El derecho a la muerte incluye el suicidio racional?	117
1.4.2. Suicidio asistido	121
1.5. Dilema entre la prevención del suicidio y la intervención coactiva. Predicción. ¿Derecho a una muerte digna de un suicida potencial?	124
1.5.1. La predicción del suicidio	124
1.5.2. Prevención	127
1.5.3. Complejidad de las decisiones médicas	129
1.5.4. Suicidio de un paciente hospitalizado	130
1.5.5. Conclusiones	131

CAPÍTULO VII

DERECHO A LA INTEGRIDAD PSICOFÍSICA I

1. Introducción.....	133
2. La protección legal.....	135
2.1. La Constitución protege la vida y la integridad de quienes habitan suelo argentino (art. 18, Const. Nac.).....	136
2.2. Integridad psicofísica y tutela penal.....	136
2.3. La tutela en el derecho privado.....	137
2.3.1. La protección de la integridad psicofísica. Incapacidad. El daño psíquico.....	138
2.3.1.1. El daño psíquico.....	138
2.3.1.2. Daño psicológico y daño moral.....	140
2.4. Recomendaciones y propuestas doctrinarias para la tutela del cuerpo humano....	141
3. Decisión y acto médico.....	142
3.1. Autonomía y tratamiento. El consentimiento del paciente y la intervención médica. Consentimiento informado.....	142
3.1.1. ¿Cómo tomar una decisión racional? Alianza terapéutica e incertidumbre subyacente en la práctica médica.....	142
3.1.2. Regla general. Necesidad de un consentimiento eficaz para prácticas médicas sobre el cuerpo del paciente. Excepciones.....	147
3.2. Consentimiento informado. El derecho a recibir la información pertinente. Ausencia de consentimiento. Excepciones. Jurisprudencia.....	148
3.2.1. Concepto. La autonomía del paciente. Zona de tensión entre autodeterminación del paciente y paternalismo médico. Relación de confianza.....	148
3.2.2. Requisitos: capacidad, voluntariedad e información médica. Requisitos formales.....	150
3.2.2.1. El requisito de la capacidad y el ejercicio de la autonomía.....	150
3.2.2.2. Voluntariedad de la decisión.....	153
3.2.2.3. Información médica.....	154

CAPÍTULO VIII

DERECHO A LA INTEGRIDAD PSICOFÍSICA II

1. Ausencia del consentimiento informado.....	173
1.1. Incapacidad para prestar el consentimiento informado. La decisión por otro. Consentimiento por representación del enfermo.....	173
1.1.1. La decisión por otro. Representación del incapaz.....	173
1.1.2. ¿Cómo se decide? La decisión por otro en la práctica. Criterios sustitutos empleados en la jurisprudencia norteamericana.....	175
1.2. Negativa al tratamiento. Perspectivas clínicas y legales.....	176
1.2.1. Perspectiva legal.....	178
1.2.1.1. La negativa al tratamiento en el derecho norteamericano.....	178
1.2.1.2. La negación del consentimiento en nuestro derecho.....	180
1.2.1.3. La norma aplicable.....	180
1.2.1.4. La doctrina autoral.....	182
1.2.1.5. Jurisprudencia.....	183

1.2.1.6. La negativa al tratamiento de parte de personas con afecciones mentales. El tratamiento coactivo.....	184
2. Límites legales en cuanto a la exigencia del consentimiento informado.....	187
2.1. La decisión de parte del destinatario.....	188
2.2. Privilegio terapéutico o deber de asistencia (¿hay un derecho a la mentira?).....	188
2.3. Incapacidad del paciente. Representación. Falta de allegados.....	190
2.4. Hipótesis de extrema urgencia: el consentimiento presunto.....	191
2.5. Razones de bienestar general o de salud pública.....	191
2.6. Supuestos problematizados.....	192

CAPÍTULO IX

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD
Y A UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA**

1. Un campo muy extendido de problemas.....	193
1.1. Imperativos y contradicciones ante el mandato de proteger la salud.....	194
1.2. Vínculo entre el derecho fundamental a la salud y la calidad de vida.....	195
2. Significado de "salud". El acceso a la salud: tutela y promoción.....	197
2.1. Definición de la salud.....	197
2.2. La promoción de la salud.....	198
2.3. El acceso al cuidado de la salud.....	199
2.3.1. El derecho a la salud: una conquista progresiva.....	200
2.3.2. El acceso a la salud y la legislación.....	201
3. Niveles del derecho a la protección de la salud.....	202
3.1. Derecho constitucional a la protección de la salud pública.....	202
3.2. Derecho constitucional a la atención de la salud individual (atención médica)....	203
3.3. Derechos constitucionales para la protección específica. Las cartas de derechos de los pacientes. Legislación sobre derechos de los enfermos.....	204
3.3.1. Derechos específicos de los pacientes en relación con la asistencia médica.....	204
3.3.2. Los derechos del paciente en la jurisprudencia norteamericana, en las declaraciones internacionales y en las cartas.....	206
3.3.3. Legislación sobre derechos de los pacientes. El tema en la Argentina.....	209
4. Desarrollo del derecho a la salud en nuestro sistema normativo.....	212
4.1. La protección de la salud en el texto constitucional. Tutela sustantiva: derecho civil constitucional. Tutela procedimental: la acción de amparo.....	212
4.2. Los instrumentos supranacionales con rango constitucional.....	216
4.3. La formulación de un derecho civil constitucional protector de la salud. Contenido, legitimación, obligaciones. Mecanismos de garantía.....	221
4.3.1. Viejos y nuevos derechos: carácter y exigibilidad.....	221
4.3.2. Sujetos del derecho a la salud, individuales y colectivos.....	223
4.4. El derecho a la salud en las constituciones provinciales y en la legislación ordinaria. Función de la ley como garantía del derecho a la protección de la salud. Ajuste de la legislación interna.....	226
4.4.1. El constitucionalismo provincial argentino y el derecho a la salud.....	226
4.4.2. El derecho a la salud. Protección penal y civil.....	227
4.4.3. Legislación infraconstitucional complementaria.....	228

CAPÍTULO X

DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD PERSONALES

1. Derecho a la libertad y a la seguridad personales en la Constitución Nacional y en la normativa internacional.....	233
1.1. Introducción. Conceptos genéricos.....	233
1.2. La libertad personal en la Constitución Nacional.....	234
1.3. La protección de la libertad y seguridad personales y los instrumentos jurídicos internacionales.....	234
1.3.1. La tutela de la libertad personal en los tratados supranacionales con jerarquía constitucional.....	234
1.3.2. Detención y restricción de la libertad.....	236
1.3.3. Garantías sustantivas y procedimentales.....	236
1.3.4. El alcance del derecho a la libertad personal (incluye la seguridad personal).....	236
1.3.5. La privación arbitraria de la libertad. Privación ilegal de la libertad.....	237
1.4. La reserva de ley: garantía esencial de la libertad personal.....	238
1.5. Derecho constitucional de las personas privadas de su libertad a no ser torturadas ni sometidas a penas o tratos inhumanos o degradantes.....	239
1.6. Garantías de carácter procesal.....	240
1.6.1. El derecho a saber los motivos de una detención.....	240
1.6.2. El derecho a ser llevado sin demora ante un juez.....	240
1.6.3. El hábeas corpus.....	240
1.6.4. Respeto al debido proceso: derecho a ser juzgado sin demora.....	241
1.7. Las garantías judiciales.....	241
2. La libertad personal. Tutela penal y civil.....	242
2.1. La protección penal.....	242
2.2. La protección civil de la libertad de la persona con discapacidad mental. Internación psiquiátrica coactiva: regulación específica.....	243
2.2.1. La norma original y su aplicación histórica.....	243
2.2.2. La reforma de 1968. Incorporación de los párrafos 2º y 3º al artículo 482 del Código Civil.....	245
2.2.3. La ley 22.914.....	248
2.2.4. Los “Principios de Salud Mental”.....	250

TERCERA PARTE

DERECHOS TUITIVOS DE LA DISCAPACIDAD Y LA MINUSVALÍA

CAPÍTULO XI

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

1. Introducción.....	253
2. Documentos internacionales en materia de minusvalías.....	255
3. Derechos fundamentales de las personas minusválidas.....	261
3.1. Discapacidad y discriminación: diferenciación para la igualdad.....	261
3.2. Acerca de la discapacidad: terminología. Clasificación.....	266

3.3. Magnitudes	269
3.4. Prevención y rehabilitación de la discapacidad. Logro de la igualdad de oportunidades	270
3.4.1. Prevención	270
3.4.2. Rehabilitación	270
3.4.3. Logro de la igualdad de oportunidades	271
4. Marco regulatorio actual. Constitución Nacional. Constituciones provinciales. Legislación específica tuitiva de la discapacidad	272
4.1. La tutela constitucional de la discapacidad	272
4.2. La protección de la discapacidad en las constituciones provinciales	273
4.3. La legislación específica	273
5. La afectación de la salud: discapacidad y daño	276
6. Hacia el reconocimiento de los derechos específicos	278

CUARTA PARTE

LA SOCIEDAD, EL DERECHO Y LA SALUD MENTAL

CAPÍTULO XII

DERECHO Y SALUD MENTAL

1. Introducción	283
1.1. Salud mental y orden jurídico: exigencias y desencuentros en la hora actual	284
1.2. Enfermedad mental y sistema económico: productores y marginados. La actitud de la sociedad	288
1.3. La familia ante la enfermedad mental. Familia e institucionalización	292
2. La salud mental en la Argentina: hechos y derechos	294
3. Breves notas sobre la historia de la locura y de las instituciones psiquiátricas	300
3.1. Hacia el sistema manicomial	300
3.2. El tratamiento moral	304
3.3. La psiquiatría biologista-organicista	310
3.4. Teoría psicoanalítica. La psiquiatría alternativa	310
3.5. ¿Desmanicomialización, deshospitalización o humanización del hospital psiquiátrico?	312
3.5.1. El persistente debate entre el modelo hospitalario y la propuesta desmanicomializadora	312
3.5.2. Revisión del modelo deshospitalizador	321
3.5.3. Algunas propuestas inmediatas	325
3.6. Consideraciones finales	326

CAPÍTULO XIII

**LA PROTECCIÓN DE LOS DÉBILES JURÍDICOS.
EL ENFERMO MENTAL EN EL CONTEXTO ACTUAL DE LA LEY**

1. La desprotección del enfermo mental en la trama del derecho vigente	327
--	-----

2. Sistema jurídico argentino aplicable a las personas con discapacidad mental. La protección en los códigos y leyes especiales.....	330
2.1. Código Penal.....	331
2.2. La legislación civil.....	331
2.3. La normativa procesal.....	334
2.4. Leyes especiales.....	334

CAPÍTULO XIV

DERECHOS HUMANOS DE LOS DISCAPACITADOS MENTALES. NORMAS MÍNIMAS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON AFECCIONES MENTALES

1. La internacionalización de los derechos humanos relativos a la protección de las personas con trastornos mentales. Tratados, pactos, convenciones, declaraciones, principios, normas genéricas.....	337
2. Antecedentes en la protección de los derechos de las personas con afecciones psíquicas. El camino hacia una convención.....	342
3. Los principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental (O.N.U., 1991).....	344
4. Los principios de salud mental y los derechos específicos.....	347
4.1. Los Principios de Salud Mental: estándares mínimos de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental.....	347
5. Valor jurídico de los Principios.....	351
6. Las normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.....	353

CAPÍTULO XV

LOS PRINCIPIOS PROTECTORES DE LA PERSONA CON AFECCIONES MENTALES. DERECHOS FUNDAMENTALES ESPECÍFICOS

1. Reconocimiento formal. Eficacia. Fiscalización.....	355
2. Hacia un catálogo de derechos singulares: normas internacionales mínimas para el trato de personas con discapacidades mentales.....	358
3. Principios específicos: derechos mínimos de los pacientes mentales.....	360
3.1. Principios vinculados a las restricciones a la libertad.....	360
3.1.1. Derecho a la internación.....	360
3.1.2. Estándares para la internación involuntaria.....	361
3.1.3. Derecho a resistir la internación.....	361
3.1.4. Derecho a ser tratado en todo momento con la solicitud, el respeto y la dignidad propias de su condición de persona.....	362
3.1.5. Derecho a la internación en condiciones ambientales gratas.....	362
3.1.6. Derecho a ser informado.....	363
3.1.7. Derecho a oponerse a una transferencia institucional injustificada, salvo por estrictas razones terapéuticas.....	363
3.1.8. Garantías procesales y judiciales.....	363
3.1.9. Garantías judiciales.....	364

3.1.10. Control jurisdiccional sobre las condiciones de la internación.....	364
3.1.11. Derecho al egreso	365
3.1.12. Derecho al debido proceso de internación psiquiátrica	365
3.1.13. Derecho a mantener la capacidad, en la medida de lo posible.....	366
3.1.14. Derecho al alta médica y a la externación judicial	366
3.1.15. Derecho a la comunicación	366
3.1.16. Derecho a la protección del patrimonio y del lugar físico que ocupaba antes de internarse.....	366
3.1.17. Derecho a la seguridad y a la indemnidad	367
3.1.18. Autoridades ante quienes recurrir.....	367
3.1.19. Acciones disponibles	367
3.1.20. Reparación por internación o retención institucional innecesaria o arbitraria .	367
3.2. Principios vinculados al diagnóstico y tratamiento	368
3.2.1. Derecho a recibir la mejor atención, y el tratamiento apropiado y menos restrictivo, según las más elevadas normas técnicas y éticas.....	368
3.2.2. Derecho a que se le presten los medios apropiados tendientes a la cura o mejoría.....	369
3.2.3. Derecho a la terapia farmacológica adecuada.....	369
3.2.4. Tratamiento y autonomía del paciente	369
3.2.5. Derecho a la continuidad del tratamiento	370
3.2.6. Derecho a la información	370
3.2.7. Derecho a participar del programa de curación	370
3.2.8. Derecho a un registro preciso del proceso terapéutico (historia clínica ade- cuada) y a tener acceso a ese registro.....	371
3.2.9. Derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible	371
3.2.10. Derecho a la asistencia en la comunidad.....	371
3.2.11. Derecho a negarse a un tratamiento determinado	372
3.2.12. Derecho a la confidencialidad del tratamiento.....	372
3.2.13. Derecho a no ser objeto de pruebas clínicas ni de tratamientos experimen- tales sin su consentimiento informado	372
3.2.14. Se prohíbe la esterilización	373
3.2.15. Autoridades ante las cuales recurrir	373
3.2.16. Acciones disponibles	373
3.3. Principios relativos a los restantes derechos fundamentales del paciente	373
3.3.1. Derecho a no ser calificado como enfermo mental	373
3.3.2. Derecho a no ser discriminado.....	374
3.3.3. Derecho a la intimidad	375
3.3.4. Derecho a la confidencialidad.....	375
3.3.5. Derecho a la personalidad civil y a la capacidad	375
3.3.6. Derecho a la igualdad.....	376
3.3.7. Derecho a trabajar y a recibir la correspondiente remuneración	376
3.3.8. Derecho a la rehabilitación y a la resocialización.....	376
3.3.9. Derecho a libertad de religión y conciencia.....	377
3.3.10. Derecho a la protección por parte del Estado	377
3.3.11. Autoridades ante las cuales recurrir.....	377
3.3.12. Acción de amparo.....	377

CAPÍTULO XVI

INTERNACIÓN PSIQUIÁTRICA INVOLUNTARIA

1. Introducción. Propósitos.....	379
2. Algunas reflexiones sobre la internación involuntaria.....	381
3. Estándares para justificar una internación involuntaria.....	382
3.1. Criterios de enfermedad mental.....	382
3.2. Criterios de peligrosidad y necesidad de tratamiento.....	383
4. Principios rectores y garantías en la internación psiquiátrica civil, involuntaria o coactiva.....	386
5. La actuación del sistema judicial en el internamiento forzoso de personas con afecciones mentales. Modelo médico y modelo jurídico. Su articulación imprescindible para la protección de los derechos de los internados.....	387
5.1. El control de la legitimidad de la internación forzosa. El peso del dictamen psiquiátrico en los procesos de internación.....	387
5.2. Análisis de los conceptos de peligrosidad. Su relación con el concepto de daño y riesgo.....	390
5.2.1. Magnitud del daño.....	394
5.2.2. Grado de probabilidad.....	394
5.2.3. Frecuencia.....	397
5.2.4. Inminencia.....	397
5.3. El daño a sí mismo o a terceros.....	398
6. Los derechos fundamentales relativos a la internación psiquiátrica involuntaria.....	399
7. Responsabilidad civil derivada de la privación injusta de la libertad y de la violación de los derechos del paciente institucionalizado.....	399
7.1. Jurisprudencia nacional: caso en que se debatió sobre la legitimidad de un internamiento psiquiátrico.....	402
8. Conclusiones. Falencias del sistema actual.....	406

ANEXO

Código de Nuremberg.....	411
Declaración de Helsinki.....	413
Cartas de Derechos de los Pacientes (<i>Patient's Bill of Rights</i>).....	417
Declaración de los Derechos de los Impedidos.....	420
Declaración de Alma-Ata.....	423
Declaración de Lisboa. Derechos del Paciente. Cartas de Derechos del Paciente.....	428
Declaración de Hawai II.....	429
Declaración de Luxor. Derechos Humanos de los Enfermos Mentales.....	432
Declaración de Caracas.....	436
II Congreso Internacional de Derecho de Daños.....	439
La Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental.....	441
Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental.....	443
Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.....	458
Derechos de los Pacientes.....	492
Proyecto de Ley sobre Derechos de los Enfermos Terminales.....	503