

DOCTRINA

LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL ÁMBITO SANITARIO. VOLUNTADES ANTICIPADAS Y SUSPENSIÓN DE TRATAMIENTOS

Mariana Blengio Valdés*

RESUMEN. *El respeto a los derechos y libertades de las personas mayores de 60 años constituye el eje de la última Convención Interamericana aprobada en 2015 por la OEA. El tratado ratificado por Uruguay en 2016, introduce la perspectiva bioética en el abordaje de algunos aspectos de sus previsiones. Esta nota tiene por objetivo destacar la relevancia e incidencia del tratado, en relación a la regulación jurídica de la condición humana al final de la vida. Concretamente, las voluntades anticipadas y/o suspensión de tratamientos. En su carácter de tratado internacional, su ratificación incide directamente en legislaciones existentes en los países miembros de la OEA, aspecto que focalizamos en relación al impacto que este compromiso internacional genera a Uruguay en estos aspectos específicos.*

PALABRAS CLAVES. *Bioética. Derechos Humanos. Personas mayores. Voluntades anticipadas. Convención.*

ABSTRACT. *The core of the last Inter-American Convention adopted by the OAS in 2015 is to respect the rights and freedoms of people older than 60 years of age. The treaty, ratified by Uruguay in 2016, introduces bioethical perspectives in the approach of some aspects of its provisions. This comment aims to highlight the impact of this Convention in regards to legal regulations about human condition at the final stages of life. In particular, advance decisions and/or treatment suspension. As an international treaty, its ratification directly affects existing legislation in OAS' member states, aspect in which we focus in relation to the impact*

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora (adj) Derechos Humanos y Bioética Facultad de Derecho UDELAR. Correo electrónico: ius@netgate.com.uy

that this international compromise has in Uruguay in this specific matters.

KEYWORDS. *Bioethics. Human Rights. Older people. Advance decisions. Convention.*

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, documento aprobado en Washington el 15 de junio de 2015, entró en vigor el 11 de enero de 2017.¹ El texto aborda la situación de las personas mayores de 60 años, cualquiera sea su sexo o condición, en todos los ámbitos de la vida incursionando en aspectos que refieren directamente a la ética de lo vital y los derechos en el área clínica y sanitaria. El tratado introduce y define, conceptos sustanciales de la temática, como la discriminación, estigmatización, abandono, cuidados paliativos, envejecimiento activo y saludable, vejez, servicios socio-sanitarios integrados. Temas que en Uruguay vienen incorporándose a partir de una incipiente legislación con perspectiva bioética.

La Convención se centra en la necesidad de adoptar medidas para garantizar a la persona mayor el goce efectivo de sus derechos dentro de los cuales, un lugar primordial ocupa la vida y el derecho a vivir y morir con dignidad, en igualdad de condiciones con todos los sectores de la población. En su artículo 3 establece los principios generales aplicables a la Convención entre los que se destacan: la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía; valorización de la persona, la igualdad y no discriminación.

En el ámbito sanitario la Convención consagra el derecho a la salud en el artículo 19: “la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental sin ningún tipo de discriminación”. Enumera a continuación las obligaciones que asumen los Estados Partes para asegurar este derecho y garantizar su goce a través del diseño de políticas públicas que aseguren su atención preferencia y acceso universal, equitativo, oportuno en los servicios integrales de salud de calidad basados en la atención primaria, y aprovechar la medicina tradicional, alternativa y complementaria de conformidad con la legislación nacional y con los usos y costumbres”. (inciso a).

Bajo el título “Derecho a la independencia y la autonomía” el tratado en su artículo 7 establece “el derecho de la persona mayor de tomar decisiones, definir su plan de vida, desarrollar una vida autónoma conforme a tradiciones y creencias”. Lo que resulta armónico con las previsiones contenidas en el artículo 6, el cual prevé el “derecho al goce de la vida y el derecho a vivir con dignidad la vejez hasta el fin de sus días”, reconociéndose el derecho integral al cuidado y bienestar en todas las etapas de la vida. El convenio define al “cuidado paliativo” como “la atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor. Esta atención específica abarca al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan”. (artículo 2 inciso 3).

¹ Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp Fecha de consulta: 27 de mayo 2017. Fue ratificado por Uruguay por ley 19430 de 8 setiembre 2016.

En relación a la atención sanitaria y en el marco de la autonomía como principio, la Convención específicamente en su artículo 11 hace hincapié en el derecho “irrenunciable” a brindar consentimiento “libre e informado”. Establece que “la negación de ese derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor” (inciso 1). Las previsiones del tratado luego refieren en cuanto al final de la vida, a la posibilidad de manifestar la voluntad anticipada y el derecho a negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos (artículo 11 incisos finales).

Destacando la importancia de esta Convención, puntualizaremos algunos aspectos que consideramos singulares en su contenido:

I. RESEÑA DE FUENTES EN EL PREÁMBULO

En el Preámbulo de esta Convención, como es ya costumbre en tratados básicos del Sistema de Protección de los derechos humanos, se hace referencia a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos ambas de 1948. Se remite como es de orden, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado sustancial para la organización y que centra su mirada en la protección de los derechos civiles y políticos sin perjuicio del progresivo desarrollo de los económicos sociales y culturales. A continuación el Preámbulo destina un párrafo a diversas fuentes en carácter de Principios de ONU a favor de las personas de edad (1991); Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre Envejecimiento (2003); Declaración de Brasilia (2007); Plan de Acción de la OPS sobre salud de personas mayores (2009); Declaración de Compromiso Puerto España (2009) y la Carta de San José de los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe (2012). (Párrafo 8° del Preámbulo). Fuentes que sin lugar a dudas remiten a la temática en cuestión y cuya inclusión nos parece también sumamente valiosa y atendible.

El eje central de este Convenio como señalamos, gira en torno al principio de respeto a la dignidad de la persona y en el marco de ésta, la valorización de su libertad, autonomía y autodeterminación en todos los planos vitales. La incorporación de los documentos referidos en el Preámbulo fortalece y proyecta el documento demostrando la preocupación creciente de la comunidad internacional en sus diferentes ámbitos y manifestaciones por proteger en forma integral a las personas mayores. El texto es testimonio del proceso de especificación de la protección de los derechos humanos que busca fortalecer desde una perspectiva específica los derechos en función de la vulnerabilidad de los grupos o situaciones. En este caso, las personas mayores, especialmente vulnerables por razón de envejecimiento.

En términos de principios generales la vinculación armónica con otras fuentes internacionales como la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en 2005 es notoria. Esta última, más allá de su amplitud en relación a los sujetos que alcanza (no solamente mayores de 60 años) contiene un vínculo ineludible con este tratado. Ambos documentos refieren como eje central al principio de respeto de la dignidad de la persona y los derechos que de su condición existencial emanan en una perspectiva de la ética en lo vital que se encuentra inserta en

sus contenidos. Entendemos por tanto que su referencia en el Preámbulo, debería haberse incluido.²

II. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA

La Convención como hemos ya mencionado, dedica diversos artículos a los derechos y libertades en el ámbito sanitario refiriendo también a las obligaciones de los Estados Partes en relación a su observancia y efectiva protección que asegure el goce integral de los mismos.

Nos detendremos en esta breve nota sustancialmente a algunos aspectos del derecho a la salud (artículo 19) los que se analizan en armonía con el derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (artículo 9), el derecho a no ser sometido a torturas ni tratos inhumanos crueles o degradantes (artículo 10); el derecho a brindar el consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (artículo 11); el derecho a recibir servicios de cuidado a largo plazo (artículo 12); el derecho al acceso a la información (artículo 14) y el derecho a la privacidad e intimidad (artículo 16).

En el marco del derecho a la salud, la Convención establece aspectos relevantes tal cual nos detendremos a analizar.

En primer lugar consagra el “derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento” de carácter “libre e informado”, de manera “previa, voluntaria y expresa” en el ámbito de la salud. Con el correlativo derecho a modificarlo o revocarlo. Toda negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor.

En contrapartida la Convención dispone asimismo que los Estados deberán elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones existentes, sus riesgos y beneficios. Agrega que los mecanismos que elabore el Estado deberán brindar una información “clara, adecuada y oportuna” que de “forma accesible” sea presentada de manera comprensible de acuerdo a la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación del adulto mayor.

En cuanto al fin de la vida, el Convenio establece que la persona mayor tiene “derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos ya sean de carácter físico o síquico y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión”. (Párrafo 6º del referido artículo 11).

Como puede apreciarse el Convenio refiere directamente a la auto determinación de la persona, en este caso mayor, en ejercicio de su libertad inherente a su condición humana.

² Sobre la proyección de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005) puede ampliarse en: “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO” Coordinadores Yolanda Gómez Sancho y Héctor Gros ESpiell. Granada, 2006; “Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO” Coordinadora María Casado. Observatori de Bioètica i Dret. Universidad de Barcelona y Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, España 2009.

Dicha determinación trasciende la asistencia clínica abarcando integralmente cualquier tipo de medicina, e incluye también la auto determinación en el campo de investigación o experimentación tanto síquica como física. Por tanto su alcance es verdaderamente amplio. Téngase presente que en algunos países entre los que se encuentra Uruguay, las disposiciones sobre investigación en seres humanos a nivel legal son escasas y se encuentran referidas a algunos problemas específicos.³

El consentimiento informado está previsto genéricamente en la legislación uruguaya por la ley 18335 tanto para la atención clínica sanitaria como para la investigación en seres humanos. El artículo 12 de dicha norma dispone que todo procedimiento debe ser “expresamente autorizado por el paciente sujeto de investigación, en forma libre, luego de recibir toda la información en forma clara sobre los objetivos y la metodología de la misma”. En el ámbito clínico la ley determina que “todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante, luego de recibir información adecuada, suficiente y continua, y el profesional de salud”. (artículo 11). Debiéndose consignar el consentimiento en lo diagnóstico y terapéutico en la historia clínica del paciente. Hacemos referencia a esta norma legal en tanto no distingue grupos etéreos y su alcance es general tanto en lo clínico como en materia de investigación lo que no implica que co existan otras previsiones legales que también refieran al consentimiento como condición para garantizar la autonomía del usuario y el paciente en forma más específica como ser las normas referidas a la reproducción humana asistida o las voluntades anticipadas.

En relación a las denominadas voluntades anticipadas la Convención establece en el inciso 7 del artículo 11, el “derecho a manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de salud, incluidos cuidados paliativos”. Señala que “la voluntad anticipada podrá ser revocada, modificada o ampliada en cualquier momento sólo por la persona mayor, a través de instrumentos vinculantes, de conformidad con la legislación nacional”.

La incidencia de estas previsiones resulta significativa y nos permite abrir una instancia de interpretación que puede arrojar algunas interrogantes.

El tratado en sí de naturaleza vinculante irrumpe en el ordenamiento jurídico y su contenido pasa a integrarlo al verificarse la ratificación en base a lo previsto en la Constitución de la República (artículo 168 numeral 20 y 85 numeral 7). Por tanto resulta necesaria su armonización con la normativa interna que eventualmente co exista en el Estado Miembro de la OEA, que opte por ratificar este tratado.⁴

En relación a Uruguay entendemos que la Convención se armoniza básicamente con la regulación legal sobre voluntades anticipadas, cuyas disposiciones las prevén desde el año

³ Puede verse al respecto BLENGIO VALDÉS, Mariana. “Sobre la regulación jurídica bioética de la investigación en seres humanos en Uruguay”. En Revista de Derecho Público No. 50, Montevideo, 2016, pp. 167 a 182. Disponible en: www.revistaderechopublico.com Fecha de consulta: 28 de julio 2017.

⁴ Del estudio de las ratificaciones operadas a la fecha de elaboración de este aporte Bolivia, Costa Rica y Uruguay han ratificado esta Convención. Por su parte Argentina la ha firmado al igual que Brasil y Chile. Resta aún la ratificación del tratado y el depósito del instrumento internacional. Los demás países de la OEA, no han firmado el tratado. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp Fecha de consulta: 27 de mayo 2017. Fue ratificado por Uruguay por ley 19430 de 8 setiembre 2016.

2009 a través de la ley 18473, norma que fuera reglamentada por Decreto 385/2013. Sin embargo procederemos a puntualizar algunas diferencias.

La Convención parece no acotar dicha manifestación a una determinada patología como si lo hace la ley uruguaya que reduce la posibilidad de hacer valer las instrucciones dadas con anterioridad en casos de “patología terminal, irreversible e incurable” (artículo 1 inciso 2). La falta de referencia a dicha situación específica en la propia Convención genera algunas dudas de interpretación.

Concretamente si es de aplicación en los hechos la legislación nacional que pueda ser restrictiva en tanto solo puede darse en la situación terminal incurable o irreversible antes mencionada o si por el contrario es de aplicación el contenido del tratado, que no prevé tales circunstancias.

Para discernir esta problemática puede recurrirse al principio in dubio pro omine, cuyo alcance determina que en caso de duda ante la norma a aplicar a una persona habrá de optarse por la que signifique lo mejor o más beneficioso para la persona en sí misma, y lo contemple más integralmente desde la consideración de su condición humana y derechos inherentes. La duda entonces consistiría en definir si en base a este principio será de aplicación la ley nacional en tanto restrictiva protege al individuo o si por el contrario deberían aplicarse estas previsiones que respetan la voluntad en su sentido más esencial y no la limitan desde una mirada que puede ser conceptualizada como paternalista estatal, a la situación fáctica de irreversible, incurable o terminal, que determine las características de dicha patología.

Pero más aún. La decisión que se adopte en uno u otro sentido, puede generar también problemas vinculados con la igualdad en relación a quienes no poseen aún 60 años. La Convención tiene por sujeto de derechos a las personas mayores. Por tanto son sólo los integrantes de este grupo etario quienes eventualmente podrían adoptar voluntades anticipadas más amplias si se opta por la aplicación el tratado. No así quienes no han llegado a los 60 años a quienes solo se les aplicaría la ley nacional en tanto no están comprendidos por las disposiciones del tratado.

En cuanto a la suspensión de tratamientos:

La ley uruguaya establece el derecho a “oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos” (ley 18473 artículo 1). Mientras que la Convención incluye disposiciones que pueden interpretarse como más amplias al disponer que la persona mayor puede: “aceptar, negarse a recibir o interrumpir” tratamientos médicos o quirúrgicos incluidos la “medicina tradicional, alternativa y complementaria; y todo lo que refiere a la investigación no solo física sino síquica”. Más allá del alcance de los verbos “aceptar y oponerse” véase que comprende la interrupción, además de referir a todos los tipos de medicina y la investigación de la cual pueda ser objeto lo que la legislación uruguaya no considera específicamente en la ley.

La interrogante entonces radica en definir estas interferencias entre ley y tratado en tanto parecería que la norma internacional está determinando una mayor amplitud en materia de derechos y libertades de este grupo de personas mayores de 60 años en relación al final de la vida. Tanto para definir anticipadamente sus voluntades como para suspender o el tratamiento que reciben. Aspecto que en los hechos puede generar más allá de lo jurídico algunas dudas en su aplicación práctica y asistencial.

III. REFLEXIÓN FINAL

El ejercicio sobre el impacto de esta Convención en el ordenamiento jurídico nacional que hemos realizado, valdrá por cierto para todos los países que incluyan en su agenda la posible ratificación de este tratado. Con las posibles consecuencias que la falta de armonización del texto con la legislación nacional pueda implicar. O en su caso, ante la ausencia de regulación la constatación de que será esta la norma a aplicar en caso de que se llegue a tal circunstancia.

El relevante contenido de la Convención es testimonio, como hemos planteado, del proceso de especificación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos atendiendo las particularidades de un grupo etáreo, personas mayores de 60 años. Y que incluye aspectos que hacen a la vida en su conjunto. Pero sobre todo con aspectos que la nutren desde una perspectiva bioética, que a la fecha no tiene antecedentes tan nítidos en el sistema de protección americano.

Su implementación puede determinar una necesaria adecuación normativa de las fuentes, a los efectos de su armonización. En tanto las dudas en su interpretación pueden arrojar alguno problemas prácticos.

En lo formal pero con alcance también sustancial, también destacamos la necesidad de intensificar la perspectiva bioética en las normas de fuente internacional, proceso que entendemos debe proyectarse a nivel regional en el seno de la OEA. En la búsqueda de un consenso internacional sobre los grandes desafíos que en materia de derechos humanos irrumpen vertiginosamente a partir del avance biotecnológico. Proceso que cuenta con invalorable iniciativas que ofician de antecedentes ineludibles como la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

ANDORNO, Roberto. “La dignidad humana como fundamento de la Bioética y los Derechos Humanos” En Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (Gros Espiell y Gómez Sanchez Coordinadores). UNESCO, Paris, 2008, pp. 253 a 270.

BLENGIO VALDÉS, Mariana. La dignidad humana como parámetro de interpretación en fuentes de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Bioética. ¿La definición inexistente?. En Revista de Derecho Público. No. 49, FCU. Montevideo, 2016, pp. 31 a 54. Disponible en: www.revistaderechopublico.com Fecha de consulta: 29 de mayo 2017.

BLENGIO VALDÉS, Mariana. “El Derecho de la Bioética a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948”. En Revista Brasileira de Bioética, Volumen 4 número 1 y 2, Brasilia 2008, pp. 35 y ss.

CASADO, María. Bioética y Derecho. En Declaración Universal de DDHH UNESCO. UNESCO, España, 2006.

DICCIONARIO LATINOAMERICANO DE BIOÉTICA. (Juan Carlos Tealdi – Coordinador). UNESCO, Themis, Universidad Nacional de Colombia, 2008.

GROS ESPIELL, Héctor. Bioética y Derechos Humanos. En Etica, Bioética y Derecho, Bogotá 2005.

GROS ESPIELL, Héctor. Bioética y Derecho. En Etica, Bioética y Derecho, Bogotá 2005.

LUNA, Florencia y SALLES, Arleen. Develando la Bioética. Perspectivas Bioéticas en las Américas. Año 1 No. 1, 1996.

- MAYOR ZARAGOZA, Federico.** “La Bioética y los derechos humanos como objetivos de la UNESCO”. En Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (Gros Espiell y Gómez Sanchez Coordinadores). UNESCO, Paris, 2008, pp 1 a 9.
- STOLKINER, Alicia.** “Derechos humanos y derecho a la salud en América Latina: la doble faz de una idea potente” en Medicina Social, No. 1, Volumen 5, marzo 2010. Disponible en: <http://www.medicinasocial.info/index.php/medicinasocial/article/view/410> . Fecha de consulta: 27 de mayo 2017.

31 julio 2017.