

ACUERDO N° 38 :En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los diecinueve (19) días de abril de dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores OSCAR E. MASSEI y EVALDO D. MOYA, con la intervención de la subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "D. M. A. S/DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD" (Expte. N° 178 -año 2011) del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES:

A fs.899/911 A. I. D. -hermana y curadora de M. A. D.- mediante apoderado interpone recurso extraordinario local contra el decisorio dictado por la Alzada el 6 de septiembre de 2011 obrante a fs. 877/891vta., que confirma la resolución del Juzgado de Familia N° 2 que luce a fs. 819/825vta. y en consecuencia, rechaza el pedido de autorización judicial realizado por las representantes legales para el retiro, cese y abstención de todas las medidas de soporte vital que mantienen en forma artificial la vida de su hermano M. A. D.

A fs.923/928vta. obra la contestación del Ministerio de Incapaces, a fs.929/931vta. la del Curador Especial y a fs.943/945, previa intervención de los subrogantes de los Ministerios Públicos ante el Cuerpo, se declara admisible, a través de la Resolución Interlocutoria N° 83/2012 el recurso de Inaplicabilidad de Ley incoado (fs. 943/945).

A fs. 949 se pasan los obrados en vista al Sr. Defensor ante el Cuerpo, quien manifiesta que no corresponde la nueva remisión a su Ministerio, atento haber tomado ya la debida intervención.

A fs.952/955vta. el Sr. Fiscal del Tribunal Superior de Justicia emite dictamen.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que este Cuerpo resuelve plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley impetrado? b) En su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. OSCAR E. MASSEI, dice:

I. En primer término, considero pertinente efectuar una síntesis de los extremos relevantes de la causa, de cara a la impugnación extraordinaria deducida.

1. Que a fs.9/10 y 13 (febrero de 1995), se presentan A. D. y G. W. y solicitan se declare la incapacidad de su hijo M. A. D., quien se encuentra en estado de coma a raíz de un accidente de tránsito. Asimismo, piden que se designe curadora a su hermana A. I. D.

A fs.53/vta. se declara incapaz por demencia a M. A. D. y se nombra curadora a A. I. D.

A fs.355 se designa curadora en forma conjunta y/o alternativa a A. S. D., también hermana de M. A. D.

A fs.418/426vta. las curadoras A. I. D. y A. S. D. solicitan se ordene el retiro de todas las medidas de soporte vital que mantienen en forma artificial la vida de M. A. D. Refieren que habiéndolo solicitado a la institución LUNCEC, donde se encuentra internado su hermano, ésta requirió a la Auditora Médica Dra. Ana María Irusta un diagnóstico y evaluación de la situación del paciente.

Señalan que a instancias de la facultativa se expide el Comité de Bioética de la Subsecretaría de Salud a través de su coordinadora la Dra. Andrea Macias; el Jefe del Servicio de Terapia Intensiva del Hospital Castro Rendón, Dr. Víctor Sciuto y el Dr. Carlos Gherardi, Consultor Honorario del Hospital de Clínicas y miembro del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva.

Consignan que el Dr. Víctor Sciuto informa: “[...] el estado actual, sin cambios clínicos significativos desde su última valoración neurológica en el año 2006, es compatible con estado vegetativo, y que ello supone que `no hay evidencia de conciencia de sí mismo o del medio que lo rodea; no hay movimientos intencionados, sugestivos de conducta aprendida, con algún propósito, reproducibles y/o sostenidos; no hay evidencia de capacidad de elaborar una comunicación, comprensión o expresión a través de lenguaje alguno y que no hay evidencia de actividad cognitiva residual” (cfr. Fs. 418vta/419).

Siguen diciendo que el especialista destaca:

“La permanencia del cuadro clínico, habiéndose descartado toda otra causa eventualmente reversible de estado vegetativo permite definirlo como `permanente´, indicando luego que `esta situación debe ser comunicada de manera fehaciente a sus familiares directos de tal manera que sepan que el paciente..., no tiene posibilidad alguna de recuperación neurológica que permita calidad de vida mínima´. Concluye el experto indicando que: `Toda la bibliografía médica y precedentes ético-legales recomiendan en el EVP limitar el esfuerzo terapéutico, lo cual incluye no tratar complicaciones infecciosas y/o cualquier tipo de disfunción orgánica. Sostener la nutrición enteral y/o la hidratación es una decisión médica posible con amplia referencia bibliográfica, [...] especialmente facilitada por un acuerdo explícito con los familiares directos y/o referencias por parte de los mismos acerca de la voluntad anticipada del paciente en cuestión. Sin lugar a ninguna duda, y esto no está en discusión, al paciente lo asiste el derecho a una muerte digna” (sic. fs. 419).

Refieren que la situación jurídica por la que atraviesa su hermano es similar a la que transitan las denominadas personas por nacer, ya que son absolutamente incapaces de hecho y capaces de derecho relativo, que actúan a través de sus representantes, resultando una “persona por morir”, ya que no existe ninguna posibilidad de recuperación de su situación clínica, y si no fuera por la implementación de medidas de sostén vital, la abreviación del ciclo vital ya se hubiera producido.

Invocan la Nota N° 31/2009 de la Subsecretaría de Salud en cuanto refiere:

“no existe conflicto ético por coincidir la indicación médica con la voluntad expresada por escrito del familiar a cargo del paciente, ambas en todo de acuerdo con las recomendaciones de las sociedades científicas correspondientes”.

Expresan que finalmente LUNCEC a través de su representante legal, no hace lugar a la petición familiar -sosteniendo el carácter no vinculante de los referidos dictámenes- y sugiere el traslado hacia otra institución que acuerde con el deseo familiar.

Aseveran que LUNCEC ha relativizado la opinión de expertos en bioética y desconocido la jurisprudencia local y nacional sobre el tema.

En ese sentido, expresan que M. A. D. está siendo sometido a encarnizamiento terapéutico y práctica distanásica, lo que consideran prácticas crueles, aberrantes y degradantes, y citan jurisprudencia del Juzgado interviniente que ha señalado que el reconocimiento de la dignidad de las personas impide que las prácticas médicas sean desarrolladas sin satisfacer ningún interés del paciente o lo que resulta equivalente, asegurando su sobrevivencia en detrimento de todo sentido de la dignidad humana.

Expresan que ello resiente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y además viola la Constitución Nacional a partir de la incorporación de sendos instrumentos del sistema universal de Derechos Humanos, tal como lo indica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Manifiestan que la negativa de la institución a suspender y retirar el soporte vital en M. A. D. es una suerte de apropiación indebida de su agonía, que constituye encarnizamiento terapéutico a través de la negación de la muerte como desenlace del proceso vital a través del establecimiento de medidas extraordinarias y desproporcionadas que prolongan la vida en forma artificial, penosa y gravosa.

Afirman que la Ley Nº 17.132 de ejercicio de la medicina establece el respeto a la negativa al tratamiento, que la normativa local Nº 2.611/08 consagra además el derecho que le asiste a las representantes del paciente en cuanto a la solicitud de suspender los tratamientos descriptos.

Asimismo, expresan bajo declaración jurada que cuando eran chicos, en una oportunidad, junto a su hermano M. A. D. se encontraban leyendo una revista Selecciones en la que se comentaba el caso de la estadounidense Karen Ann Quinlan, que se encontraba en coma por consumo de alcohol y drogas, el penoso camino que emprendieron los padres solicitando el retiro del soporte vital y que su hermano M. A. D. la miró y le dijo "si alguna vez a mí me pasa algo, a mí me dejas morir".

2. A fs.532/535vta. se presenta LUCHA NEUQUINA CONTRA EL CANCER (LUNCEC), mediante apoderado, manifiesta que las hermanas de M. A. D. afrontan el costo del servicio de internación y cuidadora, que recientemente han solicitado se retire la asistencia kinesioterapia motora y respiratoria, como axial y que no se suministre tratamientos antibióticos, ante lo cual manifiesta la objeción de conciencia de la institución y la necesidad de intervención judicial.

A fs.564/590 obra informe pericial a cargo del Dr. Diego Zunino y la Dra. Haydee Fariña, profesionales del Cuerpo Médico Forense, quienes sostienen:

"De la evaluación realizada se constata que presenta: persona en decúbito sin lesiones por el mismo (escaras), vigil, sin respuesta al entorno, sin ninguna comunicación verbal al interrogatorio, alimentado por yeyunostomía por imposibilidad de deglutir, sin respuesta a órdenes verbales, con sonda vesical permanente y con

pañales por incontinencia vesical y rectal, sin signos de descompensación cardíaca aguda, moderada secreción bronquial, normohidratado, ligeramente hipotrófico, espasticidad marcada en cuatro miembros, movimientos incoordinados en miembros superiores.

“Por evaluación realizada y los informes obrantes en autos se puede considerar que el Sr. presenta un Estado Vegetativo Permanente [...].

“Surge de la revisión del expediente que todos los profesionales, Área y Comités de Bioética Provincial y de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, consultados se orientan a definir la limitación del soporte terapéutico [...]” (fs. 589/590).

3. A fs.712/721 obra informe pericial realizado por el Dr. Carlos Losada, Jefe del Cuerpo Médico Forense, quien concluye:

“El paciente es un paciente desahuciado en estado terminal, por lo tanto: tiene derecho a morir. No es ético dar ningún tipo de tratamiento: kinesiología, medicinas, antibióticos, tratarlo de cualquier manera, intentar recuperarlo si se agrava, menos aun internar en Terapia Intensiva, etc. Si se infecta no es lícito tratarlo. Su asistencia debe limitarse a hidratarlo y alimentarlo y darles los cuidados llamados de confort, cambio de ropas de cama, rotarle para que no se escare, etc. Todo lo demás está fuera de la ética y no lícito, por lo tanto no está dentro de la cobertura de ningún sistema sanitario, sea cual fuere”(cfr. fs. 721 el resaltado pertenece al original).

A fs.757/769 obra informe del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva certificado.

A fs.770/792 obra informe del Comité de Bioética del INCUCAI certificado.

A fs.797/799 obra informe de la Dra. Andrea Macias Coordinadora del Área de Bioética Dirección Provincial de Gestión de la Subsecretaría de Salud de la Provincia.

4. A fs.808/vta. el Ministerio de Incapaces se opone a lo peticionado por las curadoras y a fs.810 el Curador Especial se expide en el mismo sentido.

5. A fs.819/825vta. se dicta sentencia rechazando el pedido de autorización judicial formulado por las curadoras y se hace saber a los médicos tratantes que deberán realizar la totalidad de las acciones que el arte de curar indique como cuidados paliativos en pos de la vida del causante procurando las medidas necesarias para atender a su confort psíquico, físico y espiritual, mejorando en la medida de lo posible su calidad de vida.

La sentenciante sostiene que en autos no se cuenta con la manifestación de voluntad expresa del paciente en cuanto a las medidas a tomar, por lo que resulta necesario evaluar si dicha voluntad puede ser sustituida por la de sus hermanas en carácter de curadoras y en su caso si las condiciones de salud de M. A. D., lo justifican.

Reseña las diversas posturas que se sostienen sobre la sustitución de la voluntad en casos como el presente. Señala que aún con pensamientos que sostienen una posición u otra, que defienden la vida o aceptan el pedido de morir dignamente por sí o por terceras personas, no se ha dictado legislación de fondo al respecto.

Analiza el caso concreto, destaca que las curadoras han arbitrado los medios para un adecuado cuidado de su hermano, que no se trata de una persona con capacidades disminuidas, sino de una persona que carece de capacidades y que hasta ahora no tiene posibilidad de revertir ello.

Afirma que de los informes obrantes en autos surge que M. A. D. no tiene factibilidad alguna de recuperación neurológica que permita calidad de vida mínima. Ante tal situación no es posible para nadie, menos aún para el curador, arbitrar ya más medidas tendientes a que el insano recobre su capacidad.

Luego la sentenciante se interroga sobre si el diagnóstico justifica el proceder pretendido, destacando la sobrevida de M. A. D., la inexistencia de padecimientos extremos y la circunstancia de que no se encuentre en etapa terminal.

Sostiene que estas consideraciones toman fuerza luego de haber tomado contacto con el enfermo.

Refiere que ninguno de los informes médicos pone énfasis en que un estado terminal aqueje al paciente, pese a que el estado vegetativo sea considerado permanente e irreversible.

Argumenta que la hidratación y alimentación no son tratamientos médicos y que el suministro de antibióticos constituye una asistencia básica de todo ser humano que no constituye método extraordinario para prologar la vida.

Afirma que la solución que propicia procura evitar que se acelere su muerte porque ésta no resulta inminente o inevitable.

Se aparta de las recomendaciones dadas por los organismos médicos y señala que estas discusiones deberán ser zanjadas en la sociedad argentina con el dictado de leyes fundales que indiquen cómo debe procederse en estas situaciones.

Resuelve rechazar el pedido de autorización judicial realizado por las curadoras de M. A. D. e indica a los médicos la conducta a seguir.

6. Disconformes con el decisorio, apelan las curadoras y expresan agravios a fs.840/849vta., los que son replicados por el Ministerio de Incapaces y el Curador Especial, a fs.851/859 y fs.860 respectivamente.

7. Elevados los autos a la Cámara de Apelaciones, ésta dicta sentencia a fs.877/891vta. y confirma lo resuelto por la A quo.

Afirma que el fallo de Primera Instancia realiza una correcta y equilibrada ponderación de la situación vital del interdictado, como de las diversas opiniones que se vierten en el proceso.

Refiere que por más que las peticionantes estén habilitadas para formular la solicitud, ello no equivale a la fundabilidad del pedido, en tanto la situación fáctica que se plantea no encuentra respaldo en nuestro derecho por ausencia de una norma jurídica que valide el proceder que se impetra.

En ese sentido sostiene que la falta de dicha legislación no puede ser suplida por una provincial en virtud del derecho o valor humano en juego. Agrega que la cuestión se encuentra legislada en el Código Civil bajo las rúbricas del comienzo y fin de las personas de existencia visible y que el juzgador ha de negarse a aplicar normativa provincial manifiestamente repugnante al sistema constitucional de la atribución de las competencias nacional y provincial.

Analiza instrumentos internacionales de derechos humanos, en lo que respecta a los derechos a la vida y la dignidad, reafirmando su carácter sagrado e inamovible.

Señala que no existe el supuesto desplazamiento de la opinión del peritaje médico por parte de la sentenciante de grado, y que la judicatura puede tener válidamente su propio punto de vista, desde un enfoque específicamente jurídico que sin desatender los de otras ciencias y en sentido diferente al del perito no signifique fatalmente arbitrariedad.

Para ello, alega que la opinión divergente cuenta con sólido arraigo, no solo en la apreciación personal y subjetiva del paciente por parte de la decisora, sino también del derecho comparado, opinión del Papa Juan Pablo II y de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Señala, que la discrepancia de la sentenciante con la pericia medica es parcial, en tanto media acuerdo en cuanto a la hidratación, alimentación y demás medidas de confort y la diferencia consistiría en la medicación anticonvulsionante y antiinfecciosa, respecto de lo cual entiende que los procedimientos mencionados se llevan a cabo por medio de sonda, que a su vez favorece las infecciones, por lo que el no combatirlas dejaría sin sentido la indicación de hidratación y alimentación.

Concluye, que el decisorio de Primera Instancia se funda en la ausencia de manifestación de voluntad del paciente para suprimir el soporte vital, que la medicación que se le brinda no comporta un medio extraordinario de sostén vital, ni supone encarnizamiento terapéutico y que no brindar medicación antiinfecciosa impediría continuar con la hidratación y alimentación, lo que provocaría el deceso aunque fuera indirectamente, irrumpiéndose en el campo eutanásico.

Agrega el Juez Federico Gigena Basombrío que la ausencia de voluntad cierta del paciente no puede ser suplida por la de sus curadores y que ante la duda acerca de cuál sería el sentido real de aquella voluntad, debería estarse hacia el lado de la prosecución vital o sea mantener el actual marco asistencial.

A su turno, la Jueza Patricia Clerici adhiere al voto del magistrado preopinante y agrega que así como no tenemos derecho a quitar la vida a una persona, tampoco tenemos derecho a prolongar innecesariamente sus sufrimientos y mantenerla con vida biológica exclusivamente con soportes externos. Invoca en apoyo palabras de Juan Pablo II, citadas también en el precedente "E.C" del Juzgado de Familia N° 2 de esta ciudad.

Sostiene que la muerte es parte de la vida y la dignidad de la vida debe extenderse y efectivizarse también en el momento último de la existencia y en el proceso inmediatamente anterior.

A su vez señala, que en esta sociedad tecnocapitalista en la que nos encontramos inmersos es muy difuso el límite entre el humanitarismo y el negocio económico y reflexiona que si la familia de M. no hubiera tenido los recursos necesarios para asistirlo en su larga agonía, quizás no nos encontraríamos discutiendo sobre su condición de vida.

Luego, respecto del caso concreto dice que si M. A. D. hubiera decidido en forma consciente que ante una situación como la que está atravesando no quiere ser asistido vitalmente mediante soportes externos, no dudaría en autorizar la supresión de tales soportes, incluidas alimentación e hidratación, con fundamento en el Art.19 de la Constitución Nacional que ampara a disponer del propio cuerpo, incluso la aceptación o no de un determinado tratamiento sanitario y cita el precedente Bahamondez de la C.S.J.N.

Señala que en el presente se encuentra ausente la voluntad de M. A. D., ya que su situación vital nos impide conocerla y que respecto de cuestiones vinculadas a los derechos personalísimos la decisión del curador debe ser evaluada con reservas, más allá de la conducta irreprochable que han tenido las hermanas de M. A. D en relación a éste.

Afirma que la desconexión de las vías de alimentación y de hidratación es una condena de muerte cierta, ya que el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado de proveer dichas funciones por medios propios o con la ayuda no mecánica de terceros, y ello torna difuso el límite entre la eutanasia activa y la eutanasia pasiva.

Respecto del tratamiento con antibióticos interpreta que no puede entenderse que signifique una práctica invasiva o un soporte vital externo, sino que se encuentra dentro de los procedimientos ordinarios de la medicina e incluso podría ser considerado una práctica paliativa, por lo que no puede ser autorizado su uso en el supuesto de ser necesario.

Por los argumentos señalados, resuelve la Cámara confirmar el fallo dictado en la Primera Instancia.

8. La curadora A. I. D. interpone recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley por la causal del Art.15, Inc. c) imputando al decisorio dictado por la Alzada: arbitrariedad, apartamiento del derecho vigente y de las constancias de la causa.

Denuncia violación a los Arts. 14, 19 y 28 de la Constitución Nacional.
Desconocimiento de las prescripciones de la Ley provincial 2.611/08 -Art.4 Incs. i), n), o) y p), y Art. 11-; y de la normativa del bloque de constitucionalidad federal en lo atinente al derecho a una muerte digna; como también interpretación restrictiva del Art.481 del Código Civil.

Se agravia por considerar que se han soslayado gravemente las constancias de la causa, con respecto a la totalidad de las pericias e informes de comités de ética obrantes en autos.

Asimismo, señala que se incurre en contradicción al fundamentar el desconocimiento de la legitimación activa de las pretensoras.

Finalmente afirma que el poder legislativo provincial al dictar la Ley N° 2.611, reglamenta derechos ya consagrados en el bloque de constitucionalidad federal, por lo que no invade materia federal como se afirma en la sentencia.

En síntesis, sostiene que en el decisorio recurrido hubo un grave apartamiento de las constancias de la causa, que se falló sobre dogmatismos no probados, sin tener en cuenta la plataforma fáctica, jurídica ni las pruebas rendidas en autos.

9. A fs.923/928vta. y fs.929/931vta. obra la réplica del recurso deducido por parte de la Defensora de Incapaces y el Curador Ad Hoc, con el pedido de confirmación de la sentencia recurrida y consecuente rechazo de la petición formulada por las recurrentes.

Solicitan que en caso de declararse admisible, previo a resolver se constituyan los magistrados en LUNCEC a fin de constatar las condiciones en las que vive M. A. D. y su estado.

10. A fs.935 el Sr. Defensor Subrogante ante el cuerpo ratifica lo actuado por la Defensora de Incapaces.

11. A fs. 937 toma intervención el Fiscal ante el cuerpo.

12. A fs.943/945 mediante R.I. N° 83/12, se declara admisible el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por A. I. D., curadora y hermana de M. A. D.

13. A fs.952/955vta. el Sr. Fiscal ante el Cuerpo emite dictamen. Afirma que los informes médicos y bioéticos obrantes en autos denotan que M. A. D. se encuentra en la situación prevista en el Art.4, Inc. g), de la Ley N° 26.529 modificada por Ley N° 26.742, en atención a que, padece un estado vegetativo permanente irreversible y que se encuentra desahuciado en situación terminal, alimentado e hidratado artificialmente.

Concluye que el caso judicializado tiene hoy contenido normativo, en la ley recientemente sancionada, que las representantes de M. A. D. se encuentran habilitadas para actuar en ese marco y cumpliendo con las pautas allí establecidas.

Dictamina que la situación de M. A. D. queda encuadrada dentro del nuevo marco normativo de la Ley N° 26.529 modificada por Ley N° 26.742 y propone que el debate puntual se declare abstracto, toda vez que en atención al principio constitucional de reserva, quienes se encuentren en la situación descrita por la ley no pueden ni deben ser obligadas a solicitar una autorización judicial, dado que la ley no lo manda.

14. A fs.957 se llama autos para sentencia, el que es suspendido y reanudado a fs.966.

15. A fs.971 se pasan a conocimiento de los Sres. vocales las presentaciones efectuadas por la Asociación por los Derechos Civiles (A.D.C) e integrantes del Comité de Bioética de C.E.M.I.C. S.A., más las adhesiones a esta última efectuadas por Institut Borja de Bioética Universitat Ramón Llul (Barcelona); Dra. Nuria Terribas Sala (presidente del Instituto y jurista especialista en bioética); Dr. Ignacio Maglio, especialista en bioética, Convocatoria Neuquina por la Justicia y la Libertad de Prensa y Dra. Dinah Magnante, magister en bioética.

A fs.972 se pasa a conocimiento el escrito de la Defensora Oficial que solicita el desglose de las presentaciones mencionadas precedentemente y reitera pedido para que el cuerpo en pleno mantenga contacto personal con M. A. D..

A fs.973 se pasa a conocimiento la presentación efectuada por el Dr. José Luis Mainetti (coordinador y en representación del Comité de Ética del CE.LA.BE mediante la cual adhiere a la del Comité de Bioética del CEMIC S.A. y de la Dra. M. Cristina Ambort.

Posteriormente se pasa a conocimiento el escrito presentado por el apoderado de la recurrente que solicita se resuelva con pronto despacho.

Por último, se hace lo propio respecto de la presentación efectuada por la Sra. María Paula Casanova, docente investigadora, Dra. en Sacra Theologia, licenciada en Teología Moral con orientación en bioética, bachiller y profesora en Teología.

II. Que en los presentes el debate gira en torno a derechos personalísimos de rango constitucional, tales como la vida, la libertad, la dignidad y las formas concretas en que estos, pueden ser ejercidos por personas que atraviesan estados de salud complejos como el de M. A. D. Y ello, con más la naturaleza de la normativa puesta en crisis - Arts.14, 17, 18, 19, 75 Inc.22 de la Carta Magna- determinó la apertura de la etapa casatoria.

Sin embargo, es preciso señalar la ocurrencia de un hecho sobreviniente y relevante, que habrá de variar el curso del presente análisis recursivo.

Es que el 9/5/12, con posterioridad al dictado de la sentencia recurrida (de fecha 6/11/11), el Congreso de la Nación sanciona la Ley N° 26.742 -que modifica la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente- y el Poder Ejecutivo Nacional la reglamenta mediante el Decreto N° 1.089/12 del 6/7/12.

Es oportuno mencionar que el decisorio dictado por la Alzada, confirmatorio del de Primera Instancia, funda principalmente el rechazo a la petición de retiro de soporte vital a M. A. D. efectuada por sus hermanas, en la ausencia de una Ley que sustentara la autorización pretendida.

Sabido es, que las sentencias de este Tribunal deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevinientes al recurso, conforme criterio sostenido reiteradamente por la Corte Nacional (FALLOS: 316:479 – Bahamondez-). Ello, sumado a la regla del iura novit curia –de amplia vigencia en esta etapa-, me lleva a considerar que corresponde el análisis del presente caso a la luz de la normativa específica, de reciente sanción y vigente al tiempo de resolver el recurso.

En lo que aquí interesa, el nuevo dispositivo incorpora de manera explícita el derecho del paciente, en determinadas situaciones, a manifestar su voluntad respecto del rechazo o retiro de procedimientos de hidratación o alimentación, y establece el deber en tales casos, de mantener los cuidados paliativos a fin de garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento.

Dispone también que en el supuesto de incapacidad del paciente, el consentimiento informado podrá ser dado por las personas que en orden de prelación, menciona la Ley de Trasplantes de Órganos N° 24.193 en su Art.21.

Asimismo, que en tales casos se dejará constancia explícita en la historia clínica, del diagnóstico y del ejercicio de la autonomía de la voluntad, con las firmas del médico y del paciente o su representante.

La ley, recientemente sancionada, se asienta sobre la plataforma constitucional del Art.19 de nuestra Carta Magna, precepto que pone límite al Estado, reservando de su injerencia el ámbito de la autodeterminación individual.

Se trata, en la especie, del derecho a ejercer la autonomía de la voluntad, el derecho de la persona a elegir el propio plan de vida y esto hasta sus etapas finales, es decir las que preceden a la muerte.

En ese sentido es que, la Ley de Derechos del Paciente N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742, viene a reglamentar el mencionado precepto constitucional en lo que respecta al paciente como sujeto de derecho, estableciendo además el modo en que el mencionado sujeto ejerce tales derechos cuando se encuentra en estado de inconciencia, tal el caso que nos ocupa.

El nuevo dispositivo legal y su reglamentación vienen a subsanar la situación de desigualdad (Art.16 de la Constitución Nacional) en que se encontraban las personas incapaces en estado de inconciencia, en razón de que si bien la Ley N° 26.529 contenía previsiones respecto del consentimiento informado por medio de sus representantes o familiares, algunas interpretaciones restrictivas seguían dejándolos al margen del ejercicio efectivo de sus derechos como pacientes.

La cuestión que se trae a debate, por la jerarquía de los derechos en juego y la trascendencia de las decisiones que se adopten, así como las diversas y fundadas posturas que se han expresado en la comunidad, requiere de un análisis que pondere debidamente el ordenamiento jurídico constitucional, convencional y normativo en el orden nacional y local. Y ello, en el marco de la realidad del ser humano actual, profundamente impactada por los avances científicos sobre la biología humana, que conlleva la resignificación de conceptos relativos al comienzo y al fin de la vida, cuestiones dilemáticas que son abordadas desde la óptica de la bioética.

En esa labor, habré de seguir el siguiente orden metodológico, comenzando por el análisis de los derechos constitucionales y convencionales en ciernes, para luego abocarme a la legislación específica nacional y provincial y su aplicación a la situación de M. A. D.

En primer lugar, cabe precisar que la vida es el valor fundamental para el ejercicio de la autonomía personal, ya que no hay elección de ideales y planes personales si no hay vida. (conf. NINO, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea 1era. reimpresión, Buenos Aires, 2000, p.221).

Así, se ha dicho que el derecho a la vida es el sustractum indispensable para el ejercicio de otros derechos, es una precondition para la realización de valores en el proyecto personal de todo ser humano (conf. MEDINA, Graciela, FAMÁ, María V. y

REVSIN, Moira, "Responsabilidad de los profesionales médicos ante el incumplimiento del deber de informar". Revista de derechos de daños, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 2003-3 p.41).

En ese sentido el derecho a vivir, si bien no se encuentra expresamente reconocido en nuestra Carta Magna, surge implícito en tanto resulta presupuesto necesario para el goce y ejercicio de los demás derechos fundamentales: al desarrollo humano, la salud, igualdad, etc. (Arts.33, 40, 41, 75, Incs.19 y 23, Constitución Nacional).

Coincidentemente debe afirmarse que todo el ordenamiento jurídico de los derechos humanos (Art.75 Inc.22, de la Ley Fundamental) se asienta sobre el derecho a la vida (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -Art.1-, Convención Americana de Derechos Humanos -Art.4 Inc.1º-, Declaración Universal de Derechos Humanos -Art.3-, Convención sobre los Derechos del Niño -Art.6 Inc.1º- y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art.6 Inc.1º-).

Si bien este derecho no es absoluto, como ningún otro lo es, (por caso, cede ante el interés general, en tanto desde el propio texto constitucional se impone el deber de armarse en defensa de la Patria y la Constitución -Art.21 C.N.-), es primordial el interés del Estado por proteger ese valor, interés que se exterioriza en la penalización de la conducta de instigación o ayuda al suicidio (Art.83 del Código Penal) y en la existencia de servicios de asistencia al suicida.

Sentado lo precedente, y partiendo de la base que la situación que nos convoca es la de un ser humano que se encuentra con vida –valga la obviedad-, habré de abordar el otro derecho constitucional en juego y éste es el derecho a la autonomía individual que emana del Art.19 de la Carta Magna, que reza:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo 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”.

La norma se erige como un basamento nodal del sistema político-jurídico de nuestra Nación.

Interpreta la doctrina:

“El artículo contiene dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de legalidad. Ambos contienen la ideología del sistema y destilan los valores que lo estructuran...La trascendencia de la primera parte de la norma es tal que solo con ella es posible diseñar un sistema de respeto a la autonomía y a la libertad personal y establecer una frontera democrática ante las atribuciones estatales para limitar los derechos.

“El punto focal de la primera parte del Art.19 de la Constitución Nacional es, en consecuencia, el principio de autonomía de la persona humana, tomada ésta como centro del sistema político que debe servir al desarrollo de la libertad y que no debe utilizar a las personas para sus propios objetivos. Este principio y su aplicación práctica diferencian los sistemas políticos entre sí, más allá de la declaración sobre la forma de gobierno que formulen expresamente en sus respectivas constituciones.”

(GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, 4ta. edición, Buenos Aires, 2008, T.I. p.328/329).

Cabe señalar que esta cláusula constitucional argentina no reconoce fuente en el derecho comparado, fue incorporada por primera vez en el Estatuto Provisional de 1815, luego incluida, con una modificación, en la Constitución de 1853 y aprobada sin debate y por unanimidad, lo que refleja la legitimidad valorativa del precepto y la concordancia axiológica de los constituyentes respecto del reconocimiento de este ámbito de libertad individual.(conf. GELLI, obra mencionada p.328, con cita de CHACÓN, Federico, “El Principio de intimidad en la historia constitucional argentina”, El Derecho, Buenos Aires 20-02-2004).

El principio constitucional de intimidad establecido en el Art.19 de la Carta Magna, no adscribe al llamado principio paternalista, que justifica la prohibición de ciertas conductas por parte del Estado con el objeto de proteger a quien las realiza. Empero, si bien consagra el derecho a la autonomía personal, lo hace, salvaguardando el orden, la moral pública y la afectación de derechos de terceras personas.

La norma se inserta en un plexo de principios rectores y valoraciones éticas enunciadas en la Constitución Nacional desde su Preámbulo, que hace centro en la libertad y que reconoce la existencia de un ámbito reservado de la intromisión del Estado y de terceros.

En ese sentido, el liberalismo que inspira el texto constitucional, está comprometido con el principio de autonomía de la persona que valora la libre elección de los planes de vida e ideales de excelencia humana y veda la interferencia con esa libre elección sobre la base de que el plan de vida o el ideal al que responde una acción es inaceptable, y ello así siempre y en tanto no dañe a otros. (conf. NINO, op.cit. p.304 Carlos Santiago).

Los alcances del principio rector del Art.19 de la Carta Magna han ido perfilándose a partir de la labor interpretativa del Máximo Tribunal.

Así, debe considerarse que cuando la Corte interpreta la Constitución, lo que ella dice integra a la misma Constitución con igual jerarquía suprema que sus normas escritas.(conf. BIDART CAMPOS, Germán, La Corte Suprema – El Tribunal de las garantías constitucionales, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1984, p.27).

La propia Corte ha sostenido que el primero y el más elemental de sus deberes es el de ser custodio e intérprete supremo de la Constitución y los derechos y garantías en ella consagrados, conforme lo ha asumido desde los inicios de la organización nacional (Fallos: 1:340).

Es que, en cada tiempo histórico y a través de sus sentencias, nuestro Máximo Tribunal va fijando linealmente el sentido, contenido, alcance y efectividad del derecho, contribuyendo de tal modo a dotar el perfil de las instituciones. (conf. MORELLO, Augusto M., “La dinámica de la Constitución. La interpretación no paralizante, en Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en su 150º aniversario”, ED, 6/6/2003 p.1).

Respecto de la dinámica interpretación del texto constitucional, sostiene el maestro Morello:

“Pensamos que, con original y expresiva fórmula, la Corte empuja a los jueces a que – respetuosamente- no queden amarrados a técnicas y métodos de hermeneútica, que inmovilizan, se aferran a lo establecido y mantienen una lectura anclada en el ayer incompatible y frenadora de la posibilidades actuales de los principios, normas y estándares, que indican acordar una solución nueva, pero no sólo porque es madura, sino porque es mejor. Más justa y superadora de la que gozaba de adhesión, la cual ya no es equitativa en el contexto de este tiempo.”(MORELLO, Augusto M., obra citada, p.2).

La propia Corte ha señalado:

“Las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, porque por naturaleza tienen una visión de futuro, y están predestinadas a recoger y regir hechos posteriores a su sanción.

La Constitución Nacional tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en los tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales es la obra de los intérpretes, en especial de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la constitución; entre ellos está primero de todos, el de asegurar los beneficios de la libertad” (“Samuel Kot S.R.L” 1958 - 241:291).

En ese sentido, se destaca que la Corte Nacional ha realizado una vasta labor interpretativa en torno al principio de autonomía individual que emana del mentado Art.19.

La delimitación de esta zona de reserva fue definida por el Máximo Tribunal Nacional en el señero caso “Ponzetti de Balbín”, cuando sostuvo al respecto:

“[...] es la base misma de la libertad moderna, o sea, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de méritos se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan...” (voto concurrente del Dr. Enrique Santiago Petracchi, consid.19, p.1941).

Posteriormente, se expidió el Máximo Tribunal en el precedente “Bahamondez” (FALLOS: 316:479), en el cual se discutía si debía respetarse la voluntad de una persona que se negaba a recibir una transfusión de sangre por razones religiosas.

Se sostuvo entonces:

“El Art.19 de la Constitución Nacional otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros”

Y también:

“[...] la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del derecho a la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional.” (disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi).

En el mismo fallo se expresó:

“El Art.19 concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio, ordenando la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por curvar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el Art.19 de la Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el Art.19 de la Constitución Nacional” (voto de los Dres. Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

Recientemente, el Máximo Tribunal se expidió sobre el caso de un hombre que ingresó en estado de inconsciencia a un hospital, luego de haber sido baleado en un intento de robo y a quien los médicos prescribieron una transfusión de sangre para su restablecimiento. El paciente había efectuado con anterioridad a la internación una declaración de voluntad, mediante instrumento público, rechazando la transfusión de sangre en razón del culto que profesaba. Su progenitor solicitó judicialmente se autorizara a los médicos la realización de la práctica, mientras que la cónyuge se opuso.

La Corte Nacional rechazó el pedido y sostuvo:

“[...] el respeto a la voluntad personal como fuente de la dignidad permite al hombre elegir su propio plan de vida no solo frente al estado sino también ante las preferencias y pese a las reacciones de terceras personas.

“Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés, circunstancias que claramente no aparecen configuradas en el caso.” (“Albarracini Nieves, Jorge” del 1/6/12 - A.523 XLVIII).

En el mismo sentido, en el precedente “Arriola” (FALLOS:332:1963), la Corte Nacional, al declarar la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal, también abordó la cuestión del ámbito de reserva personal, al señalar:

“El Artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata

sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.” (voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

En aquella oportunidad, también se dijo:

“Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. En efecto, además del señorío del hombre sobre las cosas, está el señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, es decir, los aspectos que configuran su realidad integral y su personalidad y todo ello se proyecta al plano jurídico como transferencia del individuo. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre. El marco constitucional de los derechos de la personalidad comprende la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo, etc.” (voto del Dr. Carlos Santiago Fayt).

También, los tratados que conforme nuestro ordenamiento jurídico revisten jerarquía constitucional (Art.75 Inc.22 de la Constitución Nacional) reconocen en sus textos, el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (Convención Americana sobre Derechos Humanos -Art.11, Inc.2-, Declaración Universal de Derechos Humanos -Art.12-, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Art.17.1-, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -Art.5-, Convención Internacional de Derechos del Niño -Art.16-).

Ha dicho la Corte Suprema:

“Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de "autonomía personal", a nivel interamericano se ha señalado que "el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía que es prenda de madurez y condición de libertad e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones" (C.I.D.H. en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, párrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez)- (“Arriola” FALLOS:332:1963).

Establecido, como ha quedado, que la vida es la condición necesaria para constituirse como sujeto de derecho, cabe preguntarse si en ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad individual, ¿puede el sujeto –ante determinadas situaciones- adoptar decisiones que tengan como consecuencia previsible la extinción de aquel primer derecho fundamental y en definitiva, de todos los demás?.

La respuesta afirmativa se impone, por cuanto el sujeto de derecho en el marco de nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una zona de reserva, dentro de la cual es dueño de adoptar decisiones sobre su propia vida, sin que estas se encuentren sujetas

a intromisión del estado, en tanto no afecten a la moral y al orden público ni perjudiquen a terceros. Estas conductas autónomas hacen a la dignidad de la persona y al pleno ejercicio de la libertad.

Al respecto, se ha dicho en doctrina:

“Así, hemos tenido oportunidad de sostener que el derecho de toda persona a decidir sobre su propia vida es superior al deber del Estado de conservar la vida y que, por ende el Estado no podrá obligar a nadie a someterse a una terapia o a una intervención quirúrgica”. (MEDINA, Graciela y LEAL DE IBARRA, Javier “El derecho a una muerte digna”, en JA 1997-I-925 y ss., citado en MEDINA, Graciela y GOGGI, Carlos, “Muerte Digna”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2010-3, Derechos del Paciente, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p.220).

En sentido coincidente:

“[...] El ser dueño de los propios actos, del propio cuerpo, en fin, de la propia vida, hace de la dignidad humana el elemento axiológico que impone condiciones no sólo al orden jurídico normativo infraconstitucional, sino también a las demás personas, atravesando, asimismo las decisiones judiciales. La Constitución Argentina nos considera seres capaces y libres para que podamos efectivamente decidir acerca de los asuntos que nos conciernen y, si esa decisión repercute proyectándose en el modo en que concebimos nuestra muerte —contradicción humana mediante—, a raíz de las propias convicciones, ni el Estado ni las otras personas pueden forzarnos a continuar subsistiendo privándonos de nuestra dignidad en nombre de creencias, ideas o valores que nos resultan ajenos.” (IENTILE, Verónica M., “la autonomía personal y la Constitución Nacional” LA LEY 04/07/2012, 5 y LA LEY 2012-D, 245).

Y es que nuestro ordenamiento jurídico otorga carácter preeminente al señorío de la persona siempre que se descarte un peligro cierto para terceros, sin desentenderse, a su vez, de la compleja situación por la que transita el sujeto-paciente, enfrentado a tan difícil y penosa decisión, cual es la que compromete su propia existencia.

En esa senda es que la Ley de Derechos del Paciente pone énfasis en reglamentar el derecho de la persona enferma a recibir información sanitaria, como base fundamental para arribar a una decisión, que se exterioriza en el consentimiento informado, debidamente instrumentado y de carácter revocable.

Por otra parte, consagra el derecho del paciente a recibir cuidados paliativos integrales tendientes a evitar el sufrimiento en la etapa final de su vida, cuidados que no se interrumpirán en caso de negativa o rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o de soporte vital -Art.2, Inc. e) y 5º, Inc. h), reglamentación del Art.11-.

Cabe destacar que las personas en estado de inconsciencia se encontraban, hasta la sanción de la legislación de derechos del paciente, limitadas en sus posibilidades de ejercer tales derechos, y por tanto, en situación de desigualdad en relación con los demás pacientes, lo que no puede ser admitido en el marco del respeto a las garantías constitucionales (Art.16) y los derechos humanos expresados en los tratados con rango constitucional (Art.75, Inc.22, Constitución Nacional).

Con la sanción de la Ley N° 26.742, el Estado reglamenta el derecho constitucional a la autodeterminación individual, ínsitamente vinculado a la dignidad y la libertad, a fin de precisar sus alcances interpretativos, y establecer mecanismos adecuados para su goce hasta las etapas finales de la vida, incluyendo los casos de personas incapaces o inconscientes.

Se hace cargo, de este modo, del deber de garantizar a nivel infraconstitucional, dispositivos que permitan el efectivo ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad (Preámbulo, Artículos 16, 19 y 33 de la Constitución Nacional).

III. Ingresando al análisis de la legislación nacional específica, cabe considerar que ya la Ley de Ejercicio de la Medicina N° 17.132, en su Art.19, Inc.3), establecía la obligación de los médicos de: “Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse [...] En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz”. (El subrayado es propio).

Sin embargo, es la “Ley sobre derechos del paciente en relación con los profesionales e instituciones de la salud” N° 26.529, la que sin dudas, abandona la tradición paternalista que caracterizó durante siglos la relación médico-paciente, y reconoce derechos fundamentales de las personas con relación a su salud a partir del respeto a sus decisiones autónomas autorreferenciales.(conf. CARNOTA, Walter F. “Las directivas anticipadas del Art.11 de la ley 26.529: su constitucionalidad” L.L. 23 de mayo de 2012).

Ello así, por cuanto consagra la obligatoriedad del consentimiento informado emitido por el paciente o por sus representantes legales, una vez recibida la información sanitaria de parte del médico, y el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos con o sin expresión de causa.

La tendencia hacia el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente y en particular en las decisiones al final de la vida, se profundiza con la sustancial modificación operada mediante la Ley N° 26.742, en tanto viene a ampliar el desarrollo de aquellos conceptos y a aclararlos en cuanto a sus alcances, a fin de que en tan penosas circunstancias no se susciten dudas respecto del proceder legal, las que devienen en conflictos que desplazan la relación médico-paciente al ámbito judicial, lo cual necesariamente rompe ese vínculo esencial.

En particular, y en lo que aquí interesa, la reciente reforma cierra la discusión que se había abierto en torno a la posibilidad de retiro del soporte vital, alimentación e hidratación, en los casos de pacientes en estados de inconsciencia, por cuanto contempla expresamente la referida alternativa.

Adviértase, que ya desde el título se anuncia que se trata de un cuerpo de normas referidas al paciente como sujeto de derecho y no ya de una regulación sobre el ejercicio de la medicina.

En el análisis de la normativa nacional de derechos del paciente, se evidencia el lugar relevante que el legislador ha dado a la autonomía de la voluntad, eje sobre el cual gira todo el articulado.

Así se establece:

“Artículo 1: El ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la presente ley.”

En el Artículo 2º se enumeran los derechos esenciales en la relación entre el o la paciente y el de quienes son profesionales de la salud, o agentes del seguro de salud y cualquier efector: asistencia, trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, información sanitaria e interconsulta médica.

A los efectos de la causa cabe detenernos en la norma del inciso e), que dice:

“Autonomía de la voluntad, el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”

“En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

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

Surge del texto normativo bajo análisis, la regla principal que establece que el o la paciente tiene el derecho de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, sin necesidad de expresar la causa, y el de revocar posteriormente esa decisión. (el subrayado es propio).

Este principio rector se consolida en la reglamentación, en tanto enfatiza:

“ [...] el paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona” -Dec. 1089/12 reglamentación del Art.2º Inc. e)-.

En el marco de la potestad señalada precedentemente, se establece que cuando el paciente presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, y haya sido informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de: 1) procedimientos quirúrgicos, 2) de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, y ello así en los siguientes supuestos: -a) cuando sean extraordinarias o -b) desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o c) produzcan un sufrimiento desmesurado.

Asimismo se incluye el derecho del paciente a rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando ellos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

Se dispone, también, que en los casos mencionados no se interrumpirán los cuidados paliativos.

En su Art.5 la normativa define al consentimiento informado como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a su estado de salud, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados, los riesgos previsibles, los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

En lo que hace al tema que nos convoca se consagra en el inciso g) que el paciente debe recibir información respecto del derecho al rechazo de procedimientos quirúrgicos, hidratación, alimentación, reanimación artificial o retiro de soporte vital establecido en el Art.2, Inc. e), de la ley, al que me he referido supra.

La norma prevé - y ello resulta central para el correcto encuadre del caso bajo análisis- el consentimiento por representación, al señalar expresamente que en el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, aquel podrá ser dado por las personas mencionadas en el Art.21 de la Ley Nº24.193 (Ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos) con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido (Art.6º).

El dispositivo legal al que se remite, enumera: a) el cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma continua e ininterrumpida; b) cualquiera de los hijos mayores de dieciocho (18) años; c) cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho (18) años; cualquiera de los nietos mayores de dieciocho (18) años; f) cualquiera de los abuelos; g) cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) el representante legal, tutor o curador.

Se legisla también sobre la instrumentación del consentimiento informado, y se expresa que para el caso del supuesto del inciso g) del Art.5) – derecho a rechazo a procedimientos quirúrgicos, hidratación, alimentación, reanimación artificial o retiro de soporte vital- deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto (Art.7 Inc. f).

Asimismo se establece la obligatoriedad del consentimiento informado del paciente para toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario sea público o privado y 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 de su cumplimiento. (Arts.6 y 11 respectivamente).

Considero relevante señalar que la Ley Nº 26.742 fue sancionada el 9/5/12 por unanimidad de la Cámara de Senadores (52 votos a favor, una abstención y ningún voto en contra) y amplia mayoría de la Cámara de Diputados (142 votos positivos y 6 votos negativos), lo que destaco tanto en virtud del reciente debate que la sociedad se

ha dado sobre esta sensible cuestión, como en cuanto a la legitimidad que el dispositivo ha recogido institucionalmente.

Cabe señalar, que la plena y efectiva vigencia del derecho a la autonomía de la voluntad del paciente ha sido también receptada en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que introduce la figura del consentimiento informado (Art.59) en una norma idéntica a la del Art.5 de la Ley de Derechos del Paciente, y también contempla a las directivas médicas anticipadas (Art.60) (conf. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto N° 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional, integrada por el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti y las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci - Abeledo Perrot p.11.).

En nuestro ámbito, con sustento en los Artículos 22 y 23 de la Constitución Provincial, la ley N° 2.611 de Derechos del Paciente, sancionada el 25 de septiembre de 2008, se inscribe también en el principio del respeto de la autonomía del paciente (capítulo IV). Establece que éste tiene derecho a decidir libremente, luego de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, que tiene derecho a negarse al tratamiento y que su negativa debe constar por escrito. -Art.4 incs. d) y e-.

Asimismo, dispone que se otorgará consentimiento informado por representación cuando el paciente no tenga la capacidad necesaria para tomar decisiones y establece que dicho consentimiento será siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal (Art.11).

El desarrollo precedente permite afirmar que, a nivel del ordenamiento jurídico, existe una tendencia a dar preponderante valor a la autonomía de la voluntad en el ejercicio de los derechos personalísimos.

A ello se suma, la inclusión de personas que se encontraban al margen de su efectivo goce, a quienes se garantiza ahora, condiciones de igualdad para su ejercicio. Todo ello con base constitucional, convencional, y a la luz de las interpretaciones realizadas por la Corte en sus señeros fallos.

Cabe concluir que la nueva normativa de derechos del paciente, con sustento en la autonomía y la igualdad (Arts.19 y 16 de la Constitución Nacional), consagra expresamente el derecho personalísimo del ser humano a adoptar decisiones en el final de la vida y contempla el modo en que este derecho personalísimo será ejercido por el paciente incapaz o en estado de inconsciencia, a través de sus representantes.

No se trata de un derecho prescindente, afincado en un liberalismo individualista que se desentiende de la suerte de los sujetos que conforman la comunidad jurídica. Por el contrario, es un derecho comprometido en el respeto de los derechos humanos constitucionales y convencionales, en su más profunda significación, cual es la del respeto a la persona en sus íntimas convicciones y plan de vida, concebida como ser único e irrepetible, en condiciones de igualdad con sus semejantes y ello, desde el principio y hasta el fin de su existencia.

IV.- Analizado que ha sido de manera pormenorizada el nuevo ordenamiento jurídico de derechos del paciente, surge sin lugar a dudas, coincidiendo con la opinión

sustentada por el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, que la petición expresada por las hermanas de M. A. D. se encuentra contemplada en la referida normativa.

El caso que nos convoca, es el un hombre que actualmente cuenta con 48 años de edad, quien como consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido el 23 de octubre de 1994 sufre graves lesiones y finalmente queda en estado de inconsciencia, diagnosticado como estado vegetativo persistente irreversible (conforme Pericia del Dr. Carlos Losada- por entonces Jefe del Cuerpo Médico Forense obrante a fs. 712/721), encontrándose asistido con soporte vital artificial consistente en nutrición e hidratación enteral.

Sus hermanas y curadoras A. S. D. y A. I. D. (conforme partidas de nacimiento y designaciones obrantes a fs.5, 53/vta., 348/vta., 355/vta.), solicitan el retiro, cese y abstención de todas las medidas de sostén vital que mantienen a M. A. D. con vida en forma artificial (fs.418/426vta).

Conforme el orden de prelación establecido en el Art.21 de la Ley 24.193, Inc. d), por remisión del Art.6 de la Ley de Derechos del Paciente, las hermanas se encuentran legitimadas para otorgar consentimiento informado en representación de M. A. D. en los términos del derecho previsto en los Arts.2, Inc. e); 4; 5, Inc. g); 6 y concordantes de la Ley Nacional N° 26.529, modificada por similar N° 26.742) y Decreto N° 1.089/12.

Por cuanto, la nueva normativa de Derechos del Paciente, establece un procedimiento que no requiere intervención judicial para la petición efectuada por las hermanas de M. A. D., no corresponde que este Tribunal se expida sobre la cuestión.

Un temperamento contrario importaría desvirtuar la clara intención del legislador, en cuanto a que estas penosas situaciones no deben desbordar el ámbito íntimo del paciente y/o de su familia y el médico tratante.

Y es que la nueva normativa, al hacer explícita la inclusión de las decisiones al final de la vida, vino a brindar seguridad jurídica y aventar interpretaciones equívocas, a fin de evitar prácticas tales como la exigencia de una autorización judicial ante casos en que ello no es requerido por la Ley.

Recientemente el Máximo Tribunal Nacional, respecto de la juridización del acto médico, sostuvo en relación al aborto no punible previsto en el Art.86, Inc.2º, del Código Penal:

“[...] se sigue manteniendo una práctica contra legem, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo, allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización [...] este Tribunal se ve en la necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida.”(“F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, sentencia del 13 de marzo de 2012).

Necesario es destacar que esta inteligencia se compadece más con el respeto del derecho a la autonomía individual, por cuanto imponer el requerimiento de autorización judicial (es decir, del estado a través de uno de sus órganos: el Poder Judicial), resulta

violatorio del principio establecido en el Art.19 de nuestra Carta Magna que excluye de la intervención estatal el ámbito de reserva del individuo.

También resulta una solución más respetuosa del principio de legalidad contenido en la misma norma, que sostiene que nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe, por lo que no cabe obligar a las peticionantes a solicitar una autorización que hoy, la ley no requiere.

Concluyo entonces, que la petición formulada por A. S. D. y A. I. D., para el retiro de todas las medidas de soporte vital que mantienen en forma artificial la vida de su hermano M. A. D., a la luz de la normativa sobre derechos del paciente vigente, no requiere decisión jurisdiccional alguna.

Ello así, en tanto la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, (Arts.2, Inc. e); 4; 5, Inc. g); 6 y concordantes), reglamentada por Decreto N° 1.089/12, vigente en la actualidad –repito- establece un procedimiento no judicial, a través del consentimiento informado por representación (Art.5º), en el ámbito íntimo del paciente, su familia y el médico.

Por todo lo expuesto, en virtud de la función de control de constitucionalidad que a este Cuerpo atañe, conforme las proyecciones de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes Strada y Di Mascio, y la nueva normativa específica vigente al tiempo de resolver el recurso, propicio al Acuerdo dejar sin efecto las sentencias dictadas en las instancias anteriores a fs. 819/825vta. y 877/891vta.

Ello con fundamento en el Art.19 de la Constitución Nacional y Art.23 de la Constitución Provincial, en relación con los Arts.2, Inc. e); 5, Inc. g) y 6 -2da parte- de la Ley N° 26.529 modificada por Ley N° 26.742.

V. A la segunda cuestión planteada: como consecuencia de lo expuesto precedentemente se impone declarar que no corresponde que este Tribunal se expida sobre la petición efectuada por A. S. D. y A. I. D., a fs. 418/428vta. para el retiro de todas las medidas de soporte vital que mantienen en forma artificial la vida de su hermano M. A. D..

Ello por cuanto tal solicitud no requiere de autorización judicial y deberá tramitar conforme las prescripciones de la nueva Ley de Derechos del Paciente N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742, reglamentada por Decreto N° 1.089/12.

VI. A la tercera cuestión propuesta, atento la complejidad inicial de la cuestión planteada, la sobreviniente sanción de la legislación aplicable y la forma en que se resuelve, estimo justo y razonable imponer las costas de todo lo actuado, por su orden (Arts. 68, in fine, del C.P.C. y C.). Y con base en idénticos fundamentos, disponer la devolución del depósito efectuado por la recurrente. ASÍ VOTO.

El señor vocal doctor EVALDO D. MOYA, dice:

Comparto tanto la solución propiciada como los fundamentos del voto del doctor OSCAR E. MASSEI. Empero, dada la complejidad inicial y trascendencia de la cuestión, estimo necesario realizar unas breves consideraciones.

En la actualidad, los avances de la ciencia médica y de la tecnología aplicada en ese ámbito hacen posible la prolongación de la vida humana hasta límites que antes resultaban impensados. Trasplantes de órganos y sofisticada tecnología permiten la superación de enfermedades que se consideraban incurables y la suplantación de casi todas las funciones biológicas vitales.

Ello ha generado situaciones dilemáticas que son abordadas desde el campo de la bioética, en las que se ven involucradas la medicina y el derecho, tales como las referidas a las decisiones tomadas al final de la vida.

Advierto, por ser integrante de esta comunidad, que existen diversas y bien fundadas posturas respecto del tema que aquí se aborda. Respeto tanto unas como otras.

Sin embargo, y más allá de mi opinión personal, en el ejercicio de la judicatura y por imperativo constitucional, debo observar la Ley, en tanto ésta resulte formal y sustancialmente válida.

Tal es el caso de la Ley N° 26.742 (modificatoria de la Ley N° 26.529), que consagra el derecho del paciente y en caso de incapacidad de éste, el de sus familiares, de aceptar o rechazar determinados tratamientos, decisión que se exterioriza a través del consentimiento informado, en el marco de la relación con los médicos.

No puedo -ni debo- dejar de destacar el reciente e importante debate parlamentario que precedió a la sanción de la referida Ley. Así como el hecho de que fue aprobada por unanimidad, y con la participación no solo de expertos en bioética, sino también de familiares y personas directamente involucradas en la problemática.

Con la reciente sanción de esta norma, queda superado el principal valladar que los judicantes de primera y segunda instancia señalaron al resolver sobre el presente, esto es, la falta de un dispositivo legal que contemplara el supuesto fáctico.

Y es que ahora, la norma contempla expresamente la posibilidad de que en determinadas situaciones y ante el estado de inconsciencia del paciente, sean las hermanas quienes se encuentren legitimadas para manifestar el rechazo a procedimientos de alimentación e hidratación. Para tales supuestos, establece las formalidades que habrán de rodear al consentimiento informado y no prevé que se requiera autorización judicial.

Así, surge indubitable la intención del legislador, expresada coincidentemente en el debate parlamentario, de evitar la judicialización de las decisiones de los pacientes o de sus familiares en el marco de su relación con los médicos.

En ese sentido, comprendiendo a las decisiones al final de la vida como el ejercicio último de la libertad autoreferente de la persona, entiendo que aquéllas se encuentran protegidas por el Art.19 de nuestra Constitución Nacional y por ende exentas de la autoridad de los magistrados en tanto no ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a terceros.

Cabe aclarar, que la nueva Ley no impone una decisión, sino que faculta -tal como acertadamente señala el Sr. Fiscal en su dictamen-. Brinda un marco bioético y legal, pero no da respuestas, pues cada caso es diferente. Consagra, sí, el respeto a la

decisión autónoma del paciente y sus familiares en el marco de la relación con los médicos y resguarda, por otro lado, la actividad de estos últimos.

Antes de finalizar debo destacar la encomiable labor de las juezas y los jueces que intervinieron en primera y segunda instancia en tan compleja y trascendente cuestión.

Por todo lo expuesto, y no obstante que el caso se encuentra judicializado -valga la obvia-, se impone a este Tribunal una actuación acorde a la nueva legislación, vigente al tiempo del presente tratamiento recursivo.

En ese sentido, reitero que coincido con el colega preopinante, en cuanto propicia dejar sin efecto los pronunciamientos dictados en las instancias anteriores a fs. 819/825vta. y 877/891vta.

Asimismo, y por cuanto la normativa en rigor no requiere la intervención judicial sobre el tema, acuerdo en que no corresponde a este Tribunal expedirse respecto de la petición efectuada por A. S. D. y A. I. D., para el retiro de todas las medidas de soporte vital que mantienen en forma artificial la vida de su hermano M. A. D., debiendo tramitar tal solicitud conforme las prescripciones de la Ley N° 26.529 modificada por Ley N° 26.742 y reglamentada por Decreto N° 1.089/12.

Respecto a la última cuestión planteada, también acompaño al magistrado preopinante en su propuesta. MI VOTO.

Sobre la base de todo lo expuesto, por unanimidad y de conformidad Fiscal, en lo principal, SE RESUELVE: I. DEJAR SIN EFECTO las sentencias dictadas en las instancias anteriores a fs. 819/825vta. y 877/891vta., con sustento en el Art.19 de la Constitución Nacional; Art.23 de la Constitución Provincial y Arts.2, Inc. e); 5, Inc. g); y 6, 2da parte, de la Ley N° 26.529 modificada por Ley N° 26.742. II. En virtud del control de constitucionalidad que a este Cuerpo atañe y demás fundamentos vertidos en los considerandos del presente, DECLARAR que no corresponde que este Tribunal se expida respecto de la petición expresada por A. I. D. y A. S. D. a fs.418/426, ya que tal cuestión no requiere de autorización judicial y, consecuentemente, deberá tramitar dicha petición conforme las prescripciones de la nueva Ley de Derechos del Paciente N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742, reglamentada por Decreto N° 1.089/12. III. Imponer las costas de todas las instancias por su orden (Arts. 68, in fine, del C.P.C. y C.) y disponer la devolución a la recurrente del depósito efectuado a fs.898, en virtud de lo expuesto en el considerando respectivo IV. Regular los honorarios (...). V. Regístrese, notifíquese y devuélvanse los autos.

Con lo que se da por finalizado el acto, que previa lectura y ratificación firman los señores Magistrados por ante la Actuaría, que certifica.

cl

Dr. OSCAR E. MASSEI

Dr. EVALDO D. MOYA

Vocal

Vocal

Dra. María Alejandra Jordán

Subsecretaria