

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén dejó sin efecto la sentencia, que había rechazado la pretensión de las representantes de M.A.D. para que se ordene la supresión de la hidratación y la alimentación enteral así como de todas las medidas terapéuticas que lo mantienen con vida en forma artificial (fs. 978/1002). El tribunal *a quo* declaró que esa petición se encuentra comprendida en la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (ley 26.529, modificada por la ley 26.742) y, por lo tanto, no requiere autorización judicial.

El *a quo* sostuvo que existe un conflicto entre derechos constitucionales, a saber, el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal. En su entender, un sujeto puede en determinadas circunstancias adoptar decisiones que tengan como fin previsible la culminación de su vida en tanto se trata de cuestiones que se encuentran dentro de la zona de reserva que asegura el derecho a la autonomía personal. Señaló que en esa zona de reserva el individuo es dueño de hacer elecciones sobre su propia vida sin intromisión del Estado en tanto no afecten la moral, el orden público ni a terceros. Aseguró que esas decisiones libres hacen a la dignidad de la persona y al pleno ejercicio de la libertad.

Luego, destacó que actualmente la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, procura asegurar el goce del derecho a la autonomía personal en la etapa final de la vida. Puntualizó que ese derecho se plasma en la posibilidad de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos.

Agregó que la ley garantiza la formación de un consentimiento informado por parte del paciente, y prevé la posibilidad de que éste sea otorgado por los representantes legales. Apuntó que la norma pretende que estos asuntos no se desplacen desde el ámbito íntimo del paciente, su familia y el médico a la esfera judicial. Aclaró que, en el ámbito local, la ley 2611 persigue la misma finalidad.

Así, consideró que la petición de las hermanas y curadoras de M.A.D. está comprendida por la ley citada. En este sentido, sostuvo que las accionantes tienen legitimación para dar consentimiento informado en representación de su hermano, M.A.D., quien se encuentra desde 1994 en estado vegetativo persistente e irreversible. Agregó que el pedido del retiro, cese y abstención de la hidratación y la alimentación enteral así como de todas las medidas de sostén vital que mantienen a M.A.D. con vida en forma artificial está contemplado en la nueva normativa. Enfatizó que esa norma establece un procedimiento que no requiere intervención judicial, por lo que dejó sin efecto la sentencia apelada y declaró que la petición debe tramitar conforme a ese procedimiento.

-II-

Contra esa sentencia, el curador *ad litem* y el representante del Ministerio Público de Incapaces interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 1010/30 y 1032/63, respectivamente), que fueron concedidos por el tribunal *a quo* (fs. 1103/6).

El curador *ad litem* sostiene que la sentencia es arbitraria en tanto prescinde de pruebas conducentes y aplica erróneamente el derecho vigente,

así como se aparta de las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales que consagran el derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral.

En primer término, argumenta que el *a quo* no valoró las pericias médicas de las que surge que el paciente no padece una enfermedad terminal, sino que se encuentra en estado vegetativo permanente, y tiene un estado de salud estable. Se agravia de que las representantes de M.A.D. pretendan la supresión de la hidratación y la alimentación, pese a que no enfrenta una situación de muerte inminente.

En segundo término, aduce que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, es inaplicable al caso en tanto exige que el paciente se encuentre en estado terminal para autorizar el retiro de la hidratación y la alimentación. Sostiene que para autorizar la supresión de la hidratación y la alimentación la norma demanda que éstas no satisfagan su finalidad específica, esto es, hidratar y alimentar al paciente. Manifiesta que una interpretación diversa autorizaría prácticas eutanásicas, que se encuentran prohibidas por el artículo 11 de la ley en cuestión. Enfatiza que en este caso el retiro petitionado habilitaría una muerte por deshidratación e inanición, que dista de un final en paz.

Por su parte, el representante del Ministerio Público de Incapaces alega, en primer lugar, que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, fue aplicada en forma retroactiva. Afirma que los jueces han incurrido en un exceso de jurisdicción ignorando el valladar impuesto por el artículo 3 del Código Civil.

Luego, manifiesta que esa ley es inaplicable al caso. Destaca que el paciente no se encuentra en una situación terminal y que sólo necesita para vivir hidratación y alimentación, sin requerir algún mecanismo artificial respiratorio o de otra índole. Agrega que la hidratación y la alimentación no configuran en este caso procedimientos extraordinarios o desproporcionados, sino necesidades básicas de todo ser viviente.

A su vez, enfatiza que el paciente no expresó su voluntad respecto al retiro del soporte vital, lo que debe guiar el análisis de las garantías constitucionales en juego. Aduce que morir con dignidad es un derecho inherente a la persona y que, como tal, sólo puede ser ejercido por su titular.

Por otro lado, sostiene que la decisión apelada viola la garantía de la doble instancia. Afirma que ella implica dejar en manos de los familiares la decisión de proceder al retiro de las medidas de soporte vital, lo que no podrá ser revisado en forma amplia por otro tribunal. Por último, postula que el tribunal no se integró correctamente, lo que afecta el principio del juez natural.

-III-

Tal como entendió el tribunal *a quo*, los recursos extraordinarios son admisibles. En efecto, los agravios formulados suscitan cuestión federal suficiente pues el eje del planteo conduce a determinar el alcance de los derechos constitucionales en juego — el derecho a la vida, a la autonomía personal, a la dignidad humana y a la intimidad— (art. 14, inc. 3º, ley 48; Fallos: 330:399; 331:1530; 332:2559; 335:799, entre otros); a la vez que está controvertida la aplicación de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, reglamentaria de esos

derechos consagrados en la Constitución Nacional y en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (arts. 19 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; arts. 4, 5 y 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo y arts. 6 y 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. I y V, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y Preámbulo y arts. 3 y 12, Declaración Universal de los Derechos del Hombre), y la resolución es contraria al derecho invocado.

No obsta a la admisión formal de los recursos que los apelantes afirmen que atacan el fallo por arbitrariedad, dado que los argumentos que utilizan remiten al alcance otorgado por la decisión apelada a disposiciones de naturaleza federal (Fallos: 330:4345; 331:765). Además, las causales de arbitrariedad invocadas están estrechamente ligadas al presunto menoscabo constitucional, lo que determina su tratamiento conjunto (Fallos: 329:1631, 3577, 4438).

Por otro lado, la decisión apelada es equiparable a una sentencia definitiva en tanto conlleva consecuencias de imposible reparación ulterior (Fallos: 312:1580; 335:794; entre otros).

Sin embargo, entiendo que el recurso del representante del Ministerio de Incapaces es inadmisibile en la medida en que cuestiona la aplicación de normas locales en relación con la conformación del tribunal superior de la causa. Tal como ha dicho la Corte Suprema en otras oportunidades, las cuestiones sobre la aplicación de las normas provinciales que organizan el funcionamiento de la justicia — en el caso, la ley 2.239— son de derecho público local y se encuentran reservadas, en principio, a los jueces de la causa, y son ajenas a la competencia extraordinaria (Fallos: 262:212; 312:2110, entre otros).

En el presente caso no está controvertido que M.A.D se encuentra en estado vegetativo permanente desde hace casi veinte años (fs. 7/8, 378/80, 381/4, 385/6, 502/6 y 589/90) y, según los informes médicos, no tiene posibilidad de recuperación neurológica (fs. 378/80, 385/6, 543/4 y 712/21).

Como consecuencia de un accidente automovilístico ocurrido el 23 de octubre de 1994, M.A.D. sufrió un traumatismo encéfalo craneano severo, politraumatismos graves y epilepsia post-traumática. En 1995, luego de diversas intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos, se le diagnosticó estado vegetativo persistente (fs. 7/8).

Los primeros nueve años M.A.D. fue cuidado principalmente en su casa por su familia, que hizo diversos esfuerzos por encontrar alguna cura o mejoría a su estado de salud (fs. 381 y 725/31). Su hermana A.I.D. tuvo, desde el comienzo, un rol protagónico en el acompañamiento y en los cuidados de su hermano (fs. 381, 543/4 y 559). De hecho, en el año 1995 y ante la declaración judicial de incapacidad de M.A.D., A.I.D. fue designada como su curadora, aun cuando sus progenitores se encontraban vivos (fs. 53/4). Luego, su otra hermana, A.S.D., también fue designada en ese carácter para actuar en forma conjunta o alternativa (fs. 355).

En el año 2003, M.A.D. fue internado en una institución de salud — Lucha Neuquina contra el Cáncer - Luncec— (v. fs. 502/33), donde

permanece hasta la actualidad. Allí, es alimentado e hidratado en forma artificial — enteral por yeyunostomía—, y se le proveen cuidados terapéuticos propios del estado vegetativo —rehabilitación, fisioterapia y farmacoterapia— (fs. 697). Su estado de salud es relativamente estable, aunque padece complicaciones en forma reiterada —esofagitis por reflujo, hemorragia digestiva alta, neumonías broncoaspirativas— que demandan tratamientos específicos, los cuales deben ser provistos por centros de salud de mayor complejidad (fs. 502/6 y 667).

De las constancias de la causa surge que desde 1994 no hubo progresos en la salud de M.A.D., que continúa sin mostrar signos de conciencia de sí mismo o del mundo exterior, lo que caracteriza al estado vegetativo. La pericia realizada por el Cuerpo Médico Forense informa que, de acuerdo con los estudios de resonancia nuclear magnética, el daño cerebral de M.A.D. es irreversible (fs. 712/21).

En este escenario, las hermanas de M.A.D., en su representación, solicitaron a los médicos y al instituto de la salud el retiro, cese y abstención de todas las medidas de soporte vital que lo mantienen con vida en forma artificial: tanto los tratamientos terapéuticos que se le proveen ante sus complicaciones de salud como la alimentación e hidratación enteral. Ante su negativa, iniciaron la petición judicial bajo análisis (fs. 418/26 y 428).

En el marco de las actuaciones, diversos comités de bioética apoyaron la decisión de la familia de M.A.D. de solicitar, en su representación, la supresión de las medidas de soporte vital, teniendo en cuenta su estado de salud y la imposibilidad de mejoría o reversión del cuadro.

En este sentido, el Comité de Bioética de la Dirección Provincial de Calidad de la Gestión de la Subsecretaría de Salud de la Provincia de Neuquén consideró que no existe conflicto ético entre la indicación médica de suprimir las medidas de soporte vital, la voluntad de la familia del paciente, y las recomendaciones de las sociedades científicas pertinentes (fs. 378/80).

Por su parte, el Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva (fs. 381/3 y 797/9) expresó que “[r]espalda la determinación de la familia quien expresa la voluntad de [M.A.D.] respetando su autonomía como principio bioético y ejerciendo el derecho que su hermana ha expresado como curadora legal del mismo, de interrumpir todo tipo de tratamiento que prolongue la vida de [M.A.D.] utilizando métodos artificiales y de soporte vital que impiden la progresión de su inevitable muerte” (fs. 383, en el original se utiliza el nombre completo del paciente). Agregó que el caso de M.A.D. se encuentra expresamente previsto en el punto 8.2 de las “Pautas y recomendaciones para la abstención y/o retiro de los métodos de soporte vital en el paciente crítico” elaboradas por ese comité de bioética.

Ese organismo explicó que “[e]l suministro de alimentación enteral o hidratación son medidas que conducen a preservar el metabolismo energético celular por lo que en los casos de EVP [estado vegetativo permanente], pacientes en los cuales no hay sensaciones de hambre y sed, son consideradas (Hasting Center) como meras medidas de soporte vital” (fs. 383). Además, puntualizó que “debe ser respetada la voluntad, expresada por escrito, del cese de todas medidas activas tales como el rechazo de tratamiento antibiótico frente a las complicaciones infecciosas sufridas por [M.A.D.], ya que esta práctica es

considerada fútil en relación al objetivo biológico porque el resultado terapéutico de la misma solo podrá generar la mantención del estado de inconsciencia irreversible que sufre el paciente” (fs. 383; el destacado pertenece al original).

Finalmente, el Comité de Bioética del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante del Ministerio de Salud de la Nación (en adelante “INCUCAI”) opinó en igual sentido (fs. 543/53 y 781/92) y concluyó que “no se trata de ponerle fin a la vida de [M.A.D.]. Sólo se trata de legitimar moralmente el permitir que la muerte acontezca sin interferencia tecnológica, que en este caso se interpone como obstáculo empecinado en claro perjuicio de la dignidad humana” (fs. 553). Precisó que “la administración de agua y nutrientes por gastrostomía, en un EVP [estado vegetativo permanente] es un ejemplo paradigmático de futilidad terapéutica y que la hidratación y la nutrición es un tratamiento ordinario proporcionado para cualquier circunstancia médica que no sea absolutamente irreversible, como en este caso, donde se transforma en extraordinario y desproporcionado. La desproporcionalidad se evidencia en el empecinamiento de sostener con vida sólo a un cuerpo, aún a costa de la persona moral competente que [M.A.D] fue” (fs. 548/9).

-V-

La cuestión controvertida que es planteada a la Corte Suprema consiste en determinar si la petición efectuada por las representantes de M.A.D. se encuentra comprendida en el derecho a la autonomía personal, la dignidad y la intimidad, tal como son regulados por la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales, y las leyes 26.529 y 26.742.

La ley 26.529 fue sancionada el 21 de octubre de 2009 y modificada el 24 de mayo de 2012 por la ley 26.742. Esa norma consagra los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Luego de garantizar el derecho del paciente a la asistencia, al trato digno y respetuoso, a la intimidad, a la confidencialidad y a la información, regula el derecho a la autonomía de la voluntad en su artículo 2, inciso e. Allí, recepta el derecho del paciente 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 voluntad.

Más específicamente dispone que “[e]n 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” (art. 2, inc. e, ley citada).

La norma aclara que en todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significa la interrupción de las medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

Además, la ley prevé en su artículo 5 diversos recaudos para asegurar que el consentimiento del paciente sea informado, esto es, que el paciente cuente con información clara, precisa y adecuada en cuanto a su estado de salud, el procedimiento propuesto, los beneficios esperados, los riesgos, molestias y efectos adversos, la existencia de procedimientos alternativos, las consecuencias previsibles, el derecho que le asiste a rechazar los procedimientos en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o terminal, y el derecho a recibir cuidados paliativos.

Finalmente, la norma establece la posibilidad de que, ante la incapacidad del paciente para prestar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, éste puede ser prestado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos (ley 24.193).

Tal como surge de los debates parlamentarios de la ley 26.742, la finalidad de la norma es respetar y garantizar el derecho a la libertad personal, que se encuentra estrechamente vinculado a la autonomía, la dignidad y la intimidad de las personas (cf. Diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación – Reunión 10º – 7º Sesión ordinaria (especial) – 30 de noviembre de 2011 – versión disponible en www.diputados.gov.ar; Diario de sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación – Período 130º – Reunión 5º – 3º Sesión ordinaria – 19 de mayo de 2012 – versión taquigráfica, p. 31). En especial, numerosos legisladores expusieron que el propósito es garantizar el derecho a una vida digna, que comprende el derecho a una muerte digna.

Más concretamente, la ley 26.742 respeta y garantiza que en determinadas circunstancias las decisiones sobre la aceptación o el rechazo de ciertos tratamientos médicos o biológicos están reservadas al propio individuo y se encuentran libres de la injerencia del Estado o de terceros. Cabe precisar que la norma no efectúa un juicio moral, ético o religioso sobre cómo deben afrontar los individuos los asuntos vinculados a la enfermedad y, eventualmente, la muerte; sino que reconoce que los individuos tienen un derecho a decidir por sí mismos esas cuestiones a partir de sus propias y profundas convicciones personales.

Los derechos a la autonomía personal, a la dignidad y a la intimidad están ampliamente reconocidos en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (arts. 19 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo y art. 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. V, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y Preámbulo y art. 12, Declaración Universal de los Derechos del Hombre).

Por un lado, el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional consagra que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. La Corte Suprema de Justicia ha invocado ese derecho en diversos precedentes (Fallos: 306:1892; 332:1963) y, en particular, en casos vinculados al derecho de un paciente a rechazar tratamientos médicos (Fallos: 335:799), donde resolvió que se trata de decisiones que están comprendidas dentro de la libertad personal que consagra la Constitución Nacional.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto que “[e]l artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar [...] Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica”, sentencia del 28 de noviembre de 2012, parágrafo 142; “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 85/10).

Más específicamente, en el ámbito internacional, el consentimiento del paciente es requerido para la realización de tratamientos e intervenciones médicas como un modo de proteger su autonomía, dignidad e intimidad (v. Consejo de Europa, Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina – Convenio de Oviedo, 1997; Organización Mundial de la Salud, Declaración de Ámsterdam sobre los Derechos de los Pacientes, 1994; Asociación

Médica Mundial, Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente, adoptada en 1981 y enmendada en 1995; y UNESCO, Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, 2005).

En el sistema internacional de protección de derechos humanos se reconoció que el derecho a la salud comprende el derecho al consentimiento informado; esto es, el derecho del paciente a participar, en forma informada, en la adopción de decisiones sobre su salud. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dictó la Observación General N° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (22° período de sesiones, 2000). Allí el Comité de Naciones Unidas precisa que “el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales” (párrafo 8). Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental precisó que “[e]l derecho a consentir un tratamiento incluye también el derecho a denegarlo, por aconsejable que parezca” (ONU, Asamblea General, 10 de agosto de 2009, Doc. A/64/272, párrafo 28).

-VI-

En este marco normativo, corresponde tratar los agravios traídos por los recurrentes.

En primer lugar, el representante del Ministerio de Incapaces sostiene que el fallo apelado es arbitrario dado que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, no puede ser aplicada en forma retroactiva. Además, aduce que esa cuestión no había sido tratada en las instancias anteriores, por lo que la decisión recurrida vulneró la garantía de la doble instancia.

En mi opinión, esos planteos no deben prosperar en tanto el apelante no demostró la arbitrariedad de la decisión del tribunal de aplicar en forma inmediata las leyes 26.529 y 26.742 a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Para más, no probó la existencia de derechos definitivamente consolidados que fueran vulnerados por esa aplicación en violación del artículo 3 del Código Civil.

La decisión del tribunal *a quo* de resolver la petición efectuada por las representantes de M.A.D. a la luz de las normas vigentes al momento de dictar sentencia es coherente con la doctrina de la Corte Suprema de acuerdo con la cual las decisiones judiciales deben atender a la situación existente al momento de decidir, aun cuando éstas sean sobrevinientes a la interposición del recurso (Fallos: 311:870; 329:5913), y al marco normativo vigente en ese entonces (Fallos: 329:2897; 330:5).

Por último, la alegada violación de la garantía de la doble instancia, más allá de su aplicabilidad fuera del ámbito del derecho penal, es dogmática en tanto, en atención a la cuestión federal involucrada y a las circunstancias del caso, no encuentro limitaciones propias del recurso extraordinario que impidan tratar los agravios concretos traídos por los apelantes.

-VII-

Luego, en relación con los planteos sustanciales realizados por ambos apelantes sobre la interpretación y aplicación de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, al caso, cabe efectuar las siguientes observaciones.

Por un lado, ambos recurrentes alegan que la norma requiere que el paciente se encuentre en estado terminal para poder ejercer su derecho a rechazar tratamientos médicos y aclaran que M.A.D. no se encuentra en esa situación.

Sin embargo, la letra del artículo 2, inciso e, de la ley en cuestión indica que el paciente que padece “una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación” (sin destacar en el original) pueden ejercer el derecho a rechazar ciertos tratamientos médicos o biológicos. Cabe destacar la conjunción disyuntiva — “o”— escogida por los legisladores. Ello fue advertido expresamente por algunos senadores en el marco del debate legislativo, y, sin perjuicio de que algún senador expresó su opinión en sentido contrario (cf. Diario de sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación – Período 130° – Reunión 5° – 3° Sesión ordinaria – 19 de mayo de 2012 – versión taquigráfica, p. 49), el texto finalmente aprobado por la mayoría de diputados y senadores contiene el término “o”. En forma coherente, esa misma conjunción es utilizada en el artículo 5, que se refiere a la información que corresponde proveer al paciente para que éste otorgue su consentimiento informado.

Además, de los antecedentes surge que los legisladores entendieron que el caso del paciente en estado vegetativo se encuentra comprendido por la norma, aun cuando el estado vegetativo permanente puede ser calificado como irreversible, pero no necesariamente sea terminal, al menos en el sentido de una muerte inminente (Diario de sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación citado, p. 39; Diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación citado, en especial, intervención de la Diputada Ibarra).

Más importante aún, la interpretación de la norma de acuerdo con su texto es la que mejor satisface la finalidad de la ley 26.742, esto es, respetar y garantizar la libertad personal permitiendo que el paciente decida, a partir de sus propias convicciones personales, la aceptación o el rechazo de determinados tratamientos médicos y biológicos. Tanto en el caso en el que el paciente decide por sí mismo, como en el que decide a través de sus representantes, lo determinante es que sus propias preferencias guían la adopción de decisiones acerca de su salud. A su vez, ello coadyuva a la protección de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales que fueron citados en la sección anterior y a la interpretación que han adoptado los organismos internacionales de protección de derechos humanos, según la cual la libertad del paciente para aceptar o rechazar tratamientos médicos forma parte de su derecho a la autonomía personal, a la dignidad, a la intimidad e, incluso, a la salud. En la citada causa registrada en Fallos: 335:799, la Corte Suprema juzgó en un caso donde estaba acreditado que el paciente se hallaba en estado crítico, pero no terminal, que “los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada”

(considerando 16). El Tribunal fundó esa decisión principalmente en la garantía prevista en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

De este modo, la interpretación de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, en consonancia con su letra, su finalidad y las garantías constitucionales implicadas, indica que M.A.D., que se encuentra en estado vegetativo permanente desde hace veinte años y que no tiene posibilidades de revertir esa situación, puede decidir, por sí o a través de sus representantes, aceptar o rechazar determinados tratamientos, sin injerencia del Estado ni de terceros. Al respecto, el artículo 2, inciso e, *in fine* de la citada ley precisa que en todos los casos corresponde adoptar las medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

-VIII-

Por otro lado, los apelantes enfatizan que el retiro de la hidratación y la alimentación no está previsto por la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, en tanto no se trata de un tratamiento médico extraordinario, sino de la provisión de necesidades básicas de todo ser viviente.

Sin embargo, la interpretación de la letra y de la finalidad del artículo 2, inciso e, de la ley muestra que el agravio no puede prosperar. Esa norma menciona los tratamientos que pueden ser rechazados siempre que sean extraordinarios o desproporcionados en relación con la perspectiva de mejoría, o que produzcan un sufrimiento desmesurado. Luego, agrega expresamente que el paciente “[t]ambién 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” (art. 2, inc. e, ley citada).

El caso del retiro de la hidratación y la alimentación fue especialmente debatido por los diputados y senadores en el marco de las sesiones parlamentarias. Justamente, allí se consideró que si bien la hidratación y la alimentación no pueden ser consideradas extraordinarias o desmesuradas, su rechazo puede ser decidido por el paciente en un estado irreversible, incurable o terminal en atención a que en muchas situaciones son fútiles, esto es, no tienen aptitud para lograr una mejoría de la salud del paciente, sino que su único efecto es prolongar el estadio terminal, irreversible o incurable.

En una de las exposiciones se dijo que “[a]lgunos diputados mencionaron que respecto de ciertas situaciones como la alimentación y la hidratación, si se plantea el requisito de que sean extraordinarias o desproporcionadas, efectivamente nunca se va a poder hacer lugar porque no son tratamientos desproporcionados, sino que simplemente son procedimientos fútiles, esto es, alargan la situación de mantener latente una vida vegetativa, en estado terminal e irreversible, pero no alivian el sufrimiento, no mejoran y no curan. Por tal motivo, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o el retiro de medidas de soporte vital, se exige que sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría. Y también se podrán rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando éstos produzcan, como único efecto, la prolongación en el tiempo, del estadio terminal irreversible o incurable. De esta forma, abarcamos todos los tipos de procedimientos mencionados, a los efectos de que claramente rija la autonomía de la voluntad para rechazarlos y que la muerte se produzca naturalmente sin necesidad de prolongarla

de manera artificial, dando lugar así al encarnizamiento médico, a procedimientos fútiles o al alargamiento de situaciones de vida vegetativa” (Diario de Sesiones H. Cámara de Diputados de la Nación citado, tercera intervención de la Diputada Ibarra).

Además, la solución que sugiero es la que mejor satisface la finalidad de la ley 26.742. En efecto, robustece la libertad personal al precisar que lo que genera el derecho a decidir libremente es la situación crítica de una enfermedad irreversible, incurable o terminal, y la inutilidad, desproporción, o carácter extraordinario de diversos tratamientos, sin efectuar una distinción en razón de la naturaleza del tratamiento en cuestión, que resultaría en desmedro de los derechos que la norma busca tutelar.

-IX-

El representante del Ministerio Público de Incapaces enfatiza que el paciente no expresó su voluntad respecto del retiro del soporte vital, y que no puede desconocerse que en el caso el consentimiento es otorgado por sus hermanas.

Al respecto, cabe señalar que una de las incorporaciones introducidas por la ley 26.742 es la posibilidad de que ante la incapacidad del paciente para prestar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, éste pueda ser prestado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos (art. 6, ley 26.742).

Esa introducción de la ley responde al reconocimiento de que, en la práctica, en muchos casos el paciente se encuentra en estado de inconciencia o por alguna otra razón física o psíquica imposibilitado o incapacitado para dar su consentimiento. A su vez, la existencia de directrices anticipadas del propio paciente es aún escasa.

De este modo, la norma viene a establecer un mecanismo para garantizar la vigencia efectiva del derecho a la libertad personal previsto en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales, y regulado por el artículo 2, inciso e, de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742. Así, la norma deja la decisión sobre la aceptación y el rechazo de tratamientos médicos y biológicos en el paciente y, en el supuesto de que sea necesario reconstruir cuál es su voluntad, en su ámbito familiar, libre de intromisiones del Estado o de terceros. La ley entiende que los familiares son quienes están en mejor posición para saber cuál sería la voluntad del paciente. En efecto, ellos son quienes conocen sus preferencias y creencias, y con quienes es probable que él haya discutido acerca de estos temas y expresado sus opiniones al respecto.

En este caso, las hermanas de M.A.D. tienen legitimación para dar consentimiento en su representación en tanto se encuentran en primer lugar de acuerdo con el orden de prelación dispuesto por la ley 24.193 y a las circunstancias de la causa —M.A.D. no tiene cónyuge ni hijos y sus progenitores han fallecido—. A su vez, no hay divergencias entre ellas acerca de cuál sería la voluntad de su hermano. Si bien el recurrente realiza algunos reproches con relación a la conducta de las hermanas, lo cierto es que las mismas lucen desprovistas de sustento fáctico. De hecho, el apelante no planteó agravios concretos que permitan dudar de que las hermanas de M.A.D. hayan petitionado la supresión de medidas de

soporte vital de buena fe y en el convencimiento de que su hermano habría decidido de ese modo de tener la capacidad de hacerlo.

Asimismo, la petición de las representantes de M.A.D. se encuentra respaldada en la causa por las opiniones vertidas por diversos comités de bioética (informe del Comité de Bioética de la Dirección Provincial de Calidad de la Gestión – Subsecretaría de Salud de la Provincia de Neuquén a fs. 378/80; del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva a fs. 381/3; y del Comité de Bioética del INCUCAI a fs. 543/53). Todos los comités intervinientes coinciden en su apoyo a la decisión de la familia de M.A.D., teniendo en cuenta su estado de salud y la imposibilidad de mejoría o reversión del cuadro. En particular, el Comité de Bioética del INCUCAI concluyó que “no se trata de ponerle fin a la vida de [M.A.D.]. Sólo se trata de legitimar moralmente el permitir que la muerte acontezca sin interferencia tecnológica, que en este caso se interpone como obstáculo empecinado en claro perjuicio de la dignidad humana” (fs. 553).

-X-

Finalmente, los apelantes aducen que la decisión recurrida atenta contra el derecho a la vida de M.A.D., que se encuentra tutelado en nuestra Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 6, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. I, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y art. 3, Declaración Universal de los Derechos del Hombre). Sin embargo, las leyes 26.529 y 26.742 acogen el derecho a la vida y reconocen que comprende el derecho del titular a decidir sobre

ella en el caso de una enfermedad incurable, irreversible o terminal, y ante la existencia de tratamientos médicos y biológicos extraordinarios, desproporcionados o fútiles. Dicho de otro modo, las normas buscan tutelar el derecho a la vida no como un mero hecho biológico, sino también como un conjunto de atribuciones que convierten en soberano a su titular. Así, las normas armonizan el derecho a la vida con la autonomía personal, la dignidad humana y la intimidad.

Al respecto, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el derecho fundamental a la vida comprende el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente y el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, sentencia del 19 de noviembre 1999, parágrafo 144). En este marco, la pretensión de M.A.D., a través de sus representantes, no implica una privación arbitraria, sino una petición fundada en la vigencia del derecho a la vida digna y autónoma.

En conclusión, entiendo que la decisión de M.A.D., a través de sus hermanas, sobre el retiro, cese y abstención de todas las medidas de soporte vital que lo mantienen con vida en forma artificial pertenece a su zona de reserva, garantizada por el derecho a la autonomía personal (arts. 19 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo y art. 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. V, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y Preámbulo y art. 12, Declaración Universal de los Derechos del Hombre), y regulado en las leyes 26.529 y 26.742, y, por lo tanto, se encuentra libre de las injerencias del Estado y de terceros.

Como acertadamente lo ha destacado el tribunal *a quo*, las peticiones comprendidas en las citadas leyes no requieren autorización judicial dado que precisamente uno de los propósitos de la norma es evitar que estas decisiones se judicialicen y trasciendan de la esfera privada del paciente, su familia y el médico. No obstante, a pesar de la falta de necesidad de la autorización judicial, en atención a las circunstancias del caso — especialmente, el tiempo transcurrido desde que M.A.D. padece un estado vegetativo irreversible, y desde que sus hermanas han instado la presente petición, que recorrió cuatro instancias judiciales— corresponde hacer lugar a la pretensión deducida a fin de garantizar la vigencia efectiva de los derechos del paciente (Fallos: 335:197), en las condiciones establecidas por la ley 26.529, modificada por la ley 26.742. En particular, el artículo 2, inciso *e*, *in fine* precisa que, en los casos en que corresponde proceder al retiro de las medidas que lo mantienen con vida en forma artificial, es menester adoptar las providencias y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

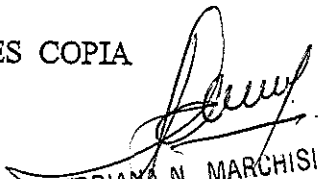
Además, ante la posición asumida por los profesionales y la institución de la salud que atienden a M.A.D., se solicita a esa Corte Suprema que arbitre las medidas que estime pertinentes a fin de asegurar la protección efectiva a los derechos constitucionales invocados.

-XI-

Por todo lo expuesto, opino que cabe declarar formalmente admisibles los recursos extraordinarios interpuestos y confirmar la sentencia apelada con el alcance indicado en la sección anterior.

Buenos Aires, 09 de abril de 2014.

ES COPIA


ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ