

Sumarios

1. Introducción. - 2. La eutanasia pasiva. - 3. El fallo “Albarracini”. - 4. Conclusión.

La ley 26.742 y su interpretación a la luz de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación(*)

1

Introducción

El 24-5-12 se promulgó de hecho la ley 26.742 [<http://legislacion.elderecho.com.ar>], modificatoria de la ley 26.529 [<http://legislacion.elderecho.com.ar>] de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud (a la que nos hemos referido en un artículo publicado en este diario(1) y al que nos remitimos por razones de brevedad).

Por otra parte, escasos días después -el 1-6-12-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió un fallo en el que se pronunció sobre algunos alcances de la normativa referida, *in re* “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias” (A 523. XLVIII).

2

La eutanasia pasiva

La ley 26.742 modifica los arts. 2º, inc. e), 5º, 6º, 10 y 11 de la ley 26.529, e incorpora en el art. 7º de la Ley sobre Derechos del Paciente el inc. f) y el art. 11 bis.

El referido art. 2º de la ley 26.529 legisla sobre la denominada “autonomía de la voluntad”. Al respecto cabe recordar que en el marco de la Comisión de Derechos del Paciente de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en San Miguel de Tucumán los días 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre de 2011, por mayoría, se concluyó: “3. La autonomía de la voluntad resulta un principio rector que permite decidir el proyecto autorreferencial de vida”, con dos disidencias, a saber: “El principio de autonomía no debe ser entendido como la disponibilidad absoluta de los derechos o bienes personalísimos” (Tale). “La autonomía del paciente no es absoluta sino que está sujeta a límites constitucionales y legales y bienes de rango superior, orden público, moral y buenas costumbres, y daño a terceros” (Marrama).

La reforma introducida mediante la ley 26.742 interpreta la referida “autonomía de la voluntad” como principio absoluto, “legalizando” la eutanasia pasiva en el último párrafo del inc. e) del art. 2º(2), y en los dos incisos (g) y h)(3) incorporados al art. 5º de la ley 26.529, en abierta contradicción con lo establecido por el art. 11 de esta Ley de Derechos del Paciente, que veda “desarrollar prácticas eutanásicas”, más allá de su contradicción con lo establecido por el art. 19 de la CN y concordantes disposiciones constitucionales.

En efecto, la norma permite el rechazo de “procedimientos de hidratación y alimentación”. Al respecto cabe aclarar que aun en los casos en que la muerte de un enfermo terminal se considere inminente, no se puede acelerar su devenir mediante la supresión de la nutrición e hidratación artificiales, en tanto constituyen el soporte básico para la supervivencia del enfermo. Ello significa ni más ni menos que inducir a la muerte a una persona, es decir, matarla, violándose así el derecho indisponible a la vida humana.

Así, “en la eutanasia, estrictamente considerada, se pretende la supresión del sufrimiento y del dolor mediante la inducción de la muerte”, lo cual debe diferenciarse de los cuidados paliativos, en los que “solamente se busca eliminar el dolor a través de la analgesia (...) En el segundo caso, la muerte no se intenta de manera alguna, ni directa ni indirectamente”(4).

Esta modificación normativa del art. 2º, inc. e), y del art. 5º, incs. g) y h), de la Ley de Derechos del Paciente se encuentra agravada por la incorporación, en el art. 6º de la referida ley, de un párrafo(5) que permite que esta eutanasia pasiva sea solicitada por los parientes del enfermo.

En el mismo sentido, el art. 5º de la ley 26.742 sustituye este párrafo del art. 10 de la ley 26.529: “En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante sólo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica”, por el siguiente: “Las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

Cabe recordar que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se ha expedido en un caso en que el esposo de una paciente requirió que sea desconectada de una sonda gastronómica(6), no haciendo lugar al pedido. Recomendamos la lectura asimismo de la medulosa nota a fallo de Alberto Gowland(7).

Por otra parte, la reforma legislativa que comentamos incorpora un párrafo(8) al art. 11 de la Ley de Derechos del Paciente, permitiendo que las directivas anticipadas se formalicen ante escribano público, lo cual fue materia de escaso debate en la referida Comisión de Derechos del Paciente de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, concluyéndose por mayoría: “10. La reglamentación que en un futuro se realice del art. 11 de la ley 26.529 respecto de las Directivas Médicas Anticipadas (...) debe incluir entre otros (...) *la libertad de formas para su emisión y revocabilidad*” (las bastardillas son nuestras), dejándose expresamente sentado como conclusión: “11. La Directiva Médica Anticipada no debe ser confundida con una práctica eutanásica y debe ser considerada como un acto jurídico personalísimo, unilateral”.

Por último, la ley 26.742 incorpora como art. 11 bis de la Ley de Derechos del Paciente la siguiente disposición: “Artículo 11 bis: Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”, disposición sobreabundante e innecesaria, pero que trasluce, quizá, la poca convicción del legislador al incorporar la eutanasia pasiva en la legislación argentina. En efecto, ninguna práctica médica regulada por ley requiere una expresa exoneración de responsabilidad profesional de los médicos intervinientes. Curioso es, por otra parte, que no consagre expresamente el derecho constitucional a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud tratantes de estos casos.

3

El fallo “Albarracini”(9)

La Corte Suprema se ha pronunciado el 1-6-12 respecto de la directiva anticipada otorgada el 18-3-08 por Pablo Albarracini, quien pertenece al culto Testigo de Jehová y que a la fecha del fallo se encontraba internado en estado crítico. En la referida directiva anticipada, Albarracini manifestó dicha pertenencia y su no aceptación, en consecuencia, de transfusiones de sangre.

La directiva anticipada de Pablo Albarracini ha sido analizada por la Corte Suprema a la luz del art. 19 de la CN, reiterando la doctrina sentada en los casos “Bahamondez” y “Ponzetti de Balbín” (en el cual estableció que “el derecho a la privacidad comprende (...) otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona (...) y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”, cfr. voto de la mayoría, consid. 8º, citado en el consid. 14 del fallo “Albarracini”).

A continuación, el Tribunal aplica la doctrina referida al caso de marras, entendiendo que “tales principios resultan de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidos, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, mencionadas en el citado precedente. Y es con sustento en ellos (...) que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores (...) Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 (...) Estas directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, *salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes*” (considerando 16, la bastardilla es nuestra).

Cabe resaltar lo establecido en los considerandos 18 (“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”) y 20 (“Que, en consecuencia, al no existir constancia en autos que indiquen que la negativa de recibir un tratamiento médico contrario a sus creencias religiosas, encuadra en alguna de las circunstancias excepcionales mencionadas en el considerando anterior -a saber: ofender el orden, la moral pública o los derechos ajenos-, cabe concluir -conforme a los principios desarrollados precedentemente- que no existió en el caso ningún interés público relevante que justificara la restricción en la libertad personal del nombrado”).

Es decir que la Corte enmarca la autonomía de la voluntad en los límites del art. 19 de la CN, los cuales no resultan violentados en el caso “Albarracini” en virtud de encontrarnos frente al ejercicio de la libertad de cultos de una persona adulta, que no tiene hijos y cuya esposa -perteneciente al mismo culto- adhiere a su decisión anticipada. Cabe recordar que la libertad de cultos constituye uno de los derechos fundamentales del hombre, en virtud de radicar su dignidad en su carácter espiritual(10).

De lo expuesto se puede inferir que la Corte *interpreta la Ley de Derechos del Paciente a la luz del plexo constitucional y de los derechos fundamentales en él consagrados, tales como la libertad de cultos, estableciendo expresamente como límite las disposiciones del art. 19, CN* (orden público, moral pública y daño a terceros). Por ello, nos animamos a concluir que la Corte no avalará, siguiendo esta doctrina sentada en “Albarracini”, la eutanasia pasiva consagrada por el Congreso de la Nación.

4

Conclusión

Llama la atención que la Argentina esté legislando en sentido contrario al de países y organismos que a nivel mundial tutelan los derechos humanos. En efecto, el Senado de Francia(11) rechazó en 2011 un proyecto de ley que pretendía regular la eutanasia. Por otra parte, la Asamblea Parlamentaria de Europa(12), a comienzos de este año 2012, aprobó la resolución 1859 relativa a las directivas anticipadas en la que sienta el siguiente principio: “La eutanasia, en el sentido del asesinato intencional por acción u omisión de un ser humano dependiente por su alegado beneficio, debe siempre ser prohibida”. La resolución 1859 se titula “Protección de los derechos humanos y la dignidad mediante la consideración de los deseos previamente expresados de los pacientes” (*Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients*) y tiene por finalidad definir los principios que deben guiar las “directivas anticipadas” o “testamentos vitales” en Europa.

Sería deseable que la legislación argentina se adecue al plexo de derechos humanos reconocidos por la Constitución Nacional, en especial la que versa sobre materias hondamente vinculadas con los derechos fundamentales como es el caso de la ley bajo análisis.

voces: médico - bioética - intimidad - constitución nacional - derechos humanos - tratados y convenios - hospitales y sanatorios - derechos del consumidor - menores - patria potestad - poder judicial - familia - persona - salud pública - derecho comparado - corte suprema de la nación

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Eutanasia: Una decisión personalísima, por Alberto J. Gowland, ED, 212-590; La eutanasia en el marco de los procesos de reingeniería social, por Pablo Yurman, ED, 215-884; Eutanasia: cuando la ambigüedad mata, por Hernán Solares, ED, 225-729; La eutanasia en el derecho hebreo y comparado, por Gabriel Minkowicz y Daniel Vear, ED, 233-743; La ley 26.529 y la intervención de los niños, niñas y adolescentes en la toma de decisión: un sano reconocimiento, por Miguel Gonzales Andia, EDLA, 2010-A-1055; Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuestas de reforma, por Silvia Marrama, ED, 245-881. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Marrama, Silvia, Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuestas de reforma, ED, 245-881.

(2) "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".

(3) "g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento". Por su parte, el art. 4º de la ley 26.742 incorpora como inc. f) del art. 7º de la ley 26.529 lo siguiente: "En el supuesto previsto en el inc. g) del art. 5º deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto".

(4) Basso, Domingo, Nacer y morir con dignidad: estudios de biogenética contemporánea, 4ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pág. 467.

(5) "En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario". El art. 21 de la ley 24.193 establece: "En caso de muerte natural, y no existiendo manifestación expresa del difunto, deberá requerirse de las siguientes personas, en el orden en que se las enumera siempre que estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales, testimonio sobre la última voluntad del causante, respecto a la ablación de sus órganos y/o a la finalidad de la misma. a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge 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 padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho (18) años; e) 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. Conforme la enumeración establecida precedentemente y respetando el orden que allí se establece, las personas que testimonien o den cuenta de la última voluntad del causante que se encuentren en orden más próximo excluyen el testimonio de las que se encuentren en un orden inferior. En caso de resultar contradicciones en los testimonios de las personas que se encuentren en el mismo orden, se estará a lo establecido en el artículo 19 bis. La relación con el causante y el testimonio de su última voluntad, serán acreditados, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas la documentación respectiva, cuando correspondiere. (Artículo sustituido por art. 8º de la ley 26.066, B.O. 22-12-05. Vigencia: a los TREINTA (30) días de su publicación en el Boletín Oficial)".

(6) SC Buenos Aires, 9-2-05, "S., M. d. C. s/insania", ED, 212-547.

(7) Gowland, Alberto J., Eutanasia: una decisión personalísima, ED, 212-590.

(8) "La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó".

(9) CS, 1-6-12, "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias".

(10) La dignidad humana radica en el carácter espiritual del hombre, tal como establece el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría". Por ello: "Artículo III. Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado. Derecho de libertad religiosa y de culto".

(11) Jiménez Barca, Antonio, El Senado francés rechaza la eutanasia, El País, 26-1-11, en http://internacional.elpais.com/internacional/2011/01/26/actualidad/1295996409_850215.html.

(12) Centro de Bioética, Persona y Familia, La eutanasia siempre debe ser prohibida, según la Asamblea Parlamentaria de Europa, diario El Derecho del 7-2-12 (nro 12.934).