

Voces: MUERTE DIGNA - EUTANASIA - ESTADO VEGETATIVO - BIOÉTICA - PERICIA MÉDICA - DERECHO A LA VIDA - CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE - DIRECTIVAS ANTICIPADAS - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - OBJECCIÓN DE CONCIENCIA - CURATELA - RECHAZO DE TRATAMIENTO MÉDICO

Título: La Corte Suprema y la cuestión del retiro de la alimentación y la hidratación. Comentario al fallo «D. M. A.»

Autor: Lafferriere, Jorge N. - Viar, Ludmila A.

Fecha: 14-jul-2015

Cita: MJ-DOC-7320-AR | MJD7320

Producto: MJ,SYD

Sumario: *I. Introducción. II. Análisis de la sentencia. III. Principios y normativa aplicable al caso. IV. Tres preguntas que plantea el caso. V. Conclusión.*

Por Jorge N. Lafferriere (*) y Ludmila A. Viar (**)

I. INTRODUCCIÓN

El 7 de julio de 2015 la Corte Suprema dictó sentencia en los autos «D., M. A. s/ Declaración de incapacidad» e hizo lugar a la petición realizada por las hermanas del paciente M. A. D. para que le retiren la alimentación y la hidratación, como aplicación de la Ley 26.742. En el presente comentario haremos un análisis de las líneas argumentales de la sentencia y unos primeros comentarios sobre ella.

En el caso, M. A. D. sufre un accidente automovilístico en 1994. Como resultado de aquel culmina en un estado «de mínima conciencia», el cual con el paso del tiempo se vuelve persistente. A lo largo de sus internaciones en distintos establecimientos médicos, M. A. D. padeció una serie de dolencias como epilepsia postraumática, esofagitis por reflujo, entre otras. Para ello requería especiales cuidado médicos, entre ellos, la alimentación por yeyunostomía. Su estado de inconsciencia se prolongó durante un lapso que supera los 20 años.

Si bien se reconoce en los informes periciales ofrecidos una disimilitud en cuanto al diagnóstico -«conciencia mínima» y «estado vegetativo persistente»-, la prolongada situación hace que los informes ofrecidos concluyan en que el cuadro debe considerarse permanente y que las posibilidades de reversibilidad sean «casi nulas».

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

El expediente llegó hasta el Máximo Tribunal por recurso interpuesto con motivo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén que deja sin efecto la sentencia confirmatoria de la primera instancia, la cual rechazaba la pretensión de los representantes de M. A. D. para que se suprimiese la hidratación y alimentación del actor que figura en autos.

1. El Tribunal Superior de Neuquén

El Tribunal neuquino entendió que la Ley 26.529 y su modificatoria la 26.749 resultan ser normativas aplicables sin necesidad de declaración judicial previa. Además, interpretó que existía un conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal. Y consideró que las decisiones previstas en esa ley ingresaban dentro del círculo de la autonomía personal. Además, sostuvo que la norma en cuestión prevé la implementación de un consentimiento informado que bajo determinadas situaciones puede ser otorgado por los representantes legales. Destacó que todo lo atinente a este tema importa a la esfera íntima del paciente, por lo que la norma busca evitar el desplazamiento hacia la esfera judicial.

Además, dijo que el cese de la hidratación y la alimentación enteral, así como de todas las medidas que hacen al sostén de la vida de M. A. D. de forma artificial, están contemplados en la Ley 26.529. Por último, expresó que la ley estipula un mecanismo tal que no requiere la intervención judicial.

2. Los recursos extraordinarios

Tanto el curador «ad litem» como el representante del Ministerio Público de Incapaces interpusieron recursos extraordinarios, concedidos por el tribunal provincial.

El curador «ad litem» destacó que la pericia médica valoró que el paciente no padece una enfermedad terminal, por el contrario su estado es vegetativo permanente con un estado de salud estable. En consecuencia, no resulta aplicable la Ley 26.529 y su modificatoria, la cual exige que la quita de hidratación y alimentación no satisfagan su finalidad específica. De lo contrario, se estarían ejecutando prácticas eutanasias prohibidas por el art. 11 de la ley mencionada.

El representante del Ministerio Público de Incapaces secunda lo dicho por el curador «ad litem», entendiendo que no se configuró la desproporcionalidad de la hidratación y alimentación, toda vez que aquellas constituyen necesidades básicas en el caso concreto. Agrega que «...morir con dignidad es un derecho inherente a la persona y que, como tal, solo puede ser ejercido por su titular».

3. La sentencia de la Corte Suprema

Una vez que dictaminaron la Procuración General y la Defensoría General de la Nación, queda la causa en condiciones de ser fallada. Para la Corte resultan procedentes los recursos extraordinarios interpuestos por existir cuestión federal en torno a el derecho a la vida, a la autonomía personal, a la dignidad humana y a la intimidad. Además, la Corte examinará la inexorable relación de arbitrariedad atribuida a la sentencia con relación a los derechos

enumerados.

Luego de esgrimir un resumen procesal y argumental de lo acaecido con anterioridad a que la causa se encuentre ante la Corte para ser resuelta, evoca un breve resumen de lo acontecido y lo resuelto por las distintas pericias médicas acerca del estado de salud de M. A. D. A renglón seguido, la Corte ofrece una serie de argumentos basados en el derecho y la interpretación de las normas aplicables.

A. La aplicación de la Ley 26.742 al caso concreto

En primer lugar, cita el art. 2º, inc. e, de la Ley 26.529 para luego incorporar al art. 5º de la misma norma, como aquellos en los que resulta encuadrada la cuestión de autos. La Corte entiende que estos artículos otorgan, en situaciones específicas, la «abstención terapéutica», no así la eutanasia, prohibida por el art. 11 del mismo cuerpo legal. Interpreta que esta fue la intención del legislador.

Expone que no acaecen incompatibilidades entre lo previsto en la ley especial y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Reconoce que M. A. D. no padece una enfermedad. Sin embargo, con motivo del accidente automovilístico se encontraba en un estado irreversible e incurable. Vuelve a decir que ya el legislador había pensado en casos como el de autos al momento de sancionar la ley. Por consiguiente y fundada en la pericia médica, la Corte entiende que debe procederse al cese de la hidratación y alimentación.

Una vez dicho esto, continúa con su exposición argumental, remitiéndose a que la situación discutida puede encuadrarse en los supuestos del art. 2º, inc. e, y art. 5º, inc. g, ya que existe una posición médica, la cual comprende a la hidratación y alimentación, en tanto soporte vital, como una forma de tratamiento médico. Con el fin de sustentar esta posición, el Máximo Tribunal cita la pericia médica y los dictámenes de los Comités Bioéticos que se encuentran adjuntados al expediente. Asimismo, invoca jurisprudencia comparada donde la hidratación y alimentación han sido reconocidas como tratamiento médico. De esta forma, la Corte busca solidificar el encuadre legal de la situación debatida dentro de los artículos nombrados.

B. La ausencia de una directiva anticipada y el consentimiento por representación

En segundo lugar, la sentencia analiza el hecho de que el paciente no ha dado ninguna directiva ni conformidad anticipada. Tampoco podrá realizarla debido a su estado de inconsciencia. Si bien en varios precedentes se ha reconocido la autodeterminación fundada en el art. 19 CN, también se ha presupuesto que la persona está en uso de su razón para tal autodeterminación. Por ello, la Ley 25.529 se ocupa del caso de pacientes, como M. A. D., que no pueden prestar por sí su consentimiento. Tal tutela se encuentra expresada en el art. 6º de la misma norma. A su vez, aquel remite al art. 4º de la Ley 24.193, que enumera los requisitos y orden de prelación para prestar consentimiento.

No obstante, emana de una lectura detenida sobre el fallo que la Corte resalta, enfáticamente, que por tratarse de derechos personalísimos como son la vida y la salud «...de ningún modo puede considerarse que el legislador haya transferido a las personas indicadas un poder incondicionado para disponer la suerte del paciente mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia» (considerando 22). Por el contrario, lo que se hace es tomar testimonio a las personas referentes para poder identificar la autonomía del sujeto. Sobre esto, vuelve el Tribunal y dice -con un destacado especial- que «... sólo pueden

testimoniar, bajo declaración jurada, en qué consiste la voluntad de aquel a este respecto». «Es decir que no deciden ni "en el lugar" del paciente ni "por" el paciente sino comunicando su voluntad».

Para la Corte esto no significa que exista una reconstrucción de la voluntad en razón del estilo de vida, ética, valores, religión, entre otros conceptos. Para la sentencia la decisión no puede responder a meros sentimientos por más que la persona que testimonia se encuentre en su círculo familiar íntimo. Tampoco puede atenderse a criterios meramente utilitaristas, toda vez que «... la persona es un fin en sí mismo». Estas premisas encuentran asidero en el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Además, en función del precedente europeo, «Lambert», no debe dejarse de lado que el paciente es la parte principal, por lo que toma decisiones incluso cuando es incapaz. En este sentido no hay discusión posible en torno a que M. A. D. es una persona en sentido pleno.

Por último, no encuadra dentro de las potestades de la Corte erigir un juicio de valores en torno a qué forma de vida es digna y cuál indigna. Tan solo puede limitarse a velar por lo que respecta a la autonomía.

En línea con esta elaboración, entiende que la aplicación de la Ley 26.529 al caso no implica desconocer la voluntad de M. A. D. Conjuntamente, se pone de resalto que no hubo contradicción alguna entre los testimonios prestados. En consecuencia, no existe agravio de arbitrariedad para la Corte.

Finalmente, por aplicación del art. 21 de la Ley 24.193, al que remite el art. 6 de la Ley 26.529 reformado por la Ley 26.742, considera válida e inobjetable la declaración jurada de las hermanas de M. A. D. respecto a la voluntad del paciente en el sentido de que hubiera querido que le retiren la alimentación y la hidratación. Así, considera cumplido el requisito de decisión autónoma exigido por la Ley 26.529.

C. Para futuros casos

En tercero y último lugar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace precisiones sobre el tratamiento a futuro que debe dárseles a cuestiones como las que tuvo en consideración en este caso. Para ello cita su sentencia en el caso «F. A. L.» del 13 de marzo de 2012 indicando la no exigencia de autorización judicial para convalidar las determinaciones tomadas por los pacientes. Consecuentemente, manifiesta como necesaria la implementación de un protocolo para que el personal sanitario pueda ejercer el derecho a la objeción de conciencia sin que ello implique la demora en la atención del paciente.

Con estos argumentos, la Corte declara admisible parcialmente los recursos interpuestos y confirma la sentencia apelada con los alcances que ella ha marcado en sus considerandos.

III. PRINCIPIOS Y NORMATIVA APLICABLE AL CASO

En una primera aproximación a la sentencia nos encontramos con algunos principios aplicables a la toma de decisiones en el fin de la vida y a la normativa aplicable al caso (1):

a) La toma de decisiones en el final de la vida está atravesada por una compleja trama de dimensiones, que involucran aspectos éticos, jurídicos, religiosos y culturales. En esta materia,

nos parece decisivo tener en cuenta cuatro grandes principios:

- No matar: el principio de la inviolabilidad de la vida humana prohíbe toda acción dirigida a quitar deliberadamente la vida de otra persona, ya sea por acción u omisión.
- La licitud de renunciar a ciertos tratamientos desproporcionados con las perspectivas de curación, en casos en que la muerte sea inminente e irreversible (encarnizamiento terapéutico).
- La obligación de proveer siempre la alimentación y la hidratación.
- La legitimidad de los cuidados paliativos.

b) La Ley 26.742 del año 2012 reformó la Ley 26.529 de derechos del paciente, entre otras cosas, para:

- Permitir el rechazo a tratamientos desproporcionados o extraordinarios en enfermos terminales: Se modificó el inc. e del art. 2 de la Ley 26.529, referido a los derechos y en particular a la «autonomía de la voluntad», para establecer que «el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado 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 a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado».
- Permitir la renuncia a la alimentación y la hidratación: La modificación al inc. e del art. 2 de la Ley 26.529 incluyó la siguiente frase: «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».
- Establecer un orden de prelación para el consentimiento por representación: se modificó el art. 6 de la Ley 26.529 para establecer que en caso de incapacidad de la persona o imposibilidad de brindar el consentimiento, este sea dado por las personas indicadas en el art. 21 de la Ley 24.193 de trasplantes de órganos.

IV. TRES PREGUNTAS QUE PLANTEA EL CASO

A partir de los principios presentados y los alcances de la Ley 26.742, podemos decir que en este caso se ponía en discusión el tercer principio antes mencionado, referido a la posibilidad de renunciar a la alimentación y la hidratación. Tres preguntas podrían formularse:

- a) ¿Es compatible con el derecho a la vida la posibilidad de renunciar a la alimentación y la hidratación?
- b) ¿Es aplicable al caso de M. A. D. la Ley 26.742?
- c) Y, finalmente, si se considera aplicable la ley, ¿quién y bajo qué criterios decide en el caso de consentimiento por representación?

Procederemos ahora a responder estas preguntas:

a) Respecto a la primera pregunta, la Corte no profundiza el problema y se limita a constatar que «no fue intención del legislador autorizar las prácticas eutanásicas, ... sino admitir en el marco de ciertas situaciones específicas la "abstención" terapéutica ante la solicitud del paciente» (considerando 13).

Al respecto, nos permitimos discrepar con el Alto Tribunal. Consideramos que el cese de la alimentación y la hidratación de suyo se realiza como acción ordenada a provocar la muerte. No configura un supuesto de renuncia al encarnizamiento terapéutico, sino una omisión que provoca la muerte y por tanto afecta el derecho a la vida. Hay que tener en cuenta que la alimentación y la hidratación son cuidados ordinarios y proporcionados, debidos a todo ser humano por el solo hecho de ser tal. Como dice Gelli, si la hidratación y la alimentación artificiales son parte del confort y cuidados que se deben a todo enfermo, como el abrigo y la limpieza, ello constituye un problema médico de implicancias éticas y señala que «quizá resulte obligatorio proporcionar aquellos, como parte de esos cuidados paliativos» (2).

Resulta decisiva la distinción entre la renuncia al encarnizamiento terapéutico y la provocación de la muerte por omisión. En ambos casos estamos frente a omisiones. En la primera se tutela la dignidad del hombre bregando por la vida de este. Evitar el encarnizamiento terapéutico de la persona «alude a la no aplicación o a la suspensión de tratamientos médicos incapaces de detener la muerte o de obtener resultados proporcionados al medio que se utiliza» (3). En cuanto a la segunda, se omiten cuidados que provocan la muerte. Pilar Zambrano explica bien la cuestión: «¿Qué omisiones puede decirse que tienen una incidencia causal en la muerte?» (4). La omisión de la hidratación y alimentación, en el caso concreto, desencadena un nuevo proceso mortal distinto al originario causado por el accidente automovilístico. Esto, para el derecho tiene un importante impacto sobre el concepto de causalidad. Siendo, entonces, la omisión de cuidados elementales la generadora de la muerte (5).

En conclusión, entendemos que existe una proporcionalidad en la provisión de cuidados fundamentales como son la hidratación y alimentación para el sustento biológico de la persona. Así la omisión de aquellos, realizando la acción de retirarlos, es la causa de la muerte. De esta forma, se ve evidenciada una contradicción con el art. 11 de la Ley 26.529, que prohíbe las prácticas eutanásicas. De allí que se afirme que el caso es una forma de eutanasia o muerte provocada por omisión.

b) Respecto a la segunda pregunta, y con el limitado conocimiento de los autos que puede brindar la sentencia, parece claro que el cuadro de M. A. D. era «irreversible» («casi nulas» posibilidades de reversibilidad), pero no era «terminal» en el sentido estricto del término. Y en tal sentido, el inc. e del art. 2 de la Ley 26.529 señala que para que el paciente pueda «rechazar procedimientos de hidratación o alimentación» se exige que «produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable». Es decir, hay una clara exigencia de irreversibilidad que no se cumple en la causa.

c) Respecto a la tercera pregunta, la Corte basa su decisión en el testimonio que dan sus hermanas sobre la voluntad del paciente y que corroboran por declaración jurada según lo exigido por el art. 6 de la Ley 26.529, que remite al art. 21 de la Ley 24.193. Al respecto, tratándose de una decisión tan trascendente, parece muy débil una simple declaración jurada obtenida 20 años después del hecho y habiendo existido un largo recorrido de atención y cuidados en la familia y el sistema de salud.

V. CONCLUSIÓN

En el final de la vida, es exigencia de la justicia que adoptemos todas las medidas que respeten y fortalezcan la dignidad del paciente y sus derechos fundamentales. Sobre ello existe amplio acuerdo. Sin embargo, permitir que el paciente fallezca por cese de la alimentación e hidratación no es una medida que responda a esa exigencia.

(1) No entramos aquí en la cuestión de si la aplicación de la Ley 26.529 (2009) y su reforma por la Ley 26.742 (2012) al caso fue retroactiva en tanto ambas leyes fueron posteriores al momento en que ocurrió el accidente (1994).

(2) GELLI, María A.: «La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad», La Ley, Suplemento Especial Identidad de género-Muerte digna, 2012 (mayo), 93.

(3) ZAMBRANO, Pilar: «La distinción entre aceptar la muerte y elegir la muerte. La razonabilidad de la injerencia del Estado en la omisión de cuidados médicos», Revista de Derechos Humanos, 2010, vol. 1, p. 129. Ver también ZAMBRANO, Pilar: «Elementos para un debate racional en torno a la legalización de la eutanasia», La Ley, año LXIX; N° 77, Buenos Aires.

(4) ZAMBRANO, Pilar: «La distinción entre aceptar la muerte y elegir la muerte. La razonabilidad de la injerencia del Estado en la omisión de cuidados médicos», op. cit.

(5) *Ibíd.*

(*) Abogado, UBA. Doctor en Ciencias Jurídicas, UCA. Profesor de Elementos de Derecho Civil, UBA. Profesor de Principios de Derecho Privado, UCA. Director del Centro de Bioética, Persona y Familia.

(**) Abogada, UCA. Maestranda en Derecho Tributario, UCA. Adscripta de investigación, Facultad de Derecho, UCA. Miembro del Centro de Bioética, Persona y Familia.