

Título: [Decisiones sobre el fin de la vida en una sentencia de la Corte Suprema](#)

Autores: [Lafferrière, Jorge Nicolás](#) - [Zabaleta, Daniela B.](#)

Publicado en: [LA LEY 15/07/2015](#), [15/07/2015](#), [5](#) - [LA LEY2015-D](#), [114](#) - [DFyP 2015](#) (septiembre), [03/09/2015](#), [251](#)

Cita Online: [AR/DOC/2360/2015](#)

Sumario: I. El caso. — II. La aplicación de ley 26.742 al caso "D., M.A.". — III. La hidratación y alimentación, ¿son medios extraordinarios y desproporcionados? — IV. El consentimiento informado de M.A.D. — V. Las precisiones efectuadas por la Corte Suprema para los casos futuros. — VI. Colofón.

El pasado 7 de julio de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación — en adelante CSJN o la Corte— confirmó la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén —que había revocado la sentencia de la primera instancia — y, por lo tanto, admitió la pretensión de las representantes de M.A.D para que se ordenara la suspensión de su hidratación y alimentación enteral, así como de todas las medidas terapéuticas que lo mantenían con vida.

Para así decidir, la Corte entendió que el caso de M.A.D se ajustaba a la normativa consagrada por la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, modificada por la ley 26.742 conocida como "ley de muerte digna", por lo que debía hacerse lugar a la petición formulada por las hermanas y curadoras de M.A.D dado que estaban legalmente habilitadas a dar testimonio sobre la voluntad del paciente a través de una declaración jurada.

A pocas horas de su dictado, voces a favor y en contra se alzaron respecto de lo resuelto por el Máximo Tribunal. En el presente artículo, brindaremos primeros comentarios sobre la sentencia. Para ello, comenzaremos por explicar los antecedentes del caso y la normativa en juego. Luego, analizaremos si efectivamente lo resuelto en el caso se ajustó al derecho vigente. También nos abocaremos al estudio de lo resuelto con relación al consentimiento informado. Específicamente, haremos referencia al tema del consentimiento por representación y la legitimación que se otorgó a las hermanas de M.A.D para otorgarlo. A continuación, mencionaremos otros dos puntos relevantes del fallo: la no judicialización de estas causas y lo referente al dictado de protocolo para los objetores de conciencia. Finalizamos con reflexiones conclusivas.

I. El caso

Del considerando sexto de la sentencia que comentamos se desprende que "El 23 de octubre de 1994, M.A.D sufrió un accidente automovilístico que le ocasionó un traumatismo encéfalo craneano severo con pérdida de conocimiento, politraumatismos graves y epilepsia postraumática. Fue internado en el Hospital Castro Redón de la Provincia de Neuquén y luego derivado a la Clínica Bazterrica de la Ciudad de Buenos Aires. Allí fue sometido a varias internaciones quirúrgicas y tratamientos médicos. A fs. 7/8 obra el resumen de su historia clínica elaborada en este último nosocomio —fecha 5 de febrero de 1995 —en la que se establece que "durante la internación el paciente evoluciona con estado vegetativo persistente". Posteriormente, en el año 2003, fue ingresado en el Instituto Luncec de la Provincia de Neuquén, destacándose en la historia clínica de esa institución que M.A.D presenta estado vegetativo permanente (fs. 502/506). También en el informe de estado neurológico del Instituto de Neurología y Neurocirugía de Neuquén, del 30 de junio de 2006, se señaló que el paciente se encuentra en estado vegetativo persistente (fs. 510), diagnóstico que fue ratificado en el año 2009, por el Jefe del Servicio de Terapia Intensiva del Hospital Castro Redón de la Provincia de Neuquén, profesional que atendió al paciente durante la primera etapa posterior al trauma (...)". El estado de mínima conciencia en que se encontraba M.A.D se extendió por más de 20 años y subsistió hasta el dictado de la sentencia de la Corte el 7 de julio último, siendo los galenos intervinientes en las distintas instancias contestes en afirmar que M.A.D tenía posibilidades "casi nulas" de revertir su situación.

Como consecuencia del cuadro descripto, M.A.D requería atención médica permanente para satisfacer sus necesidades básicas. Ante la imposibilidad de deglutir, era alimentado por yeyunostomía, procedimiento mediante el cual se suministran nutrientes a través de una sonda que es conectada al intestino delgado. También se le había colocado una sonda vesical permanente por la cual recibía su hidratación y pañales por la incontinencia vesical y rectal [\(1\)](#).

Inicialmente atendido por sus padres, luego de su fallecimiento sus hermanas fueron nombradas curadoras [\(2\)](#). Así, en el marco de un proceso de incapacidad según se desprende de la carátula, ellas interpusieron un pedido en sede judicial tendiente a obtener el retiro, cese y abstención de la hidratación y alimentación enteral, así como todas las medidas de sostén vital que su hermano recibía [\(3\)](#). La sentencia de primera instancia, rechazó la pretensión, pero el Tribunal Superior de la Provincia de Neuquén revocó el fallo e hizo lugar a la demanda.

Contra dicho pronunciamiento, el curador ad litem y el representante del Ministerio Público de Incapaces interpusieron recursos extraordinarios, los que motivaron la intervención del Máximo Tribunal.

El curador ad litem sostuvo que la sentencia resultaba arbitraria en tanto prescindía de pruebas contundentes —como eran las pericias médicas de las que surgía que el paciente no padece una enfermedad terminal sino un estado de mínima conciencia permanente— y por la aplicación errónea del derecho vigente efectuada.

Por su parte, el representante del Ministerio Público de Incapaces adujo que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, fue aplicada en violación del art. 3° del Código Civil actualmente vigente y que no resulta aplicable al caso al no tratarse de un paciente en estado terminal. Asimismo, enfatizó en la falta de expresión del consentimiento del paciente para el retiro del soporte vital y alegó que la sentencia de Alzada violó la garantía de doble instancia y el principio de juez natural.

II. La aplicación de ley 26.742 al caso "D., M.A."

La resolución del caso por parte de la Corte se basa en la aplicación de la ley 26742 conocida como "ley de muerte digna". En el presente apartado analizaremos si estaban reunidos los requisitos de esa ley en lo referido a la posibilidad de retirar alimentación e hidratación, con particular referencia a la exigencia de un estadio terminal.

Tras un acotado debate parlamentario, el 9 de mayo de 2012 el Parlamento Nacional sancionó con fuerza de ley la normativa N° 26.742 conocida popularmente como "ley de muerte digna". Su artículo 1° estableció que el inciso e) del artículo 2° de la Ley 26.529 — de "Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud"— debía modificarse y quedar redactado de la siguiente manera: "e) 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. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, 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 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". Y agregó que "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" (el resaltado nos pertenece).

Si bien ya la ley 26.529 de 2009 admitía en la primera parte del inciso e) transcripto que una persona pudiera rechazar ciertos tratamientos o revocar un consentimiento dado (artículo 10) (4), la legislación sancionada en 2012 vino a precisar qué medidas se pueden rechazar cuando la persona se encuentra en un estadio irreversible, incurable o terminal (5), siendo requisito del ejercicio de tal prerrogativa que los tratamientos sean "extraordinarios o desproporcionados en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado".

Queda en claro entonces que el espíritu de la ley fue evitar el denominado "ensañamiento o encarnizamiento terapéutico" el que se configura cuando al paciente se le proporcionan tratamientos extraordinarios o desproporcionados que únicamente procuran una prolongación precaria y penosa de la existencia cuando su muerte se prevé inminente e inevitable (6). Frente a tal escenario, la renuncia de los mencionados tratamientos es lícita (7) y esto fue lo que la ley 26.742 vino a positivizar (8).

Ahora bien, el decreto reglamentario de la ley 26.742 corrigió la redacción originaria de este artículo (9), estableciendo una conjunción copulativa entre las palabras "irreversible", "incurable" y "terminal" (10) por lo que a partir de su sanción para que sea lícito el rechazo de ciertos tratamientos médicos es necesario que todos estos supuestos se configuren. Nótese que los adjetivos expuestos no son necesariamente sinónimos. Mientras que la "irreversibilidad" de una enfermedad o lesión alude a que no puede volverse a un estado o situación anterior, el carácter de "terminal" conlleva afirmar que la enfermedad o lesión no puede ser curada o tratada de manera adecuada y se espera como resultado la muerte del paciente dentro de un período corto de tiempo.

En ese marco, la posibilidad de renunciar a la alimentación y la hidratación fue eje de controversias a partir del debate y sanción de la ley 26742. En efecto, mientras que había gran acuerdo en ratificar la prohibición de las "prácticas eutanásicas" y permitir la posibilidad de evitar el encarnizamiento terapéutico, las opiniones se dividieron en torno a la cuestión de la alimentación y la hidratación. Algunos entendieron —como lo hizo el legislador— que se trataba de procedimientos a los que se podía renunciar, otros afirmamos que no podían ser

considerados como tratamientos desproporcionados por tratarse de cuidados básicos debidos a todo ser humano [\(11\)](#).

Sin perjuicio de tal debate —que resulta decisivo en la causa que comentamos—, una lectura atenta de este inciso e) del artículo 2 de la ley 26.529 reformada por la ley 26.742 permite advertir que el legislador quiso exigir el requisito de la situación "terminal" para la problemática de la alimentación e hidratación: "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".

Lo expuesto cobra especial relevancia en el caso de M.A.D puesto que entendemos que sólo dos de los tres requisitos exigidos por la ley 26529 y el decreto reglamentario se configuraban. Es que de las transcripciones efectuadas en la sentencia de los distintos peritajes médicos e historias clínicas surge que el estado de mínima conciencia que tenía M.A.D era irreversible e incurable, mas no terminal. La misma Corte señala este hecho en el considerando 14 en los siguientes términos: "hay coincidencia entre los profesionales que lo han examinado en cuanto a la irreversibilidad o incurabilidad de su situación, sin que se hayan expresado fundamentos médicos —según los estándares científicos reconocidos a nivel internacional — o acompañado antecedentes que permitan suponer que tenga posibilidades de recuperarse de su actual estado".

De hecho sólo el Jefe del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de Neuquén afirmó que "se trata de un paciente desahuciado en estado terminal" pero la misma CSJN resaltó que dicho diagnóstico no fue corroborado por los galenos por ella designados [\(12\)](#).

Consecuentemente, entendemos que el Máximo Tribunal soslayó una cuestión importante de la situación de M.A.D: no se trata de un estadio "terminal" [\(13\)](#), lo que significaba que no se reunían los supuestos fácticos para aplicar la disposición del inciso e) del artículo 2° de la ley 26.529 según la reforma de la ley 26.742 respecto a la posibilidad de retirar la alimentación e hidratación [\(14\)](#).

III. La hidratación y alimentación, ¿son medios extraordinarios y desproporcionados?

Como hemos dicho, uno de los temas más discutidos al momento de sancionarse la ley 26.742 fue el referido a si el retiro de alimentación e hidratación constituía o no un supuesto de encarnizamiento terapéutico o de provocación de la muerte. No profundizaremos aquí el tema [\(15\)](#). Simplemente dejamos dicho que este importante tema no fue considerado por la Corte, que en todo momento reconoce que esta renuncia configura un supuesto de autodeterminación en el marco de los casos que habilitó la ley 26.529. Es decir, incluso si aceptáramos que la ley era aplicable al caso —algo que hemos puesto en duda en el apartado anterior—, creemos que se soslayó el debate sobre las exigencias de justicia que plantea la inviolabilidad del derecho a la vida y la discusión en torno a la afirmación de que quitar la alimentación y la hidratación es una forma de afectar ese derecho, que no puede ser justificada.

Sambrizzi explica que "aun en el supuesto de que se considere irreversible en un período de tiempo mayor o menor la muerte de un enfermo terminal, no resulta moralmente admisible la discontinuación de la nutrición e hidratación artificiales, por cuanto ello constituye el soporte básico para la supervivencia, y su supresión contribuye a acelerar en forma innecesaria su muerte, sin beneficio alguno para el paciente" [\(16\)](#).

En todo caso, lo discutido en esta causa se limita únicamente a la cuestión de la alimentación y la hidratación y no puede ser usada la sentencia como antecedente para intentar legitimar la eutanasia. Así lo dice la misma Corte cuando enfatiza 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).

IV. El consentimiento informado de M.A.D

Al considerar aplicable al caso la ley 26.742, la Corte entiende que sólo la persona misma del paciente puede decidir el retiro de la alimentación y la hidratación. Sin embargo, la Corte se encontró con un problema: el paciente no brindó ninguna directiva anticipada formalizada por escrito (considerando 18) y no se podía preguntarle ahora cuál era su voluntad. Incluso se agrega en el mismo considerando: "tal omisión no puede entenderse indicativa de voluntad alguna si se tiene en consideración que al momento del accidente no solo no se encontraban vigentes las normas que aquí se examinan, sino que esa práctica no era habitual ni se hallaba tan difundida socialmente la posibilidad de hacerlo como ocurre en la actualidad".

De allí que la Corte recurra a la segunda de las importantes modificaciones introducidas por la ley 26.742 que se refiere al "consentimiento por representación". En efecto, esta ley vino a reformar la ley 26.529 de derechos del paciente en lo que concierne al llamado "consentimiento por representación" y modificó el artículo 6 para establecer que en caso de incapacidad de la persona o imposibilidad de brindar el consentimiento, el mismo sea dado por las personas indicadas en el artículo 21 de la ley 24.193 de trasplantes de órganos, con los

requisitos y el orden de prelación allí establecidos (17).

Y aquí aparece una nueva dificultad en la sentencia de la Corte. En efecto, la Corte señala que "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). Sin embargo, para la toma de esta trascendente decisión, recurre a una mera declaración jurada de las hermanas sobre cuál fue la voluntad del paciente. No hay mayor detalle sobre cómo llegaron las hermanas a ese testimonio o sobre su consistencia.

Al respecto, sorprende la debilidad jurídica de la decisión que no contempla la riqueza de elementos que configuran el llamado "consentimiento informado". Igualmente, el caso deja en evidencia la crítica que se hizo a la remisión a la ley 24.193 afirmando que "no es lo mismo legislar y decidir sobre la disponibilidad de los órganos de un cadáver que sobre la vida y la muerte de quien está vivo" (18). En efecto, mientras que la disposición del cadáver ocurre en un momento único, aquí se soslaya todo el proceso médico del paciente y la voluntad es reconstruida a partir de las hermanas luego de pasados 20 años, soslayando otros posibles testimonios (19).

V. Las precisiones efectuadas por la Corte Suprema para los casos futuros

El considerando 30 dispone: "Que si bien en este caso particular no corresponde realizar juicio alguno relativo a la circunstancia de que la solicitud de las hermanas de M.A.D fue judicializada, el Tribunal estima conveniente formular algunas precisiones respecto de cómo deberán tratarse, en el futuro, situaciones en las que se pretenda hacer efectivo el derecho a la autodeterminación en materia de tratamientos médicos".

De esta manera la Corte efectúa dos recomendaciones: 1) la no judicialización de estos casos en el futuro; 2) el dictado de protocolos para que el personal sanitario pueda ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención del paciente (considerando 32).

V. 1) La no judicialización

La Corte resalta que de la letra de la ley no surge que el legislador haya exigido que el ejercicio de los derechos contemplados en la ley 26.742 se encuentre sujetos a autorización judicial previa por lo que mal puede exigirse ésta como requisito del ejercicio de aquéllos.

Ahora bien, el Tribunal sujeta la no judicialización a la verificación de tres requisitos: 1) que la decisión tomada por el paciente respecto de la interrupción de tratamientos médicos se ajuste a los supuestos y requisitos establecidos por la ley 26.529; 2) se satisfagan las garantías y resguardos de las leyes 26.061, 16.378 y 26.657; 3) no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión (20).

Entendemos que la aclaración efectuada por la Corte en este sentido resulta innecesaria puesto que justamente la justicia habrá de intervenir cuando los profesionales de la salud o el paciente entiendan que alguno de estos requisitos no se verifica o duden acerca de si se presentan o no. Por ello, estimamos que casos como el de M.A.D, en el que se debatía acerca de si su condición encuadraba o no dentro de las previsiones de la ley 26.742 y si sus hermanas tenían legitimación suficiente como para decidir acerca de su persona, continuarán siendo judicializados en la medida que su complejidad así lo exija.

V. 2) El dictado de protocolos para los objetores de conciencia

El último considerando del fallo se dedica a resaltar la necesidad de que las autoridades correspondientes dicten protocolos tendientes a amparar a los objetores de conciencia y garantizar la prestación de los servicios de salud.

Tanto la ley 26.742 como su decreto reglamentario omitieron regular tal cuestión. Y si bien el derecho de objeción de conciencia reviste raigambre constitucional por lo que cualquier profesional de la salud podría haberse amparado en ella más allá de que la normativa mencionada no lo haya establecido, celebramos que la Corte expresamente remarque que se encuentran legitimados para ejercerlo.

No obstante, creemos que las directivas impartidas por el Máximo Tribunal en la materia lo limitan en demasía. La Corte dispone que "deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente". Ello así para que "toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a los pacientes que se encuentre en la situación contemplada en la ley 26.529 (21)".

En primer lugar, la Corte repite el esquema del caso "F.A.L." y exhorta al dictado de un protocolo. La experiencia de esa sentencia sobre aborto no ha sido satisfactoria en cuanto al aporte de esos protocolos a la seguridad jurídica y la protección de la vida. Los protocolos sobre aborto: a) han tenido dispar fuerza normativa

(algunos se aprobaron por ley, otros por decreto, o por resolución ministerial e incluso el de la Nación se difundió sin sustento formal alguno), b) han tenido diversos criterios para interpretar las causales del artículo 86, c) han pretendido ampliar en los hechos esas causales, d) han limitado en exceso la objeción de conciencia, e) han excluido la objeción de conciencia institucional, entre otros problemas. No profundizaremos aquí la cuestión, pero nos permitimos disentir con la metodología de dejar librado a meros protocolos la decisión sobre derechos tan decisivos como la vida y la salud de las personas desde su concepción hasta su muerte natural.

En otro orden, la exigencia de registrar la objeción de conciencia puede significar problemas operativos significativos para la actuación de los médicos y profesionales de la salud. Es que la objeción de conciencia se plantea siempre caso a caso, en el marco de la relación médico-paciente. El problema de los protocolos es que tienden a desbalancear la relación médico-paciente, convirtiendo al médico en mero prestador y ejecutor de los pedidos del paciente. Incluso, el reciente protocolo de abortos no punibles pretende que el médico no pueda opinar sobre lo mejor para la paciente, si tuviera una postura contraria al aborto. Ello no refleja la riqueza humana profunda que subyace en tal relación, que se basa en la confianza y el diálogo. Silenciar a una de las partes no sólo empobrece esa relación, sino que resulta contradictorio con la noción misma de consentimiento informado. Pretender elaborar un listado de objetores inhabilitados de intervenir ante pacientes que demandan su "muerte digna" por retiro de la alimentación y la hidratación es una exigencia que desconoce las complejidades de la actuación cotidiana de los profesionales de la salud y agrega problemas a la ya delicada situación.

Tales listados también pueden llegar a convertirse en mecanismos indirectos de discriminación para los objetores, al quedar rotulados y expuestos a futuras exclusiones en promociones o concursos de cargos [\(22\)](#).

Por otra parte, nos preguntamos qué pasaría si un profesional de la salud que trabaja en una institución se convierte en objetor de conciencia con posterioridad a la implementación del protocolo en dicho establecimiento. ¿Puede ser obligado a realizar los actos previstos por la ley 26.742 en contra de sus íntimas creencias? ¿Recibirá alguna sanción administrativa si no lo hace?

También consideramos que hubiera sido conveniente que la Corte reconozca que existe la objeción de conciencia institucional y no sólo la individual, especialmente teniendo en cuenta que en el país existen establecimientos médicos confesionales.

VI. Colofón

En este primer comentario, que seguramente será enriquecido por el diálogo académico, podemos concluir:

a) La sentencia no crea ningún derecho a la eutanasia, sino que reafirma el acuerdo existente en torno a que no son admisibles las prácticas eutanásicas (ley 26.529, ley 26.742 y ley 26.994 —Código Civil y Comercial-).

b) La sentencia ratifica que la ley 26.742 configuró supuestos específicos para la "abstención terapéutica", que permite lícitamente evitar el encarnizamiento terapéutico.

c) La cuestión queda circunscripta a si la alimentación y la hidratación se consideran encarnizamiento terapéutico o prácticas eutanásicas. La sentencia entiende que sí lo son y que no está afectado el derecho a la vida y encuadra esta decisión como parte del ejercicio de la autonomía. Nosotros entendemos que retirar la alimentación y la hidratación es una acción que lleva a la muerte como consecuencia necesaria. Por eso, consideramos que no es admisible tal acción y afecta el derecho a la vida. El asunto no fue mayormente profundizado en la sentencia.

d) Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que, a diferencia de lo resuelto por el Alto Tribunal, en el caso no había una situación "terminal" tal como exige el artículo 2 inciso e de la ley 26.529 para el retiro de la alimentación y la hidratación.

e) La sentencia aplica la ley 26.742 y el artículo 21 de la ley 24.193 reconstruyendo la voluntad del paciente por una mera declaración jurada de las hermanas, soslayando otros posibles aportes, dando muy endeble base jurídica para la trascendente decisión adoptada.

f) La sentencia insta a la "no judicialización" de casos futuros, soslayando las enormes complejidades que tiene la materia y las posibles situaciones que exceden la norma general sentada por la ley 26.742.

g) La sentencia reconoce el derecho a la objeción de conciencia y eso resulta positivo. Sin embargo, propone la aprobación de protocolos, lo que tiende a limitar su ejercicio, máxime cuando establece que se haga en forma previa y a través de listados, desconociendo que la objeción se realiza en el caso concreto.

El caso resuelto el 7 de julio era dramático. Incluso, por misteriosa coincidencia, ese mismo día, luego de 20 años, falleció M.A.D tras unos días de internación por neumonía y la sentencia no llegó a aplicarse. Muchos aspectos de toda esta situación están en el plano de lo desconocido, como por ejemplo qué significa el estado de

"mínima conciencia" y qué percepción tiene el paciente de tal situación. Así, ante tanta complejidad y misterio, y ante la duda de si son aplicables los principios referidos al encarnizamiento terapéutico, somos partidarios de reafirmar siempre el principio de precaución que nos señala el deber de abstenerse de tomar decisiones que puedan significar una acción u omisión que provoque la muerte.

(*) Abogado (UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Profesor de Elementos de Derecho Civil (UBA) y Principios de Derecho Privado (UCA).

(**) Daniela Zabaleta es abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, maestrando en Derecho Civil Patrimonial por la Pontificia Universidad Católica Argentina.-

(1) Considerando 9.-

(2) Valentín Thury Cornejo realiza un recorrido por algunos hitos en la dramática historia de M.A.D.: Thury CORNEJO, Valentín, "Una declaración jurada tuya bastará para desconectarme", en <http://todosobrelacorte.com/2015/07/09/una-declaracion-jurada-tuya-bastara-para-desconectarme/> (acceso: 10/7/2015). Ver también Rey, Malena, "Muerte digna: un paso atrás", <http://ar.bastiondigital.com/de-vida-o-muerte/muerte-digna-un-paso-atras> (acceso: 10/7/2015).

(3) Explica Bard que "Primeramente se tramitó un pleito por incapacidad y en el marco de dicho proceso, sus hermanas y curadoras, solicitan el retiro, cese y abstención de todas las medidas de sostén vital que mantiene a su hermano con vida en forma artificial. Es propio consignar que en primer término solicitan a la institución donde se encuentra internado el paciente que se proceda conforme lo indicado, ante lo cual LUNCEC (Lucha Neuquina Contra el Cáncer), a través de su representante legal, no hace lugar a la petición familiar y sugiere el traslado hacia otra institución que acuerde con el deseo familiar. Posteriormente ocurren a sede judicial, en primera instancia rechaza 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. En grado de apelación el fallo dictado por la Alzada resulta confirmatorio del de Primera Instancia, y 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. Finalmente se recurre ante el Superior Tribunal Provincial quien se pronuncia mediante un fallo que se aparta de los anteriores, entendiendo que se trata de una cuestión no judicializable, a la luz, entre otras consideraciones, de los nuevos paradigmas que se ponen de manifiesto en la nueva ley de los derechos del paciente". BARD, Griselda Isabel, Muerte digna por representación, LL Patagonia 2013 (junio), 955; cita online: AR/DOC/2031/2013

(4) Artículo 10 de la ley 26.529: "Revocabilidad. La decisión del paciente o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimientos de los riesgos previsibles que la misma implica. 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"

(5) Como explica Berbere Delgado la ley 26.742 "implica no sólo la posibilidad de anticipar directivas sobre su salud, sino que establece el derecho, en función de la autonomía de la voluntad, de rechazar in situ, previamente, o a través de terceros, lo que se denomina como el encarnizamiento terapéutico o la distanasia" BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, "El fin de la distanasia". Comentarios sobre la modificación a la ley 26529, La Ley, Suplemento Especial Identidad de género-Muerte digna, 2012 (mayo), 85.

(6) Sostiene Sgreccia que se puede configurar ensañamiento terapéutico en los siguientes casos. a) "Cuando se utilizan los medios técnicos en quien está prácticamente muerto —por tanto después de la muerte clínica—. b) "Cuando se interviene con las terapias médicas o quirúrgicas (excepto las ordinarias) en sentido desproporcionado respecto de los efectos previsibles". SGRECCIA, Elio, Manuale di Bioetica, Vita e Pensiero, Milano, 2007, 4ª edición, pp. 907-914. 9.

(7) Sobre el particular, se expide Sambrizzi en los siguientes términos: "La muerte es un hecho inevitable de la vida humana, por lo que no se la puede retardar inútilmente, esquivándola con todos los medios. No puede imponérsele al enfermo cuidados que lo lleven a constituirse en una especie de objeto en manos de la técnica, prolongándose su agonía sin posibilidades de curación, lo que no tiene ninguna finalidad positiva. La medicina debe recurrir a la tecnología como una aliada, pero siempre que sirva a la alta dignidad del espíritu humano. La despersonalización de la medicina por el uso exagerado de medios técnicos, encierra el riesgo de la

despersonalización del paciente, tanto en la vida como en la muerte". SAMBRIZZI, Eduardo A. Muerte digna: Modificación de la ley 26.529 sobre derechos del paciente, Sup. Esp. Identidad de género — Muerte digna 2012 (mayo), 123, La Ley 2012-C , 1117; cita online: AR/DOC/2361/2012

(8) No debe confundirse el "encarnizamiento terapéutico" con la "eutanasia". Del griego "eu" (??), bien, y "thanatos" (??????), muerte, la Real Academia Española la define como la "Acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera su muerte con su consentimiento o sin él". Por lo tanto, en el acto eutanásico encontramos una acción u omisión deliberada de dar muerte a un paciente, motivada en la piedad que éste genera en la persona que la procura, situación que, como puede apreciarse, dista del rechazo de los tratamientos desproporcionados y extraordinarios por parte del paciente que describimos.

(9) Fue Ursula Basset quien llamó la atención sobre el tema: "El sujeto de la ley (el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal o haya sufrido lesiones equivalentes) es sorprendentemente amplio. Adviértase que los descriptores se encuentran separados por una disyuntiva, admitiéndose —según las reglas de la gramática- cualquiera de los supuestos alternativamente o alguno de ellos excluyendo a los demás". Ursula Basset pedía, entonces que la reglamentación corrija la negligencia y desatención que en esta materia parecía tener el legislador (Basset, Ursula C., La ley que regula decisiones sobre la muerte: la paradoja de restringir la autonomía personal del paciente bajo pretexto de ampliarla", La Ley, DFyP, Agosto 2012, p. 161).

(10) Así sucedió, pues el artículo 2 del decreto PEN 1089/2012 establece: "El paciente podrá ejercer el derecho previsto en el artículo 2º, inciso e), tercer párrafo de la Ley Nº 26.529, modificada por la Ley Nº 26.742, cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estado terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación. En caso de discrepancia en las decisiones, podrá recurrir a un comité de bioética. Tanto del diagnóstico, incluyendo los parámetros físico-psíquicos del paciente que lo sustenten, como del ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad, deberá quedar constancia explícita en la historia clínica, con la firma del médico tratante, del segundo profesional si correspondiere, y del paciente o, ante su incapacidad o imposibilidad, del familiar o representante o persona habilitada".

(11) LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "Entre el derecho a la vida y la autonomía de la voluntad. Comentario a la ley 26742", en "Muerte Digna", GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (Director), Editorial La Ley, Buenos Aires, 2013.

(12) Considerando 10. No sabemos la fecha en que este profesional indicó que la situación era "terminal", lo cual resulta decisivo en tanto se interpreta como terminal una enfermedad que tiene un pronóstico de vida de entre 3 y 6 meses.

(13) "El estado vegetativo no es una enfermedad terminal. La expresión enfermo incurable, significa que la enfermedad es, prima facie, imposible de revertir. Enfermo terminal expresa la cercanía de una muerte, inevitable, no obstante que la enfermedad por su naturaleza pueda ser curable. Por eso encontramos enfermedades incurables terminales y enfermedades en principio curables, pero que han llevado al paciente a un estado crítico. Los pacientes en estado vegetativo persistente son enfermos incurables incapaces, aunque no necesariamente son terminales; son pacientes con una pérdida de conciencia permanente, en coma irreversible, que muchas veces no necesita máquinas para garantizar las funciones vitales. Sin embargo, necesitan atención, en particular, como hemos dicho, ser hidratados y alimentados, a veces con paciencia por la boca, o en la mayoría de los casos mediante una sonda o una cánula en la pared abdominal, por gastrostomía. No tienen pronóstico de muerte muy cercana. En cambio un enfermo en situación terminal es aquél en el que se prevé que la muerte es segura y ocurrirá en un plazo no lejano (hasta seis meses, según estiman algunos autores), abandonándose el esfuerzo médico terapéutico para concentrarse en el alivio de los síntomas y en el apoyo tanto al paciente como a su familia". PERRINO, Jorge Oscar La ley de muerte digna, DFyP 2012 (agosto) , 168, DJ 22/08/2012 , 75; cita online: AR/DOC/2372/2012

(14) También Mazzinghi afirmaba que no se trataba de un caso de encarnizamiento terapéutico (MAZZINGHI, Gabriel M., "Qué hacer ante un enfermo con vida vegetativa", LA LEY 29/07/2013, 29/07/2013, 4 - LA LEY2013-D, 319, AR/DOC/2321/2013). En contra: BARD, Griselda Isabel, "Muerte digna por representación", LLPatagonia 2013 (junio), 01/06/2013, 955, AR/DOC/2031/2013.

(15) Ver por ejemplo 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; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "La eutanasia y la justicia en el final de la Vida", en Tratado de Derechos Constitucionales, Julio César Rivera (h) y otros (Directores), Abeledo-Perrot, 2014, p. 822-862.

(16) SAMBRIZZI, Eduardo A., Derecho y Eutanasia, 1ra. ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 211

(17) En este punto, el fallo ha suscitado una cuestión interpretativa: mientras que la sentencia entiende que las personas que actúan por representación no pueden decidir "por sí", sino que únicamente deben testimoniar la voluntad del paciente, algunos interpretan que esta ley otorgó un mandato de actuación a los parientes (Ver por ejemplo Rey, Malena, op. cit.).

(18) LÓPEZ DELGADO, Floreal, "La ley 26.742 de 'Muerte Digna'", 30-jul-2012, MJ-DOC-5895-AR.

(19) Ver Thury Cornejo, Valentín, "Una declaración jurada tuya bastará para desconectarme", en <http://todosobrelacorte.com/2015/07/09/una-declaracion-jurada-tuya-bastara-para-desconectarme/> (acceso: 10/7/2015).

(20) Considerando 32, p. 32.

(21) Considerando 33, segundo párrafo, p. 32.

(22) Ver la situación planteada en Santa Fe por la objeción de conciencia ejercida por los médicos, donde pidieron el desplazamiento de un jefe de Servicio (http://www.unosantafe.com.ar/santafe/Hospital-Iturraspe-piden-que-el-jefe-del-Servicio-de-Ginecologia-sea-desplazado-2015070

Información Relacionada

Voces:

DERECHO A LA DIGNIDAD ~ AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD ~ CONSTITUCION NACIONAL ~
LEY DE DERECHOS DEL PACIENTE ~ TRATAMIENTO MEDICO ~ DISPOSICION SOBRE EL PROPIO
CUERPO ~ DERECHOS PERSONALISIMOS ~ DISPOSICION DE DERECHO PERSONALISIMO ~
DERECHO A UNA MUERTE DIGNA ~ EUTANASIA ~ FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS ~
DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~
CONSENTIMIENTO INFORMADO ~ OBJECION DE CONCIENCIA

Fallo comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2015-07-07 ~ D., M. A. s/ declaración de incapacidad.](#)