

MUERTE DIGNA: LA CORTE FEDERALIZÓ UNA LEY LOCAL SOBRE DERECHOS DE LOS PACIENTES

El Congreso había omitido federalizar esos derechos en 2009, al requerir para su aplicación leyes de adhesión provinciales; y aunque el nuevo Código Civil y Comercial –vigente desde el 1° de agosto– sí lo hizo, el máximo tribunal se anticipó en el caso de un paciente en Neuquén



Por **Claudia Madies**

Con la ley 26.742 dictada en 2012, que modificó la ley 26.529 de Derechos del Paciente de 2009, se previó una norma regulatoria nacional complementaria de la ley nacional del ejercicio profesional de la medicina y sus actividades de co-

laboración (ley 17.132) que reafirmó legislativamente, con las limitaciones territoriales de su ámbito de aplicación, el reconocimiento del derecho a la autonomía de la voluntad del paciente para 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.

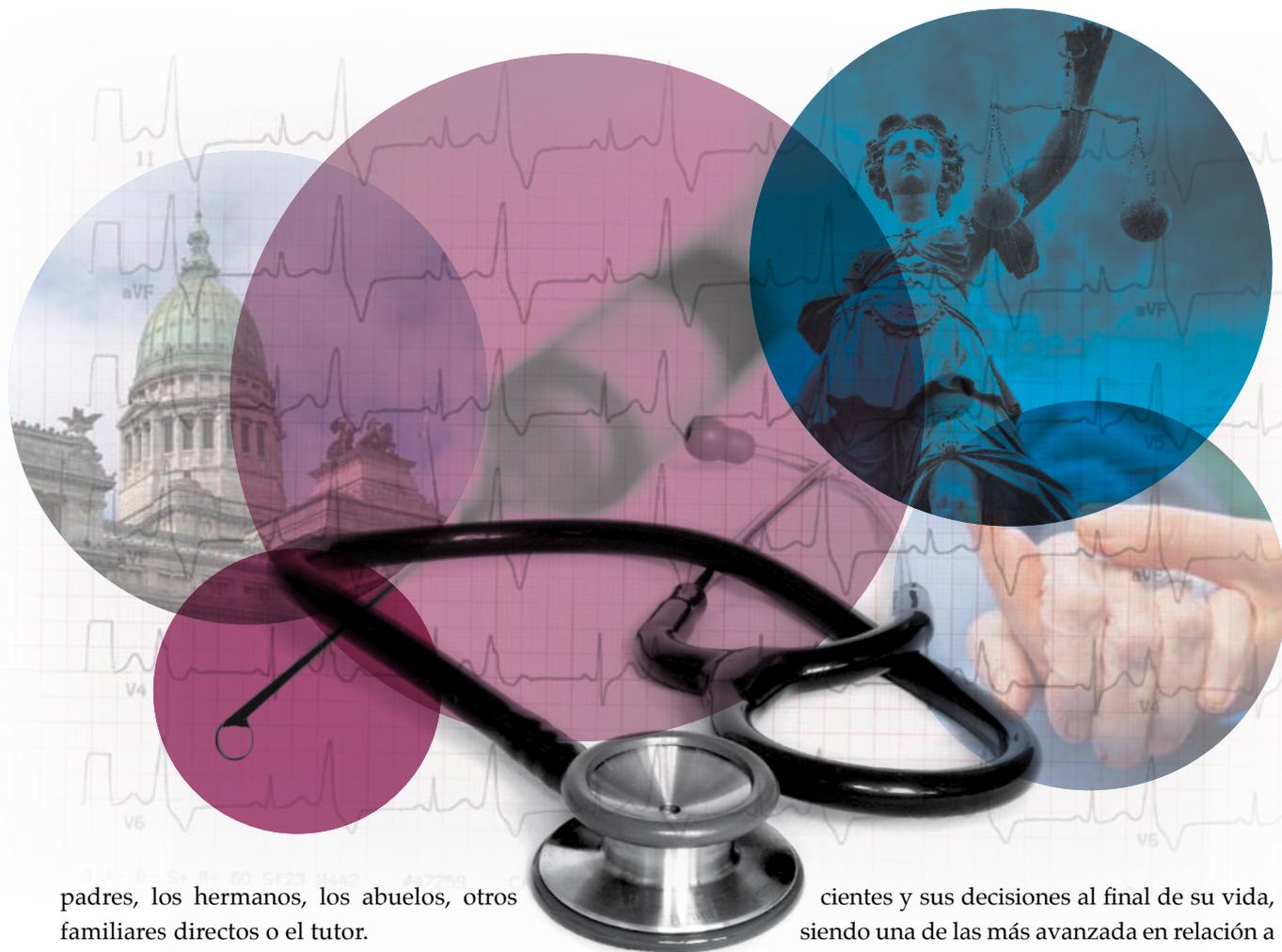
Esta ley tuvo limitaciones sobre su ámbito de aplicación porque fue concebida por el legislador como una ley local, con un régimen sancionatorio que se limitó al alcance de la ley nacional de ejercicio la profesión médica (la

ley 17.132) y que ha requerido de la adhesión provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para su aplicación en esas otras jurisdicciones.

Más allá de ese contexto territorial interesa destacar que esa legislación nacional previó, por primera vez –desde ese nivel nacional– que quien presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación 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. Ello también incluye la facultad de rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estado terminal irreversible o incurable.

Según la ley nacional más allá de que toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, consintiendo o rechazando determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud, ante la imposibilidad o la incapacidad de brindar el consentimiento informado a cualquier actuación profesional, podrán hacerlo el cónyuge o conviviente, los hijos mayores de 18, los

La autora es abogada (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Sistemas de Salud y Seguridad Social (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Magíster en Bioética y Derecho: Problemas de Salud y Biotecnología (Universidad de Barcelona). Directora del Centro de Estudio e Investigación en Derecho Sanitario y Bioderecho de la Universidad ISALUD. Ex subsecretaria de Política, Regulación y Fiscalización del Ministerio de Salud.



padres, los hermanos, los abuelos, otros familiares directos o el tutor.

Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasias, las que se tendrán como inexistentes. De todas maneras, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significarán la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

Según la ley nacional aludida, ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal ni administrativa, derivadas de su cumplimiento.

Fragmentación de derechos

Los marcos legales provinciales argentinos muestran una fragmentación de los derechos personalísimos de los pacientes y por ende una segregación poblacional. Antes de la ley nacional de derechos de los pacientes y su modificatoria varias jurisdicciones habían regulado estos derechos, algunas con mejor y mayor alcance que aquella. Por ejemplo, Neuquén a través de la ley 2611 provincial desde 2008 regía los derechos de los pa-

cientes y sus decisiones al final de su vida, siendo una de las más avanzada en relación a la legislación nacional o la de sus pares en el país.

También regulaban la materia antes del dictado de la Ley nacional las provincias de: Chaco con la ley 6649 (PLP) y la Declaración de los Derechos del Paciente (ley 6212); Formosa con la ley 1255, de derechos del paciente; Río Negro, con la ley 3076, de derechos del paciente; Tucumán con la ley 6952; Misiones con sus leyes 4388 y 53, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la ley 153, y San Juan, a través de la ley 7746

Por otra parte, varias provincias decidieron adherir total o parcialmente a la Ley Nacional, entre ellas: Catamarca, con la ley 5325 (PLP), Boletín Oficial del 12/07/2011; Chaco, con la ley 6925 (PLP), Boletín Oficial del 16/01/2012; Chubut, con la ley I-436 (PLP), Boletín Oficial del 17/01/2011; Corrientes, con la ley 5971 (PLP), Boletín Oficial del 09/06/2010; Jujuy, con la ley 5645 (PLP), Boletín Oficial del 23/07/2010; Río Negro, con la ley 4692 (PLP), Boletín Oficial del 10/10/2011; y Tierra del Fuego, con la ley 885 (PLP), Boletín Oficial del 30/07/2012. Por su parte, la provincia de Buenos Aires, adhirió por ley al régimen de sanciones de la ley nacional.

Algunas jurisdicciones como Córdoba previeron cambios en relación con la parte de la ley nacional en materia de directivas anticipadas a través de la ley 8835 de 2012.

La práctica en las diversas jurisdicciones muestra que – según los datos del Centro de Información de Registros de Actos de Autoprotección del Consejo Federal del Notariado Argentino– hasta junio de este año se registraron 2.060 actos, mientras en diez años el Colegio Público de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires realizó 970 actas, y en la Ciudad de Buenos Aires desde 2010 ya se inscribieron 685.

Es decir, si bien desde el dictado la legislación nacional en 2009 (ley 26.529) y su modificatoria de 2012 (ley 26.742) y reglamentación en 2012 (Decreto 1089/12 PEN) ese derecho ha adquirido mayor visibilidad pública, el avance para implementar las directivas anticipadas es gradual y progresivo y no tiene sustento en ese conjunto de leyes que se ha venido dictando en todo el país y no en único texto.

Por otra parte, me adelanto a anticipar que hay cierta legislación sanitaria nacional respecto de la cual no hay dudas acerca de que su ámbito de aplicación es todo el territorio del país, como es el caso de la ley 26.066, conocida como “de donante presunto”, que regula modificaciones a la ley 24.193 de trasplante de órganos y que citaré más adelante, por ser una ley de alcance federal, en que también se funda el fallo que aquí se analiza.

La intervención de la Corte

Las familiares de una persona, identificada por las siglas “MAD”, habían solicitado que se aplique la ley nacional en favor de su hermano por encontrarse internado en estado vegetativo a raíz del accidente de tránsito sufrido en 1994 en Neuquén. En la primera instancia se rechazó el pedido de autorización de los familiares consistente en el “inmediato retiro, cese y abstención de todas las medidas de sostén vital en el cuerpo” de su hermano. La familia se fundó en los pronunciamientos del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, el Área de Bioética de la Dirección Provincial de Calidad de la Gestión, el Comité de Bioética del Incucaí y del Cuerpo Médico Forense Neuquén.

Entre los argumentos el fallo de primera instancia sostuvo que el no brindar medicación anti-infecciosa impediría a su vez continuar con la hidratación/alimentación lo que provocaría el deceso aun cuando fuere indirectamente, irrumpiéndose así, franca y flagrantemente, en el

campo eutanásico repudiado por nuestro ordenamiento (acción que configura el delito de homicidio por omisión simple, Art. 79 del Código Penal; véase por ejemplo, Oderigo, Código Penal Anotado, Depalma Editor, 3ª Ed., 1962, ps. 99 y 101 con profusión de citas de doctrina).

En la segunda instancia se consideró que la ausencia de constancia cierta acerca de cuál sería la voluntad del paciente en la situación de estado vegetativo persistente y el solo hecho de su permanencia en éste, no autoriza a presumir una voluntad del enfermo contraria a dicha prosecución vital. Se aclaró que la alimentación y la hidratación no son tratamientos médicos o medicamentos, y el suministro de antibióticos u otros medicamentos para abordar infecciones recurrentes o convulsiones, constituyen una asistencia básica de todo ser humano y ello no queda incluido en métodos extraordinarios para prolongar su vida, para impedir su muerte natural o ensañamiento terapéutico. Simplemente, sostienen esa vida tal como está.

El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Neuquén en 2012 expresó que la cuestión “no requería de autorización judicial” y que el caso debía resolverse en el ámbito familiar para lo cual se amparó en la ley 26.742 sobre muerte digna.

La Defensoría General y la entidad médica donde estaba internado el paciente presentaron un recurso extraordinario y así la causa llegó hasta la Corte Suprema que consideró que el retiro, cese y abstención de todas las medidas de soporte vital que lo mantenían con vida en forma artificial pertenecen a su zona de reserva, garantizada por el derecho a la autonomía personal. Así lo sostuvo la procuradora general Alejandra Gils Carbó al responder una solicitud de pronunciamiento que le cursó la Corte Suprema.

Si bien el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén había avalado la postura de las hermanas del hombre, que pretendían suspender la hidratación y la alimentación, el representante del Ministerio Público de Incapaces –en representación del paciente– apeló la medida y en consecuencia la cuestión se sometió a definición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La procuradora general se fundó en un informe del Cuerpo Médico Forense que indica que de acuerdo con

Con el fallo de la Corte Suprema, sobre los avances legislativos nacional o locales previos y con el nuevo Código Civil y Comercial indubitadamente se federalizan los derechos de los pacientes en lo que respecta a sus decisiones hacia el final de la vida, superando incertidumbres sobre el verdadero alcance territorial de la legislación nacional en esta materia

los estudios de resonancia nuclear magnética, el daño cerebral es irreversible y en la ley nacional de 2012 que contempla el derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos y ante la imposibilidad de manifestarse del paciente, pueden hacerlo en su nombre sus familiares o representantes legales.

La Corte Suprema, con el voto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda, para expedirse consultó al Cuerpo Médico Forense y al Instituto de Neurociencias de la Fundación Favaloro, cuyos estudios, confirmaron el carácter irreversible e incurable de su situación, sin aportar elementos que permitan suponer que el paciente tiene posibilidades de recuperarse de su estado.

Aunque el paciente no había brindado ninguna instrucción por escrito sobre qué conducta médica debía adoptarse ante una situación similar a la que presentaba al momento de su pronunciamiento, una de sus hermanas declaró que le había manifestado su voluntad de no prolongar la vida artificialmente ante el supuesto de hallarse en el futuro en una condición irreversible.

Aclaró la Corte sobre los derechos del paciente:

- a) Que la solicitud de cese de soporte vital no importa una práctica eutanásica vedada por la ley sino que constituye una abstención terapéutica que sí se encuentra permitida.
 - b) Que la ley autoriza a solicitar el cese de la hidratación y alimentación artificial en tanto constituyen por sí mismos una forma de tratamiento médico, como lo reconocieron los Comités de Bioética que dictaminaron en la causa, los debates parlamentarios de la ley de Derechos del Paciente, la reciente decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Lambert v. Francia” y la jurisprudencia de los tribunales de máxima instancia de Estados Unidos, Italia, Francia, del Reino Unido y de la India.
 - c) Que es indiscutible que MAD es una persona en sentido pleno, que sus derechos fundamentales deben ser protegidos sin discriminación alguna y que, por ello, goza del derecho a la plena autodeterminación de decidir tanto recibir las necesarias prestaciones de salud como también cesar su tratamiento médico.
- En segundo lugar, al fundamentar que la única voluntad

que debe tenerse en cuenta es la del paciente, la Corte sostuvo:

- a) Que a ningún poder del Estado, institución o persona distinta a MAD le corresponde decidir si su vida, tal como hoy transcurre, merece ser vivida.

b) Que la solución adoptada respecto de la solicitud formulada por las hermanas de MAD de ninguna

manera avala o permite establecer una discriminación entre vidas dignas e indignas de ser vividas ni tampoco admite que, con base en la severidad de una patología, se restrinja el derecho a la vida o se consienta idea alguna, o consideración económica, que implique cercenar el derecho a acceder a las prestaciones médicas o sociales destinadas a garantizar su calidad de vida.

- c) Que por tratarse la vida y la salud de derechos personalísimos, el único que puede decidir sobre el cese del soporte vital es el paciente, ya que de ningún modo puede considerarse que el legislador

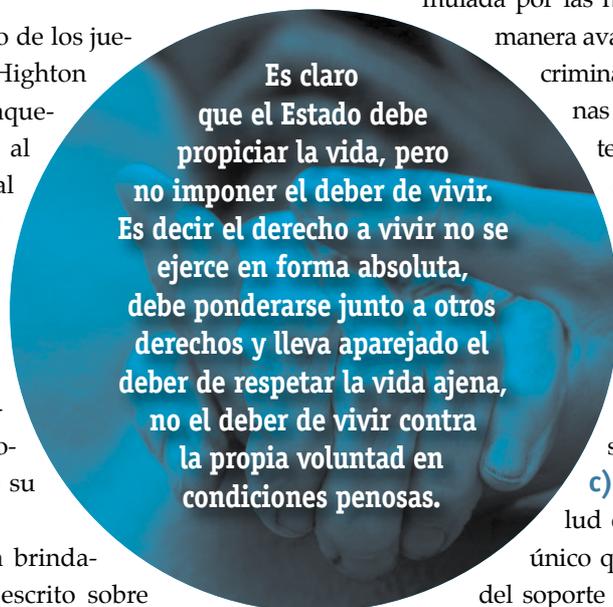
haya transferido a sus familiares un poder incondicionado para disponer de su suerte cuando se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia. Es decir que, en este supuesto, sus familiares sólo pueden testimoniar, bajo declaración jurada, la voluntad del paciente.

- d) Que en el presente caso, las hermanas de MAD cumplieron con este requisito, sin que se haya alegado ni aportado elemento alguno a lo largo de todo el proceso que permita albergar dudas acerca de que ésta era la voluntad de MAD.

En tercer lugar, y en lo que hace a la implementación de la solicitud efectuada, la Corte remarcó la importancia de que, al hacerse efectiva la voluntad de MAD y proceder al retiro de las medidas de soporte vital, se adopten, tal como lo prevé la ley, todos los recaudos necesarios para el adecuado control y alivio de un eventual sufrimiento del paciente.

El tribunal enfatizó en procurar evitar judicializaciones innecesarias de decisiones relativas al cese de prácticas médicas al precisar, que en el futuro, en situaciones en las que se pretenda hacer efectivo el derecho a la autodeterminación en materia de tratamientos médicos, el legislador no exigió que el ejercicio del derecho a aceptar o rechazar las prácticas médicas quede supeditado a una autorización judicial previa.

Se aclaró “que no se estaba en presencia de un caso de eutanasia” vedada por la ley sino que constituye una



abstención terapéutica que si se encuentra permitida, y que “la ley autoriza a solicitar el cese de la hidratación y alimentación artificial en tanto constituyen por sí mismos una forma de tratamiento médico”.

Incertidumbres persistentes

Si bien había legislación provincial en Neuquén que permitiría tomar las decisiones en reclamo, atento el pedido fue rechazado inicialmente en el ámbito local las familiares decidieron iniciar una demanda legal.

La solución propuesta por la Corte Suprema, reconoce valor al testimonio de los familiares del paciente para conocer cuál era su voluntad autónoma, máxime considerando que al momento en que éste las expresó no estaban reguladas las directivas anticipadas. Quizás este es el avance más significativo y destacable del fallo, aunque el Tribunal omitió profundizar en los aspectos referidos al derecho aplicable en el caso,

es decir al reparto de competencias en materia de salud entre la Nación y las provincias argentinas.

El máximo tribunal pudo apartarse del ámbito de aplicación territorial local que la ley nacional sobre derechos de los pacientes precisaba que era el aplicable y justificarlo en que la materia a regular refiere al ejercicio de derechos personalísimos, anticipándose a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, que operó el 1° de agosto de 2015. En especial en su Art. 59 que regula el

consentimiento informado, que incluye el rechazo a la alimentación e hidratación y la posibilidad de que opere el mismo por representación, cuando no puede ser brindado por el paciente, al no estar en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni haberla expresado anticipadamente.

En efecto este nuevo Código nacional, zanja la incertidumbre en la cual se hallaban los pacientes, con variables regímenes legales a lo largo del territorio nacional y encausa el encuadre inicial dentro de la legislación de ejercicio profesional, en tanto régimen de alcance local, pasando a considerarlo como una cuestión de derecho de fondo, que ya no requiere de adhesión local.

En ese contexto, el reenvío que la CSJ hace a la ley nacional 26.066, de donante presunto, que regula modificaciones a la ley 24.193 de trasplante de órganos, aporta un valor trascendente al testimonio de los parientes del paciente, cuando manifiestan conocer su voluntad, aun

sin haber brindado ninguna instrucción formalizada por escrito respecto qué conducta médica debe adoptarse en una situación como la que hemos comentado, mediando la manifestación bajo declaración jurada, sobre cuál es la voluntad del paciente, y que según la Corte prevalece en la medida de que no exista prueba en contrario. Es decir los familiares del paciente testimonian su voluntad y no la subrogan, en los casos en que no hubo directiva anticipada.

Conclusión

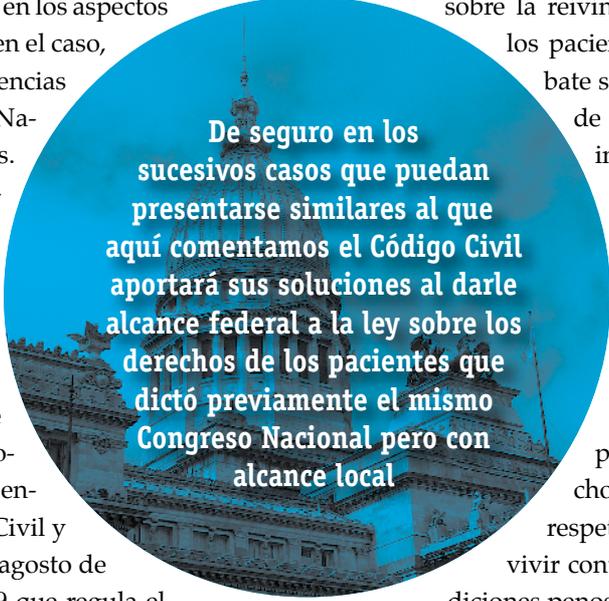
La segregación de derechos surgida de la diversidad de leyes de derechos de los pacientes con distinto alcance en diferentes jurisdicciones del país, explicó en parte la judicialización del caso MAD.

Pero las cuestiones de carácter ético, jurídico y político sobre la reivindicación de la autonomía de los pacientes requiere un riguroso debate social que determine el alcance de las mejoras que es necesario introducir en el marco jurídico y de las necesarias garantías para su realización.

Es claro que el Estado debe propiciar la vida, pero no imponer el deber de vivir. Es decir el derecho a vivir no se ejerce en forma absoluta, debe ponderarse junto a otros derechos y lleva aparejado el deber de respetar la vida ajena, no el deber de vivir contra la propia voluntad en condiciones penosas.

Con el fallo de la Corte Suprema, sobre los avances legislativos nacional o locales previos y con el nuevo Código Civil y Comercial indubitadamente se federalizan los derechos de los pacientes en lo que respecta a sus decisiones hacia el final de la vida, superando incertidumbres sobre el verdadero alcance territorial de la legislación nacional sobre los derechos de los pacientes.

A la vez, con las nuevas interpretaciones jurisprudenciales y previsiones legales se abren nuevas oportunidades para que los distintos poderes legislativos incluso el nacional y/o sus respectivos órganos jurisdiccionales continúen con la revisión de sus marcos legales y reglamentarios por ejemplo sobre como cumplir con el principio de respeto de la autonomía de la voluntad del paciente si media el testimonio familiar, superando la fragmentación legislativa y/o posible segregación de derechos entre ciudadanos de distintas jurisdicciones argentinas. 



De seguro en los sucesivos casos que puedan presentarse similares al que aquí comentamos el Código Civil aportará sus soluciones al darle alcance federal a la ley sobre los derechos de los pacientes que dictó previamente el mismo Congreso Nacional pero con alcance local