

Comentario al caso de Marcelo Diez

Una visión axiológica

"Fácilmente aceptamos la realidad, acaso porque intuimos que nada es real."

Jorge Luis Borges

a. Introducción.

El presente constituye importa, en su aspecto medular, un comentario al pronunciamiento dictado con fecha 19 de abril de 2013 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén¹ en tratamiento de la rogatoria formulada por las hermanas del Sr. Marcelo A. Diez (quienes revisten el carácter de curadoras del mismo por investidura judicial²) consistente en el retiro, cese y abstención de todas las medidas de soporte vital que mantienen en forma artificial la vida del mismo, quien se encuentra afectado desde hace 19 años. El caso será presentado con extensión en el título que sigue.

En incumbencia de este epígrafe, quisiera preliminarmente explicitar la razón que a mi criterio dota de interés este caso.

En primer lugar, si bien la judicialización casos como el que nos convoca no resulta novedosa y contamos, tanto en el campo internacional como en el vernáculo fallos acerca de los aspectos bioéticos y jurídicos que atraviesan la materia, con numerosos pronunciamientos judiciales y profusos estudios, opiniones, ensayos, comentarios y artículos doctrinales, legislaciones federales y reglamentaciones locales, el caso de Marcelo Diez (en adelante M.A.D. por sus siglas) aparece como el primero

¹ La sala fue integrada por los Dres. Oscar E. Massei y Evaldo D. Moya. Los autos llevan el rotulo "D.M.A. S/ DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD (Expte. N° 178/2011).

² A fs. 53/vta. obra la declaración de incapacidad de Marcelo Diez y la designación de su hermana A.I.D. A fs. 355 se designa en curadora conjunta y/o alternativa a su otra hermana, A.S.D.

en alcanzar estado judicial tras la sanción de la ley 26.742³ (denominada “Ley de Muerte Digna”), modificatoria de la ley 26.529 sobre “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”.

Al tiempo de decidir sobre la petición familiar, se carecía de legislación específica que contemplara desde la óptica de normativo-positiva el caso de M.A.D., circunstancia por la cual los juzgadores se sirvieron del plexo jurisprudencial y del ordenamiento supralegal en materia de Derechos Humanos hasta entonces consolidado para resolver la cuestión.

Alcanzada la instancia extraordinaria y hallándose la causa en condiciones de resolver, sobrevino la sanción de la ley 26.742, y el máximo Tribunal provincial, espejando la solución propiciada por el Sr. Fiscal del Tribunal Superior de Justicia Dr. José Ignacio Pérez, consideró pertinente sentenciar con arreglo a la novel legislación.

Actualmente el caso se encuentra pendiente de resolución ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La trascendencia del criterio a establecerse, reside en el dirimente influjo ideológico que sus decisiones proyectan sobre la sociedad y el direccionamiento jurisprudencial⁴, siendo que se ponen en crisis los mas esenciales valores y derechos del ser humano (dignidad, autonomía de la voluntad, intimidad, integridad, libertad, vida), en el marco de un debate perenne, inacabado y complejo en extremo.

La riqueza y multiplicidad de problemáticas ético-jurídicas que dimanar del caso en análisis nos conduce a abordarlo, al menos propositivamente, desde un enfoque comprensivo de la temática necesariamente asociada: el alcance de la nueva legislación, su encuadre y calificación bioética y su apreciación crítica.

³ Dicha ley fue sancionada el 09/05/2012 y su reglamentación, emanada por Decreto del PEN (N° 1.089/2012), el 06/07/2012, mientras que la data de la sentencia recurrida que rechaza la pretensión de las curadoras de M.A.D. es del 06/11/2011.

⁴ No nos adentraremos en la extensa discusión acerca del carácter imperativo o vinculante que poseen dichos precedentes sobre los órganos inferiores, pues excede ampliamente el objeto del presente trabajo. Sin embargo, es útil tener presente la incidencia “moral” que ejercen los pronunciamientos de la CSJN (sobre todo en el caso bajo examen dado que será pionero tras la sanción de la ley 26.742), influencia que ha sido tempranamente reconocida en el ámbito plenario del fuero penal (t.o. 1981, LA, 1981-B-1472, 30-06-77, fallos 298:252, 11-10-61, fallos 251:44, 10-2-67 fallos 267:47, 15-10-62 fallos 254:40; puede asimismo consultarse 30-12-82, Leman Miguel vs. Municipalidad de Bs.As.(fallos publicados por Claudia B. Rodríguez, La jurisprudencia plenaria -según la Corte Suprema, Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Suplemento del fascículo n°13, 31-03-04, Director Alejandro Tuzio, pags.82-6). De allí surge el interés que revela el caso en estudio.

No obstante, con la intención de no disuadirnos del objeto principal y evitar extraviarse en tediosos e ininteligibles discusiones dogmáticas (insoslayables debido a la envergadura del tópico), intentaremos limitar el comentario a los aspectos involucrados en el pronunciamiento neuquino, si bien con la previa aclaración de algunos conceptos que, por ser necesario metodológicamente, requieren ser precisados para volver comprensiva nuestra interpretación.

b. Presentación del caso. Plexo argumental de instancias inferiores.

En complemento de lo ya reseñado anteriormente en relación a los antecedentes fácticos de la causa, estimamos menester apuntar las condiciones médicas del causante.

M.A.D. sufrió un accidente de tránsito en el año 1994⁵, a sus treinta años de edad. Tras haber sido hospitalizado de urgencia, fue trasladado al “Instituto de Lucha Neuquina contra el Cáncer” (LUNCEC).

Numerosos facultativos, muchos integrantes de diferentes Comités de Bioética, dictaminaron acerca del estado clínico del paciente, confluyendo de manera unívoca en que MAD padece un cuadro de Estado Vegetativo Permanente e irreversible. Así lo informaron los Dres. Víctor Sciuto⁶ (Jefe de Servicio de Terapia Intensiva del Hospital Castro Rendón, según pieza de fs. 418/419), Carlos Gherardi (Consultor Honorario del Hospital de Clínicas y miembro del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, según informe de dicha institución de fs. 757/769) y el Comité de Bioética de la Subsecretaría de Salud, por intermedio de su coordinadora la Dra. Andrea Macias. En sentido coincidente se pronuncia el informe pericial elaborado por los Dres. Diego Zunino y Haydee Fariña⁷, profesionales del Cuerpo Médico Forense. En

⁵ Conducía su motocicleta cuando fue embestido por un vehículo marca Renault modelo 12 en la Ruta 22 de Neuquen.

⁶ Consignó que ...“el estado actual, sin cambios clínicos significativos desde su última valoración neurológica en el año 2006, es compatible con estado vegetativo, y que ello supone que `no hay evidencia de conciencia de sí mismo o del medio que lo rodea; no hay movimientos intencionados, sugestivos de conducta aprendida, con algún propósito, reproducibles y/o sostenidos; no hay evidencia de capacidad de elaborar una comunicación, comprensión o expresión a través de lenguaje alguno y que no hay evidencia de actividad cognitiva residual... “La permanencia del cuadro clínico, habiéndose descartado toda otra causa eventualmente reversible **de estado vegetativo permite definirlo como `permanente**” (Fs. 418vta/419).

⁷ Según estos galenos: “De la evaluación realizada se constata que presenta: persona en decúbito sin lesiones por el mismo (escaras), vigil, sin respuesta al entorno, sin ninguna comunicación verbal al

igual sentido, el Dr. Losada, Jefe del Cuerpo Médico, a fs. 712/721 (paciente desahuciado en estado terminal).

Expusieron su opinión los Comités de Bioética del INCUCAI (...**“M. Es un paciente que se encuentra en estado vegetativo permanente EVP...el diagnóstico describe un estado irreversible”**...), del Área de Bioética de la Dirección Provincial de Gestión de la Subsecretaría de Salud de la Provincia de Neuquén (fs. 396/398, **“no tiene posibilidad alguna de recuperación neurológica que permita calidad de vida mínima”**) y de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, cuyas conclusiones serán citadas en lo que resulte atinente a las consideraciones que se realicen, sirviendo por el momento la reseña efectuada a los fines de ilustrar la profunda problemática nacida de la sensible situación de MAD, la que provoca polémicos debates en torno a los paradigmas modernos sobre los derechos primordiales involucrados.

En primera instancia el pedido de autorización judicial formulado por las curadoras del causante fue rechazado. La decisión, en resumen, se sostuvo en los siguientes argumentos, haciendo saber a los médicos tratantes que deberían implementar a favor del incapaz todas las medidas paliativas que la Medicina suministre en orden a sostener la vida de MAD y garantizar en cuanto sea posible su confort psíquico, físico y espiritual y procurando conservar su mejor calidad de vida:

- 1) No se cuenta con la manifestación de voluntad expresa del paciente para adoptar la decisión intentada por las curadoras.
- 2) Es menester ponderar la posibilidad de sustituir dicha voluntad, subrogándola por la de sus parientes.
- 3) Deberá atenderse a las condiciones de salud del paciente, y evaluar si las mismas justifican la provocación de la terminación de su vida.
- 4) Ausencia de legislación de fondo que contemple la cuestión en tratamiento.

interrogatorio, alimentado por yeyunostomía por imposibilidad de deglutir, sin respuesta a órdenes verbales, con sonda vesical permanente y con pañales por incontinencia vesical y rectal, sin signos de descompensación cardíaca aguda, moderada secreción bronquial, normohidratado, ligeramente hipotrófico, espasticidad marcada en cuatro miembros, movimientos incoordinados en miembros superiores...“Por evaluación realizada y los informes obrantes en autos se puede considerar que el Sr. **presenta un Estado Vegetativo Permanente.**”

5) MAD no reviste el carácter de paciente terminal, no padece sufrimientos extremos.

6) Ningún informe médico indica que el paciente se halle en estadio terminal a pesar de su estado permanente e irreversible.

7) Enfatiza que la hidratación y la alimentación no representan un tratamiento médico ni un medio extraordinario tendiente a prolongar su vida, al igual que los antibióticos que le son proporcionados para combatir las infecciones⁸.

8) Con todo, la muerte de MAD no puede considerarse inminente ni inevitable.

9) En función de los argumentos brindados, el decisorio de origen se aparta de las recomendaciones médicas reunidas y deniega lo petitionado.

El Ministerio de Incapaces y el Curador Especial, se alinean al rechazo y replican la apelación deducida por las hermanas del causante.

El tribunal de alzada⁹ confirma la denegatoria, compartiendo los argumentos sostenidos por la instancia de origen, remarcando en especial el vacío normativo material que, a juicio del *ad quem*, obstaba a dar acogida favorable a la pretensión de retiro, cese y abstención del sostén vital sobre el organismo de M.A.D¹⁰.

Añaden los magistrados de la Cámara de Apelaciones, en consonancia con lo estimado por la Sra. Jueza de grado, que si bien la normativa provincial (ley 2.611/08, arts.4 incisos "i", "n", "o" y "p" y 11) sería comprensiva de la situación fáctica llevada a juzgamiento, la misma, de operativizarse en el caso concreto, vulneraría el "supremo valor de la vida

⁸ La jueza señala que ello es así ya que las recurrentes infecciones (que se le producen al paciente, "–en general– por el hecho de alimentarse a través de una sonda o por convulsiones", *íd.*) "se solucionan con el suministro de medicamentos antibióticos o tratamientos simples... que se usarían para cualquier otro paciente en esa condición, y por ello no puedo interpretar que tales actos constituyen métodos extraordinarios o desproporcionados a la condición de Marcelo."

⁹ Intervino la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala I de la ciudad capital de Neuquén.

¹⁰ Solo por citar un pasaje del fallo de Cámara: "Y aquí se pone de manifiesto el aspecto crucial y en la sentencia determinativo de la denegatoria- de la ausencia de esa legislación pues, como bien se dice ahí, aquélla "no puede ser suplida por una... provincial como la que ha sido sancionada por esta Provincia en el año 2008 (la número 2611)... en virtud del derecho o valor humano en juego" (fs. 821 vta./822)"... "el juzgador ha de negarse a aplicar la normativa provincial manifiestamente repugnante al sistema constitucional de la atribución de las jurisdicciones nacional y provincial".

humana". Con arreglo a ello, la ley provincial no puede suplir la ausencia de ley federal que regule el supuesto de hecho analizado.

Comparte asimismo la consideración de los antibióticos como un medio no invasivo o extraordinario, reputándolos parte integrante de un procedimiento médico normal y aún paliativo.

Nomina prolongadamente cláusulas normativas de los diferentes instrumentos internacionales, receptados por nuestro país, que protegen los valores esenciales del ser humano, entre los que despuntan principalmente la vida, la libertad, la dignidad, y recurre a definiciones dogmáticas sobre la Bioética.

Como factor determinante, a mi entender, considero esencial focalizar la atención sobre una reminiscencia que, sobre todo en estas cuestiones de marcadas amplitudes y oscilaciones teóricas y morales, tras una apresurada lectura podría no otorgársele la cualidad determinante que tiene. Se trata de la religiosidad que domina la resolución que se comenta (o, al menos, a mi criterio, que prevaleció en los decisorios de las dos primeras instancias).

Si bien inevitablemente se volverá sobre esta nota capital, deseo adelantar mi opinión sobre la ingente relevancia de este vector del pensamiento insito en las decisiones personales, de las que una sentencia no deja de formar parte.

Esto se aprecia sin suspicacias en las citas introducidas en los fallos que se vienen repasando: *... "la opinión divergente cuenta con sólido arraigo, no sólo en la apreciación personal y subjetiva del paciente por parte de la decisora (audiencia de fs. 818) sino, amén de la cita de Derecho Comparado (fs. 825 vta.), en la opinión de una auténtica autoridad religiosa como el Papa Juan Pablo II (recuérdese la referencia al Ser Supremo, desde cualquier religión que fuere, también la rogativa del Preámbulo de nuestra CN a "la protección de Dios fuente de toda razón y justicia" y, en fin, la expresión del art. 2º de la Carta en cuanto a que "El Gobierno Federal sostiene el culto católico apostólico romano") como, también, en la de un prestigioso tribunal como la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (fs. 824 y vta.)."*

Esta idea se consolida con el recurrente empleo de los epítetos “sagrado” e “inamovible” con que se calificó el derecho a la vida.

En cuanto al agravio de la supuesta arbitrariedad que habría afectado la sentencia de primera instancia, la Cámara puntualiza –con acierto- que tal vicio no se presenta toda vez que la Jueza se apartó de las sugerencias trazadas en las opiniones médicas relativas a la solución a adoptar (retiro del soporte vital) mas no del diagnóstico y demás información científica brindada por los idóneos. Por lo demás, se fundó la denegatoria en razones respaldadas en Derecho y en hechos concretos, como ser la falta de manifestación de voluntad por parte de M.A.D. para suprimir el abastecimiento de alimentación e hidratación, carencia que, según la interpretación de la Cámara, debe interpretarse a favor de la *“prosecución vital, o sea mantener el actual marco asistencial”*.

Advierte el sentenciante de segundo grado que de no proveerse la medicación anticonvulsionante y antiinfecciosa no impediría la continuación de la hidratación y de la alimentación, lo que implicaría la irrupción al campo eutanásico por provocación de la muerte, aún en forma indirecta. Cita el criterio de la juzgadora a quo: *...“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”* (fs. 824).

La Cámara interpreta: *“Es decir: media acuerdo en la hidratación, alimentación y demás medidas de confort y la diferencia consistiría en la medicación anticonvulsivante y antiinfecciosa, como también en la indicación omniexcluyente: “todo lo demás está fuera de la ética y no es lícito” y aun cuando, según se ha visto, el perito ha omitido expedirse concretamente acerca del “ítem” pese a que ello le fuera reclamado (sent.: “... mas nada dice respecto de las prácticas médicas que se ordenaron en autos...”, fs. 823 vta.), dicha exclusión total, incluso pese a la falta de pronunciamiento preciso sobre el punto, ha de ser interpretado como divergencia.”*

Con todo, considera el superior que la *“la medicación que se le brinda es básica, es decir, no comporta un medio extraordinario de sostener la vida ni, menos aún, supone encarnizamiento terapéutico.”*

Se concluye, en congruencia con lo sostenido por la Sra. Jueza de grado, que de acceder al cese de la alimentación y de la hidratación de M. Se incurriría en la comisión del delito de *“homicidio por omisión simple”*, en los términos del artículo 79 del Código Penal, pues *“la desconexión de las vías de alimentación y de hidratación es una condena de muerte cierta”*... (del voto de la Dra. Patricia Clérici, vocal de la Cámara de Apelaciones). Finaliza expresando que *“tal característica es la que torna sumamente difuso el límite, en el supuesto de autos, entre la eutanasia activa casi encuadrada en la figura del homicidio- y la eutanasia pasiva en cuanto omisión de brindar tratamientos que solamente prolongan el sufrimiento del paciente.”*

Lo anteriormente repasado constituye en lo esencial el contenido argumental que condujo a la Cámara a convalidar el pronunciamiento de la instancia de origen. Entiendo que, tal como posiblemente se extraerá de la conclusiones que abrigo y que epilogarán este trabajo, las decisiones denegatorias se fundan en convicciones ideológicas que indiscutiblemente merecen el respeto que nuestro Estado de Derecho les dispensa y nos ordena a los ciudadanos acatar, mas desde lo probatorio, filosófico y bioético se alejan de lo que nuestra legislación basal establece.

c. Aproximaciones conceptuales a los presupuestos éticos y jurídicos involucrados. Su utilización y aplicación al caso de M.A.D.

No obstante no presentarse discrepancias en cuanto al estado clínico del paciente y su condición irreversible (habida cuenta de la coincidencia diagnóstica), los ministros de la Corte neuquina acuñaron, en cambio, divergencias que a mi criterio se inscriben ya en el plano bioético y en especial en el continente ideológico.

Este enfoque nos permite conjugar, sin embargo, los presupuestos jurídicos del asunto.

En cuanto a la premisa del primer párrafo de este epígrafe, debe advertirse que los profesionales de la salud intervinientes, si bien no todos ellos de manera homogénea, fijaron una posición receptiva de mantener la hidratación y la nutrición. Esta coincidencia fue advertida, correctamente, por la Cámara de Apelaciones. Sin embargo, cabe reparar que la opinión del Dr. Victor Sciuto, Jefe de Servicio de Terapia Intensiva del Hospital Castro Rendón, no significó un posicionamiento preciso sino la aceptación de la *posibilidad* de continuar -o no- con la provisión del soporte vital (sugiriendo la consulta con los familiares directos), en tanto los Dres. Zunino y Fariña, miembros del Cuerpo Médico Forense, fueron explícitos al sostener: *“El paciente es un paciente desahuciado en estado terminal, por lo tanto: tiene derecho a morir. No es ético dar ningún tipo de tratamiento: kinesiología, medicinas, antibióticos, tratarlo de cualquier manera, intentar recuperarlo si se agrava, menos aun internar en Terapia Intensiva, etc. Si se infecta no es lícito tratarlo. **Su asistencia debe limitarse a hidratarlo y alimentarlo y darles los cuidados llamados de confort, cambio de ropas de cama, rotarle para que no se escare, etc. Todo lo demás está fuera de la ética y no lícito,** por lo tanto no está dentro de la cobertura de ningún sistema sanitario, sea cual fuere”* (cfr. fs. 721). El resaltado me pertenece.

Avistado esto, se advierte entonces que la vital disyuntiva se centra en evaluar si, a pesar de las indicaciones médicas (no vinculantes para los jueces), corresponde acabar con la vida biológica de M. y, en caso afirmativo, bajo qué razones normativas o, mas correctamente, jurídicas.

No considero posible brindar respuesta al interrogante sin delimitar el marco conceptual que insoslayablemente se imbrica en la situación judicial de M., cuestión que a mi juicio ha sido omitida por los Jueces del TSJ.

Esto es: el decisorio se sirve de motivos predominantemente positivistas (sanción legislativa sobreviniente que contemplaría el supuesto de hecho juzgado; primacía de derechos humanos elementales como la autodeterminación, dignidad humana, etcétera), excluyendo esclarecer, en definitiva, si la nueva ley sobre derechos del paciente permite el ejercicio de la **eutanasia pasiva**.

Con el único propósito de acogerme a un concepto unívoco (escogido de entre los muchos que se elaboraron tanto a nivel nacional como internacional) que brinde certidumbre sobre la posición que asumo y en consecuencia comprender la posición u opinión que en definitiva se tome sobre el caso de M.A.D., es necesario consignar en primer lugar y como nota esencial que la eutanasia implica la causación de la muerte de una persona. Sin perjuicio de la heterogeneidad de las definiciones (constelación de conceptos que no serán tratadas en este trabajo por no ser su objeto principal), puede establecerse que la eutanasia es la muerte provocada por un tercero (heteronomía), cuyas modalidades incluyen la acción o la omisión¹¹, ambas acciones que persiguen acortar el proceso vital.¹²

Es importante tener presente, en orden a no anudar este concepto con prácticas que la teoría distingue, que la eutanasia acaece a requerimiento o con el consentimiento (siempre debe estar presente la expresión de voluntad en tal sentido del paciente o de la persona) del afectado y siempre en beneficio exclusivo de su interés, característica esta última incluso compatible con su raíz etimológica (del griego “eu”, buena, “thanatos”, muerte).¹³

Este ejercicio se distingue de la **distanasia**, concepto ligado a las denominadas “muertes intervenidas” que la evolución tecnológica ha permitido instalar como nuevo paradigma emblemático de las sociedades modernas, y se explica como “la práctica médica que tiene por finalidad alejar la muerte –y alongar la vida- a través de medios ordinarios y extraordinarios”, mayormente detectable en pacientes dependientes de

¹¹ La Dra. Clerici, jueza preopinante de la Cámara de Apelaciones en el fallo confirmatorio del de primera instancia en el caso M.A.D., definió la eutanasia en estos términos, “*pudiendo ésta ser activa (proveyendo o administrando al sujeto sustancias o tratamientos destinados a causar en forma directa su muerte...), pasiva (cuando el equipo sanitario se abstiene de llevar a cabo tratamientos que sólo pueden prolongar una muerte inexorable, definida entonces por una omisión o un no hacer)*”... Pilar Zambrano la define como “*la causación de la muerte de un tercero por acción o por la omisión de un curso de acción que i) sea indispensable para el desarrollo de las funciones vitales, o bien sea capaz de detener un proceso mortal reversible; y ii) sea proporcionado a los resultados previsibles de su implementación (lo cual en el caso de los tratamientos médicos exige comparar dichos resultados con los riesgos, gastos y posibilidades de aplicación, teniendo en cuenta las fuerzas físicas y morales del enfermo)*” en Zambrano Pilar, “Elementos para un debate racional en torno a la legalización de la eutanasia”, La Ley, año LXIX, NC 77, Buenos Aires.

¹² El Dr. Juan Carlos Tealdi rechaza la distinción entre eutanasia activa y pasiva, referenciando que ésta es la postura actual a nivel internacional y señalando que “Hoy solamente se entiende por eutanasia a un procedimiento legalmente autorizado para poner fin (matar) en modo inmediato a la vida de una persona por acción de terceros, en general los médicos, con la administración de una o más sustancias dirigidas a ese fin; a pedido libre, expreso y reiterado de esa persona; y con la finalidad de terminar con un sufrimiento intolerable o por otros motivos legalmente aceptados”. (“Sobre los aspectos normativos de la muerte digna”, revista Medicina Paliativa”, octubre de 2012, publicado por el Equipo de medicina Paliativa del Hospital Interzonal General de Agudos Dr. R. Rossi” de La Plata, pg. 40).

¹³ “Nacer y morir con dignidad. Bioética”, pág. 442, Ed. Depalma, tercera edición, 1993.

aparatoología médica, con medidas inútiles e innecesarias que no guardan proporción con el beneficio que se pretende lograr.”¹⁴ Tanto esta práctica como la iatrogenia (ésta se traduce ya en resultados netamente perjudiciales para el paciente, sin reportarse efectos benéficos para el mismo, por medio de prescripciones médicas o tratamientos invasivos, complejos o extraordinarios), suelen asociarse a la **obstinación**¹⁵ como al **encarnizamiento** terapéuticos, afectándose el principio de no maleficencia impuesto por la bioética.

Estos últimas dos nociones cobraron relevancia capital en el marco del caso M.A.D. y han nutrido la posición afiliada a la curadora del paciente.

Empero, a mi entender la cuestión dilemática que se asienta en el presente caso en posición cardinal, a la luz de la cláusula normativa que resulta de aplicación, está conformada por la **disyuntiva eutanasia pasiva – ortotanasia**.

La ortotanasia, según se afirma, es el concepto mas emparentado con la regulación legal incorporada por medio de la ley 26.742 y se la identifica con la “muerte digna”.

Según Pilar Zambrano, consiste en *“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... no hay aquí una colaboración en un suicidio, sino la simple aceptación de la condición limitada de la ciencia médica, ante el hombre.”*¹⁶

Si bien este método procura, suprimiendo el empleo de medios extraordinarios o desproporcionados, evitar la permanencia de sufrimientos innecesarios frente a la agresión de una enfermedad terminal o incurable, sin que por ello se abandonen los tratamientos destinados únicamente a mitigar el dolor y “acompañar” al muriente en su natural proceso, la

¹⁴ Muelas, María Cecilia, “El derecho a una muerte digna”.

¹⁵ Juan Pablo II, cuya doctrina fue un vector fundamental en los fallos de primera y segunda instancia, identificó a la obstinación terapéutica *“en el uso de medios particularmente extenuantes y pesantes para el enfermo, condenándolo de hecho a una agonía prolongada artificialmente.”* Si se sigue la definición de Pohier, la obstinación terapéutica coincide con la iatrogenia. En cuanto a la primera, el autor la define como *“el comportamiento médico que consiste en utilizar procesos terapéuticos cuyo efecto es más nocivo que los efectos del mal que se debe curar, o inútil, porque la cura es imposible y el beneficio esperado es menor que los inconvenientes previsibles.”*

¹⁶ Pilar Zambrano, ob. cit.

vaporosa frontera conceptual que distingue la ortotanasia de la eutanasia pasiva muchas veces se funde en situaciones equivalentes.

Jorge Alfredo Kraut señala esta paridad de conceptos, tras definir la ortotanasia como la postura ético-normativa que refleja “*el derecho a morir con dignidad. Consiste en la suspensión de toda cura en la inminencia de la muerte (o de complicaciones graves irreversibles) o cuando hay una expresa manifestación por parte de quien elige `tal modo` de acabar sus días... sin que ello signifique dejar de apoyar a las personas ni abandonar la medicación que brinde tranquilidad y reduzca el dolor del enfermo. La ortotanasia es llamada también, por algunos autores, eutanasia pasiva o adistanasia.*¹⁷”

Sinópticamente reseñados los conceptos centrales implicados, corresponde ahora intentar la subsunción del supuesto de hecho en la matriz legal aplicable.

El fallo del Tribunal Supremo de Justicia de Neuquen, escoltando el criterio del Sr. Fiscal Dr. Gerez, determina que el *factum* en juicio **se encuentra comprendido en las previsiones de los artículos 2, inciso e), 5 inc. g) y 6, segunda parte de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742.**

Éstos prescriben:

- Inciso e) del art. 2 ley 26.529: *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 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*

¹⁷ “El derecho a vivir”, en Los Derechos de los Pacientes, editorial Abeledo Perrot, 1997, Buenos Aires, pg. 85.

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.

- Inciso g) del artículo 5° de la Ley 26.529: *Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: ...) 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."*

Mas allá de la discusión dogmática acerca de la legalidad de la **aplicación retroactiva** de las modificaciones impuestas por la ley 26.742 (cuestión que será tratada por separado) y si bien tal aspecto, desde el punto de vista del razonamiento lógico debiera preceder al análisis de los alcances del articulado de la mencionada ley, pasaremos a esbozar una aproximación sobre los alcances de los artículos transcritos y determinar, desde el punto de vista personal, si el caso de M.A.D. debiera verse comprendido en las previsiones de la Ley sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado.

En este orden, la trascendencia del precedente neuquino anida precisamente en **el eventual criterio que la Corte Federal fijaría –**

para el caso de que declare admisible el recurso- respecto a la verdadera naturaleza de la normativa que fuera en puesta en crisis no solo por parte de sendos organismos jurisdiccionales sino también y particularmente, por la ciudadanía, bien sea sectores especializados como desde foros legos.

Pospuesta entonces la cuestión atinente al vigor de la ley “de muerte digna” y asumida su virtualidad para el caso de M.A.D., deberá por consiguiente verse subsanado el vacío legislativo invocado por los magistrados de las instancias anteriores como uno de los pilares argumentales que fundaron el rechazo del pedido de las curadoras.

Con base en la evidencia científica a nivel mundial, se ha establecido que en el caso de aquellas personas que sufren estado vegetativo en forma permanente e irreversible, según lo promulga *lex artis*, los profesionales deben suministrar todos los recursos que la terapia intensiva provee, durante el plazo máximo de un año. *“Cumplido ese tiempo y sin haber observado ninguna mejoría, las intervenciones médicas se consideran fútiles desde el punto de vista terapéutico, por eso los médicos no tienen obligación de tratamiento pero tienen la obligación de consultar a la familia sobre sus deseos de seguir aplicando los medios de sostén vital o de retirarlos, ya que no tienen beneficio terapéutico, y de respetar la decisión familiar previa consulta a un comité de bioética.”*¹⁸

Naturalmente, la voluntad de M.A.D. no fue expresada en forma fehaciente ni tampoco documentada en debida forma cuando conservaba su conciencia. Lo primero en virtud de su incapacidad, hecho que fue destacado por las instancias inferiores y en especial tomado por la jueza de grado como razón adversa al pedido de las curadoras.

Ahora bien, ponderando las circunstancias apuntadas en los dos párrafos precedentes, el Tribunal Superior de Justicia se adentra espaciosamente en el examen y de los principios y derechos rectores que encumbran a la autonomía de la voluntad, dignidad y la libertad de las personas.

¹⁸ Juan Carlos Tealdi, ob. cit. Coincide con este criterio sobre la determinación de la imposibilidad de recuperación agotado dicho plazo el Comité de Ética del Instituto de Investigaciones Alfredo Lanari.

Desde el punto de vista de la literalidad de la norma transcripta, se colige sin hesitación la prohibición de prácticas eutanásicas. El artículo 11, primer párrafo de la ley 26.742 establece, en relación a las directivas anticipadas brindadas por el paciente (la que debe respetar las formalidades que el mismo artículo establece párrafo seguido), que **“Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”**.¹⁹

Estimo que probablemente la técnica legislativa en este punto adolece de alguna insuficiencia al no incluir esta tan significativa restricción (nuestro derecho no mencionaba expresamente la eutanasia) en los artículos 2.e y 5.g de la ley, puesto que es en tal segmento donde se regulan de modo nodal las prácticas vinculadas a la irrupción en el curso natural de la salud y de la vida del sujeto.

El decreto 1089/12, reglamentario de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, abunda en mayores detalles regulatorios, pero sin dejar lugar a interpretaciones direccionadas a permitir la eutanasia en forma expresa.

Esto quizás mueva la interpretación hacia algunas tribulaciones en punto al esclarecimiento de los alcances de la reciente legislación en la materia y, en mi opinión, **tal vacilación legal no ha sido clarificada por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquen** en el fallo en vista, pues éste solo se limitó, en definitiva, a sostener la falta de jurisdicción sobre las decisiones prohijadas por las curadoras.

Observo entonces que una de las cuestiones determinantes a analizar será, de seguir el razonamiento del TSJ, analizar la validez o procedencia de la expresión de voluntad por representación, asunto que será tratado por separado.

Ahora bien, se afirmó antes que la eutanasia, por imperio legal y traslación interpretativa, es vedada por la ley en estudio²⁰.

²⁰ “Queda claro que la norma no permite de modo alguno la eutanasia, sólo busca evitar el encarnizamiento terapéutico o limitar los vanos esfuerzos curativos” (“Admirable Consecuencia de un Cambio Cultural, algo más sobre muerte digna”, “Suplemento Especial: Identidad de Género y Muerte Digna”, La Ley, mayo 2012, María Carolina Arrigone.

Ciertamente, la problemática que caracteriza el caso de M.A.D. se origina en la falta de expresión su voluntad en relación a la aplicación de las prácticas que la ley sí autoriza.

Reputo fundamental esta circunstancia, pues el hecho de su obiedad no refleja sin embargo la verdadera proyección de sus consecuencias ético-legales.

Mas allá de las aristas ideológicas o moralistas que invaden este debate (las cuales en definitiva terminan, si bien no confesamente, definiendo la controversia), desde el punto de vista estrictamente normativo pienso que la discusión podría circunscribirse (siendo esto solo una hipótesis de análisis, no la única), a los siguientes factores, los que son lógicamente dependientes entre sí: 1) legitimación de las curadoras para actuar en representación de M.A.D. y 2) encuadre bioético y legal de la práctica solicitada (cese de alimentación e hidratación).

Respecto al punto 1 de esta propuesta, será analizado en el punto que sigue.

En cuanto al punto 2, **a pesar de mi disidencia ideológica en cuanto a la solución** que cabe adoptar con ajuste a nuestra legislación, considero que para el caso de acoger la pretensión de las hermanas del causante, **se incurriría en el ejercicio de eutanasia pasiva.**²¹

Explorando dentro las fuentes de la ley, específicamente en el debate parlamentario, puede pensarse que el espíritu legisferante buscó prohibir la eutanasia pasiva. Ilustra ello, por ejemplo, la opinión del senador Escudero (pág. 41 del acta parlamentaria), quien tras definir el suicidio asistido y la eutanasia, entendió que la quita de alimentación e hidratación implicaría la práctica omisiva de la eutanasia. Linares (pág. 43), encuadró dicha quita dentro de lo que sería el encarnizamiento terapéutico. Los senadores Monllau, Reutemann y Basualdo, si bien votaron a favor, dejaron consignados sus salvedades respecto a la

²¹ Coinciden con esta calificación las conclusiones del exhaustivo trabajo de Eduardo A. Sambrizzi. "La alimentación e hidratación artificiales implican la satisfacción de necesidades básicas del paciente, que constituye el soporte básico para la supervivencia, y su eliminación contribuye a acelerar en forma innecesaria su muerte, sin ofrecer ningún beneficio al paciente"

hidratación y alimentación contemplados en los artículos 1 y 2 del proyecto de ley²².

Esta inferencia también la extraigo del cotejo entre los hechos tratados por el fallo y las definiciones consignadas (de ahí la importancia de fijar las nociones de las figuras utilizadas): para el caso de que se proceda a la interrupción del suministro de la nutrición y de la hidratación parenteral, inexorablemente el resultado será la muerte del Sr. Diez.

En tal sentido, es indudable que **el resultado muerte en este caso será producto de un obrar doloso por parte de un tercero.**

Concurre en este contexto como nota distintiva la heteronomía (pues la acción no es desplegada sino por un tercero), y se persigue, según afirmaran las hermanas y curadoras de M.A.D., acabar con el *presunto* padecimiento del paciente, por lo que supuestamente el interés del mismo sería el que guiaría la voluntad de las peticionantes²³.

Ahora bien, los dictámenes médicos citados mas arriba informan que si bien la situación de M.A.D. es irreversible, **es decisivo tener presente y no soslayar que el cuadro clínico, que refleja sin objeción un estado vegetativo permanente, no conlleva riesgo de vida alguno, por lo que no puede hablarse de un paciente terminal.**

Este aserto, al momento de realizar la subsunción legal del caso, se vuelve decisivo, toda vez que la cláusula normativa a la que se recurre para cortar el ciclo vital de M.A.D. (inc. "e" art. 2 ley 26.529, modificado por ley 26.742), **parecería requerir la existencia de una enfermedad incurable o irreversible que produzca per se la muerte por su natural efecto.**

Sostengo esto pues, de considerar lo contrario, cualquier enfermedad curable o irreversible (piénsese por ej. en la diabetes), aún no siendo letal, facultaría al paciente a rechazar la alimentación y/o

²² Refuerza la legitimidad de la ley que se haya sancionado por unanimidad en la Cámara de Senadores (con 52 votos a favor) y por aplastante mayoría en cámara de Diputados (142 votos a favor y 6 en contra).

²³ Andrea Diez, hermana de M.A.D., expresó "Marcelo no hubiera querido esto. Y lo dejaremos ir"... y "Marcelo no hubiera querido estar vivo de esta manera. Nosotras dos lo sabemos" (Fuente: Diario Digital Minuto Neuquen, en www.minutoneuquen.com, del 11/05/2013).

hidratación con el consecuente resultado muerte. Si bien esta problemática podría subsanarse estableciendo categorías de medios ordinarios y extraordinarios, aún esta clasificación no posee fronteras nítidas y tampoco escapan a opiniones contrapuestas en el ámbito médico.²⁴

Esta situación plantea un interrogante bioético esencial en torno a los alcances de la autonomía de la voluntad: ¿este rechazo de las medidas de soporte vital es un derecho del paciente sujeto a evaluación médica o una incondicional obligación de los médicos?

El caso de M.A.D. no se sustrae a la mencionada ambigüedad terminológica, por comprenderse en las previsiones de la ley 26.742.

Explica la doctrina que “se ha objetado la utilización, virtualmente como conceptos equivalentes, de las expresiones “enfermedad irreversible”, “incurable”, o se “encuentra en estadio terminal” o “haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación”, imprecisiones terminológicas que, se sostiene, dan lugar a ambigüedades”.²⁵

En suma, a este respecto resulta a mi juicio acertado el criterio sustentado por el Dr. Ricardo Cancela, defensor ante el Tribunal Superior de Justicia, quien manifestó **“No cualquier discapacidad, aunque sea un problema cerebral, se considera que es un estado terminal”... “Nosotros creemos que no es un caso de muerte digna. Si se le saca la alimentación y la hidratación, se produce una especie de eutanasia pasiva que es lo que prohíbe la ley.”**²⁶

²⁴ Resulta atendible la opinión de Eduardo Sambrizzi: “Alimentar e hidratar al paciente terminal no es una manera desmedida de mantenerlo con vida. Por el contrario, quitar la alimentación e hidratación implica provocar la muerte del paciente por inanición” (Sambrizzi Eduardo A., “Muerte digna. Modificación de la ley 26.529 sobre Derechos del Paciente”, en “Suplemento Especial: Identidad de género y Muerte Digna”, La Ley, mayo de 2012)

²⁵ “Aquí, tanto los comités institucionales de ética o de bioética (terminología indistintamente utilizada en el dec. reglamentario 1089/2012), la doctrina bioética o jurídica y, eventualmente, ante hipótesis de conflictos insuperables, tendrán por delante una tarea de esclarecimiento, interpretación sistemática y visión integradora siempre a la luz de las normas, los principios y los valores constitucionales en juego” (Bioética en el final de la vida. El derecho a morir en paz. La autonomía personal y las directivas anticipadas. Reflexiones en torno a la Ley de Muerte Digna”, Jurisprudencia Argentina. 2012 Nov 21; IV – 8)

²⁶ Fuente: http://www.lmneuquen.com.ar/noticias/2013/5/11/marcelo-diez-no-es-un-caso-de-muerte-digna_186949

Ciertamente, los informes médicos respaldan el comentario antes transcrito y sugieren, desde el estricto punto de vista fáctico, **que el caso de M.A.D. no se encontraría comprendido en las previsiones de los artículos 2º y 5º de la Ley 26.529, en los incisos precitados.**

Dicho agravio introducido por el Dr. Cancela **no ha sido tratado por el Tribunal Superior de Justicia**, por lo que resultaría trascendental que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sienta criterio sobre el particular.

Paralelamente (si bien sobre tal extremo el TSJ ha emitido opinión), otro de los interrogantes que se vuelve fundamental es aquel que controvierte los alcances de la noción que habrá de otorgarse a los términos “ordinarios” y “extraordinarios” que la ley emplea en cuanto a los métodos terapéuticos utilizados en los tratamientos.

En relación a ello, comparto la postura doctrinaria que aconseja valorar la condición de dichos métodos casuísticamente, en función de las características que cada caso presente.

En tal inteligencia, es ineludible tener presente, tal como lo sostuvo el Dr. Cancela, que M.A.D. *“es una persona que mantiene sus funciones fisiológicas, que no se conoce qué funciones emocionales se encuentran abolidas y que sólo necesita para vivir hidratación y alimentación”*. *“Respira por sí mismo, lo cual significa que no está conectado a ningún medio mecánico, mantiene el dominio craneal alternando periodos de sueño y con estado físico conservado y sin escara.”*

Entonces, se alza nuevamente el siguiente interrogante: ¿son el suministro de antibióticos y de nutrición e hidratación medios extraordinarios?

Las dos instancias precedentes al TSJ han establecido que no, pues de no contarse con ellas el paciente moriría.

Resulta oportuno apostillar que si bien en la ley se hace referencia a supuestos de **“enfermedad irreversible, incurable o se**

encuentre en estadio terminal”, durante el tratamiento de la ley en el Senado esas expresiones fueron criticadas porque parecían referirse a situaciones alternativas, por lo que el informante (Senador Cano) expresó que serían materia de aclaración por vía reglamentaria. Consecuentemente, en el artículo 2º, inciso e), párrafo tercero del Anexo I del Decreto N° 1089/2012 se estableció que **“El paciente podrá ejercer el derecho previsto en el artículo 2º, inciso e), tercer párrafo de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación.”**. La desaparición de la conjunción disyuntiva “o” y su reemplazo por la conjunción copulativa “y”, da la pauta que la normativa exige que la enfermedad sea irreversible o incurable y que, además, se encuentre en estadio terminal, situación ésta última que no se da en el caso de Marcelo Diez.

Recuerdo aquí, y a los mismos remito, los fundamentos de la jueza de primera instancia que he identificado mas arriba con los numerales 6 y 7, utilizados para denegar la pretensión de las curadoras: 6) Ningún informe médico indica que el paciente se halle en estadio terminal a pesar de su estado permanente e irreversible. 7) Enfatiza que la hidratación y la alimentación no representan un tratamiento médico ni un medio extraordinario tendiente a prolongar su vida, al igual que los antibióticos que le son proporcionados para combatir las infecciones.

Efectivamente, estos son datos objetivos, desvinculados de apreciaciones personales.

Sobre esta base, las previsiones legales que venimos analizando y el respetuoso comentario por nosotros esbozado, resulta bastante exigido pensar que la ley habilitaría a considerar como extraordinarios dichos medios de subsistencia vital.

Existen múltiples definiciones que proveen pautas para determinar lo inhabitual de los medios empleados. Una de ellas nos señala que *“Un medio es proporcionado hasta el momento en que se demuestra fácticamente capaz de alcanzar la finalidad que le es propia, sin causar daños o riesgos excesivos para la salud del paciente”*.²⁷

²⁷ Maurizio Calipari, “Ética al final de la vida. Aplicación a personas en estado vegetativo”, publicación de Instituto de Bioética, UCA, Vida y Ética, Buenos Aires, 2004, año 5, nro. 2, pág. 121

En lo personal considero que independientemente de las definiciones elaboradas con sapiencia y buena fe, dichas directrices deben complementarse, inexcusablemente, con las particularidades que el caso presente.²⁸

Es así que se han establecido, no solo en el orden nacional sino también a nivel internacional, pautas de diagnóstico a fin de fijar la condición de ordinario o extraordinario de las prácticas médicas.

Sin pretender ingresar impertinentemente en el campo médico, es dable señalar algunos criterios, a saber: 1) *La cuantificación de los recursos sanitarios (técnicos, económicos, etc.) necesarios para el empleo del medio.* 2) *La posibilidad actual de recurrir a alternativas terapéuticas de igual o mayor eficacia* 3) *La disponibilidad concreta o la posibilidad plausible de hallar el medio* 4) *La actual posibilidad técnica de usarlo adecuadamente.* 5) *Los eventuales efectos colaterales, perjudiciales para el paciente.* 6) *Los previsibles riesgos para la salud/vida del paciente eventualmente implicados en el uso del medio.* 7) *Las expectativas razonables de “eficacia médica” real.*

Estos indicadores persiguen evitar incurrir en prácticas distanásicas, enderezadas a prolongar innecesariamente mediante tratamientos perjudiciales y dolorosos para el paciente, especialmente teniendo presente, tal como lo anotó la Jueza de grado, que la muerte de MAD no puede considerarse inminente ni inevitable.

En consecuencia, en ánimo de garantizar la tutela del derecho a la vida (contemplado implícitamente en el artículo 33 de la CN y explícitamente en los artículos 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos de jerarquía internacional), debería ser a mi criterio haber empleado un *juicio de proporcionalidad* entre la decisión

²⁸ “En sintonía con la American Academy of Neurology y en relación con las indicaciones de abstención y suspensión de medidas de soporte vital, Carlos Gherardi sostiene que “el carácter de extraordinario o desproporcionado, obligatorio u optativo en un soporte dependerá de en qué circunstancias son aplicadas”, y respecto de la nutrición e hidratación artificiales entiende que “es un tratamiento ordinario y proporcionado para cualquier circunstancia médica que no sea absolutamente irreversible, de lo contrario, se transforma en extraordinario y desproporcionado.”

a tomarse y la situación médica del paciente, análisis que no ha tenido lugar pesar de haber sido introducido por el Dr. Cancela.

En este punto observo una suerte de ambigüedad que limita una inteligencia amplia sobre los alcances de la ley. Esto así desde que, frente al planteo que se viene analizando, parecería justo acoger el planteo del Defensor ante el TSJ, al menos desde el punto de vista jurídico.

En efecto, una interpretación favorable a la solicitud de las hermanas de M.A.D., al calor de las disposiciones de los artículos bajo estudio, sería algo voluntarioso, pues **la ley parece exigir, como se dijo, un riesgo cierto y próximo de muerte, desventura que no padece M.A.D. a pesar de su lamentable estado.**

Recuérdase que si bien en la ley se hace referencia a supuestos de “enfermedad **irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal**”, durante el tratamiento de la ley en el Senado el empleo del vocablo disyuntivo “o” fue criticado por parte del senador Cano habida cuenta que parecía referirse a situaciones alternativas, por lo que se solicitó sea alcarada tal situación por vía reglamentaria. Fue así que en el artículo 2º, inciso e), párrafo tercero del Anexo I del Decreto N° 1089/2012 se estableció que “**El paciente podrá ejercer el derecho previsto en el artículo 2º, inciso e), tercer párrafo de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación.**”. La supresión de la conjunción disyuntiva “o” y su reemplazo por la conjunción copulativa “y”, resolvería la problemática en el sentido que se estaría exigiendo que la enfermedad sea irreversible o incurable **y que, además**, se encuentre en estadio terminal, situación ésta última que no se da, como se dijo, en el caso de Marcelo Diez.

No obstante, la cuestión no supera el redil de la discusión, toda vez que la modificación en trato, está siendo introducida por vía reglamentaria, lo que desnaturaliza una ley sustantiva y agrede la disposición contenida en los artículos 99 y 28 de la Constitución Nacional.

Pronunciarse negativamente sobre la pretensión de las curadoras en función de la interpretación exegética de la ley, no resulta condolencia suficiente para los familiares y para el propio M.A.D., y es por

tal trascendental dolencia espiritual que la discusión que aquí se ha trezado excede ya el campo jurídico y se traslada hacia el afectivo y, a mi entender, filosófico.

Ese entendimiento es el que me impulsó a tratar este particular caso y por ende será objeto de la conclusión del presente trabajo.

d. De la legalidad de la expresión de voluntad por representación en el caso de M.A.D.

Prologa este apartado una la cuestión de orden procesal que impulsó la demanda de las hermanas de M.A.D.: la falta de expresión de voluntad del causante en cuanto al retiro y cese de la hidratación y de alimentación.

Naturalmente, de haber existido la expresión volitiva por parte del Sr. Diez, la discusión se habría enmarcado en un ámbito legal diverso.

La SCJBA ha sido el primer Tribunal cimero a nivel provincial que ha abordado, aunque sobre un escenario fáctico diferente y con fundamentos divergentes, la problemática de la sustitución del consentimiento. Así, el 9/2/2005, en los autos “S., M. de C.”, por decisión unánime, desestimó la solicitud de suspensión de la nutrición e hidratación artificial, solicitado por el cónyuge – y curador – de una paciente que a esa fecha se encontraba en EVP. En tal precedente, se destacó, como en el caso de M.A.D., la inexistencia de legislación que regule el supuesto de hecho y la ausencia de directivas anticipadas (las que tampoco en tal época estaban previstas por el ordenamiento jurídico argentino). Se colige de dicho pronunciamiento, que **de no haber habido contraposición de intereses entre el cónyuge y los padres de la persona en estado vegetativo, se habría autorizado la interrupción del tratamiento.**

Como se observa, **ésta última solución habría encontrado acogida favorable** (en el caso, imaginemos, de no haber sido aún sancionada la Ley de Muerte Digna) en el caso de M.A.D., atento la concurrencia de opiniones de los representantes del incapaz.

A igual respuesta podría arribarse de seguir los lineamientos de la C.S.J.N. en los casos Bahamondez y Arriola (si bien éste vinculado a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, pero en resguardo de la libertad y reserva personales. Dijo el Dr. Fayt ...*“además del señorío del hombre sobre las cosas, está el señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, es decir, los aspectos que configuran su realidad integral y su personalidad... Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales e la persona, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre”*²⁹).

En el caso Bahamondez (fallos 316:479), en el que se discutía sobre el respeto a la decisión del paciente que rehusaba recibir una transfusión de sangre en virtud de razones religiosas, la CSJN se ha pronunciado en igual sentido: *“El Art.19 concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio, ordenando la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por curvar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el Art.19 de la Constitución Nacional.”* (voto de los Dres. Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt).

En el precedente “Jorge Nieves Albarracín”, del 01/06/2012, quizás se encuentre una semejanza un poco mas cercana al caso de M.A.D., pues allí, estando el paciente en estado de inconsciencia, existía oposición entre la cónyuge (quien se oponía a la realización de transfusión de sangre) y su progenitor. Sin embargo, a diferencia de lo acaecido con M.A.D., el paciente había expresado su voluntad bajo una declaración protocolizada en instrumento público, por lo que se resolvió respetar la decisión del paciente tomada en el ámbito de su esfera individual, habida cuenta que no se veían afectados derechos de terceros.

²⁹ Dijo en tal fallo el Dr. Fayt ...*“además del señorío del hombre sobre las cosas, está el señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, es decir, los aspectos que configuran su realidad integral y su personalidad... Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales e la persona, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre”* Y el Dr. Lorenzetti: *“No se trata solo del respecto a las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.”*

Se apuntan estos precedentes pues han sido pilares argumentales erigidos por el TSJ en su fallo.

Empero, debemos recalcar cierta incongruencia en la motivación del resolutorio respecto de la situación fáctica que se analizaba.

Esto es, el TSJ de Neuquén se circunscribe a una ventana argumental dispar a los hechos: **se invocan precedentes en los que existía, en forma actual o pretérita mediante declaración fehaciente, expresión de voluntad por parte de paciente, y en sentido negativo. O, al menos, existía una rivalidad de voluntades entre familiares del enfermo.**

En el caso que nos llama, **tal declaración no está presente, así como tampoco se halla controvertida entre los parientes la solución que se pretende.**

En tal sentido, estimo que el enfoque del asunto en tratamiento se ve deslucido al advertir que M.A.D. debe, en tal caso, expresar su voluntad por representación.

En vista de esta cuestión, primaria en la discusión, a mi criterio no se ha profundizado suficientemente su tratamiento **y especialmente la indagación certera sobre la intención de M.A.D.** sobre el particular, toda vez que no se ha procedido, v.gr., a interrogar a otros familiares ni pesquisar documentación personal que indicara, al menos indiciariamente, la real deseo del causante.

Al tiempo de decidir sobre la continuación o finalización de la vida humana, para muchos el derecho supremo del ser humano y desde luego "condición necesaria para constituirse como sujeto de derecho" (según palabras del TSJ neuquino), resultaría imprudente e irresponsable no afianzar -en el mayor grado posible- la certidumbre sobre la real intención del interesado, pues, tal como expresó la Dra. Patricia Clérici y en función de la primacía del derecho a la autodeterminación: "*Si M., en forma conciente, hubiera decidido que ante una situación como la que está atravesando no quiere ser asistido vitalmente mediante soportes externos, no dudaría en autorizar la supresión de estos soportes, incluidas la alimentación e hidratación. Ello así desde el momento que el art. 19 de la*

Constitución Nacional ampara el derecho a disponer del propio cuerpo, incluso la aceptación o no de un determinado tratamiento sanitario. Ello ha sido sostenido, hace ya tiempo, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Bahamondez, Marcelo” (Fallos 316:479, sentencia del 6/4/1993).”

El artículo 3 de la ley 26.742 literalmente dispone: “Modifícase el artículo 6° de la Ley 26.529 —Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud— el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 6°: Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. 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 artículo 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.”

Siguiendo la remisión que efectúa el artículo precedente, observamos que el artículo 21 de la ley 24.193, de Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos informa el orden de prelación a respetar en los casos en que sea menester suplir la voluntad del incapaz: 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.

A su turno, la reglamentación de la ley, instaurada mediante decreto número 1089/12, en su artículo 2, inc. "e" tercer párrafo dispone que El paciente podrá ejercer el derecho previsto en el artículo 2º, inciso e), tercer párrafo de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio 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."

Además, con mayor detalle el artículo 5 del decreto en comentario prescribe, a partir de su segundo párrafo, que "*Habrá consentimiento por representación **cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y no haya designado persona alguna para hacerlo**; en cuyo supuesto, la información pertinente al tratamiento aplicable a su dolencia y sus resultados se dará según el orden de prelación referido anteriormente para tales fines. También operará este consentimiento por representación en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que **no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar**. Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento. Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas*

en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente. El vínculo familiar o de hecho será acreditado; a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que a ese único efecto constituirá prueba suficiente por el plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, debiendo acompañarse la documentación acreditante. Las certificaciones podrán ser efectuadas por ante el director del establecimiento o quien lo reemplace o quien aquél designe.” El destacado me pertenece.

En suma, al no existir, como vengo sosteniendo, discrepancias en cuanto al curso de acción solicitado para con la persona de M.A.D., la cuestión a mi entender reposará en la legitimidad de tal decisión y la posibilidad, jurídicamente válida o no, de que tal determinación sea legalmente ejecutable.

Parecería ser que, de la literalidad del texto (primer fuente interpretativa, según criterio esbozado por la CSJN), se podría correctamente inferir que tal permisión (la de solicitar la abstención o suspensión del suministro de nutrición e hidratación) es contemplada por la ley.

Sin embargo, **desde una interpretación integral del ordenamiento, podría afirmarse, tal como se expresó mas arriba, que si la propia ley prohíbe la eutanasia pasiva aún siendo consentida su consumación por parte del interesado, menos aún se autorizaría a terceras personas disponer del bien jurídico vida (ajena), independientemente de la calificación penal que se le asigne a la conducta pero sin objetar, en este entendimiento, que se trataría de un homicidio, debiendo analizarse ulteriormente la autoría y participación, eventualmente, de los sujetos activos.**

En otro carril, se observa que la intervención del “comité de bioética institucional”, es una *facultad* que la ley sustancial otorga, en tanto –en sentido contrapuesto– el decreto reglamentario lo impone en los casos de existir discrepancias entre los representantes de igual “jerarquía” según el ordenamiento que la ley de trasplantes impone. No obstante, en

el caso de M.A.D, como se vió, se cuenta con tres opiniones emanadas de diferentes órganos competentes en la materia (ver punto “b” de este trabajo).

La postura propiciada en las líneas anteriores, no resulta unánime, existiendo en torno a la expresión de voluntad por subrogación posiciones divergentes.

Es así que el Pedro F. Hooft y Lynette Hooft expresaron: *“En lo que concierne a la segunda cuestión – la suspensión de medidas de soporte vital y, en particular, de la alimentación e hidratación artificiales–, máxime cuando la decisión se toma por subrogación o representación, hemos de reconocer que el tema presenta aristas complejas, con posturas por momentos fuertemente “encontradas”, aun cuando, a nivel mundial, podría afirmarse que tanto en el ámbito de asociaciones científicas reconocidas como en la literatura bioética prevalece hoy día una postura compatible con el novel texto legislativo, aunque siempre precedido de profundas y cuidadosas evaluaciones multidisciplinarias, especialmente en los llamados estados vegetativos permanentes (en adelante, EVP), que requieren de diagnósticos y pronósticos serios y fundados, aunque reconocemos que no existen al respecto consensos unánimes. Cabe aquí recordar los dos casos paradigmáticos de la jurisprudencia norteamericana que generaron profundos debates y controversias. Nos referimos al caso de Karen Ann Quinlan y, más recientemente, los casos de Nancy Cruzan y Terri Schiavo, ya mencionados al comienzo de este trabajo”*³⁰

En congruencia con ello, en un interesante debate concertado específicamente con motivo de la ley de Muerte Digna³¹, el Dr. Julio Ravioli (pg. 10) expresó: *“Una eutanasia involuntaria no existe como tal, porque sería un homicidio. Si yo aplico, sin que el paciente me lo pida, un método activo u omisión de método obligatorio para matarlo, estoy cometiendo un homicidio aún siendo un homicidio por piedad, debido a que el paciente no me lo pide. Es decir, la eutanasia requiere el pedido del paciente, que es quien decide que quiere morir, **y no el médico o la familia, que decidirían que tiene que morir...** La llamada*

³⁰ “Bioética en el final de la vida. El derecho a morir en paz. La autonomía personal y las directivas anticipadas. Reflexiones en torno a la Ley de Muerte Digna”, citado.

³¹ “Debate Ley de Muerte Digna”, patrocinado por la Asociación del Clínicas, Sanatorios y Hospitales Privados de la República Argentina (ADECRA) y la Cámara de Entidades de Diagnóstico y Tratamiento Ambulatorio (CEDIM), del martes 28 de agosto de 2012.

eutanasia involuntaria es un homicidio, porque no hay un pedido del paciente.” Por su parte, el Dr. Gerardo Perazzo reflexiona: “Esta Ley va a permitir que el familiar nos pueda pedir, y de hecho es lo que ha pasado, la posibilidad del retiro de la hidratación y la alimentación. **¿Esto es eutanasia? ... ¿Acelero el proceso? ¿El paciente tiene confort o no? Es un paciente que realmente está estable, no tiene complicaciones.** Si en un estado vegetativo persistente, yo me permito retirarle la hidratación y la nutrición, no podemos evaluar... se va a morir de hambre y de sed... ¿Podemos hacer eso? De hecho, **la Ley... se contradice porque dice que no tenemos que hacer prácticas eutanásicas. Lo que hablamos, es una práctica eutanásica o no?**

Nótese que, a pesar de no haber estado vigente la ley que aquí se examina, la SCJBA, con fallos divididos, en autos “S. M. de C”, ya había denegado la solicitud de retiro de la alimentación e hidratación enteral. Los Dres. Hitters, Genoud y Pettigiani la niegan de plano y los Dres. Roncoroni, Kogan y Soria expresan que si se pudiera haber probado (por diferentes medios, como por ejemplo testamento vital, mandato especial, consentimiento sustituto o subrogado, o inclusive manifestaciones orales previas, debidamente acreditadas) que el causante así lo hubiese querido, se habría accedido a la petición.

En igual orden, y quizás ya sí asumiendo un contexto que excede el mero marco legal, no podría dudarse que la decisión que los representantes tomen **debe inspirarse exclusivamente en el interés del paciente.**³²

Esta apreciación, desde el plano bioético, es incuestionable, y ha tenido efectiva recepción jurisprudencial. Por otra parte, se ensortija con el principio bioético de no maleficencia.

En diversos precedentes de la CSJN la voluntad del paciente había sido exteriorizada por el propio paciente (v.gr., en "Bahamondez", "Parodi", "Gallacher", "Jakobson" y "Lagomaggiore", casos en que se trataban casos médicos), y por ende podíase admitir que el interés del

³² La referencia expresa la hallamos en el artículo 10 de la reglamentación, cuando prescribe que “ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación, en los casos en que hubiere mediado consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca en beneficio del paciente.” En sentido concordante, el Convenio de Asturias, en su art. 1 contempla igual previsión.

paciente, en tanto se hallara consciente y fuese plenamente capaz, se veía plasmado en sus propias palabras.

Sin embargo, en el caso de M.A.D., tal declamación no existe y en consecuencia, acosa al intérprete el siguiente y determinante interrogante, mas allá de cualquier permisión legal: **¿cuál es, en definitiva, la solución que se ajusta al interés del paciente?** ¿cómo se alcanza ese oculto conocimiento?

El fallo del TSJ, podría decirse, presume que el interés de M.A.D. es el que **sus hermanas dijeron que era.**

Desde el punto de vista procesal, en cambio, es una conjetura reñida con los principios que rigen la prueba de hechos. En este caso, es un hecho presunto (suposición, por cierto, no construida a partir de indicios graves y concordantes) y no un hecho acreditado por los canales procesales ordinarios.

e. La aplicación retroactiva de la ley 26.742 y la convergencia de la ley provincial 2.611/08.

La judicialización de la situación de M.A.D precedió la sanción y promulgación de la ley 26.742.

Considero que el tratamiento jurídico de este hecho, a pesar de que integró los agravios formulados por el Dr. Cancela en su recurso³³, fue rehuido por el Superior Tribunal de Neuquen.

Al igual que respecto de las demás cuestiones que se han venido comentando y que han sido objeto de crítica, la aplicabilidad de la ley sobreviniente se consideró –implícitamente y sin más- inmediateamente procedente.

Es decir, no se pasó a analizar la legalidad de la aplicación retroactiva de la nueva regulación.

³³ En medios periodísticos declaró: "Además nosotros planteamos la irretroactividad de la ley y que acá se ha juzgado por una ley que no estaba vigente al momento de generarse el conflicto" (<http://www.lmneuquen.com.ar/noticias/2013/5/11/marcelo-diez-no-es-un-caso-de-muerte-digna-186949>)

Acompañando el planteo del Sr. Fiscal del TSJ, Dr. Gerez³⁴ (ver considerando 13 del fallo), el Máximo Tribunal Provincial señala en el considerando 15 que *“es preciso señalar la ocurrencia de un hecho sobreviniente y relevante, que habrá de variar el curso del presente análisis recursivo. Es que el 9/5/12, con posterioridad al dictado de la sentencia recurrida (de fecha 6/11/11), el Congreso de la Nación sanciona la Ley N° 26.742 -que modifica la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente- y el Poder Ejecutivo Nacional la reglamenta mediante el Decreto N° 1.089/12 del 6/7/12. Es oportuno mencionar que el decisorio dictado por la Alzada, confirmatorio del de Primera Instancia, 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.”*

En rigor, el argumento que podría reputarse directamente relacionado a la viabilidad de la aplicación retrospectiva de la ley se ubica en el siguiente párrafo, en el que el TSJ explica que: *“Sabido es, que las sentencias de este Tribunal deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevinientes al recurso, conforme criterio sostenido reiteradamente por la Corte Nacional (FALLOS: 316:479 –Bahamondez-). Ello, sumado a la regla del iura novit curia –de amplia vigencia en esta etapa-, me lleva a considerar que corresponde el análisis del presente caso a la luz de la normativa específica, de reciente sanción y vigente al tiempo de resolver el recurso.”*

Quizás a los fines de establecer el correcto sendero interpretativo convendría, a mi entender, determinar la naturaleza jurídica de la ley en comentario; vale decir, si puede considerarse de índole penal o civil.

En el primer caso, que descarto (al menos en cuanto a los artículos que resultan aplicables al caso de M.A.D.), pues en este caso no

³⁴ Apuntó: Encontrándose en curso este proceso, se sancionó la Ley 26.742, que incorpora una modificación a la Ley 26.529 sobre “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”, y, más recientemente, se dictó el Decreto reglamentario de éstas (Decreto N° 1089/12)... La nueva normativa brinda un marco legal que ampara en la toma de decisiones a los médicos y los familiares de las personas que se encuentran en estado de salud irreversible.”

solo el incapaz no está cometiendo una conducta (delito) sino que los familiares tampoco llevan adelante una acción reprimida con sanciones propiamente penales (podría emparentarse mas con una petición relacionada a las relaciones de familia; mas concretamente con la ejecución de actos propios de una curatela), a pesar de que **las consecuencias derivadas de la ejecución de la ley sí podrían ser de naturaleza penal**. Deberíase analizar, en tal caso, si podría operar la previsión del inciso 4º del artículo 34 del Código Penal, polémica que comparte el mismo debate que se plantea este trabajo. De cualquier modo, la retroactividad de la ley penal estaría indudablemente sujeta que actúe en beneficio del imputado (arg. arts. 18 y 19 de la CN, art. 1 CPPN)³⁵.

De juzgarse una ley civil, la irretroactividad se impone por imperio de lo dispuesto por el artículo 3 del Código Civil: *“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.”* **La ley de Muerte Digna no ha contemplado entre sus prescripciones en forma expresa la retroactividad, por lo que no podría afectar situaciones pretéritas tal como lo consideró el TSJ.**

Estimo que el criterio alegado por el Tribunal sobre el entendimiento sentado en Bahamondez, que fue transcripto *supra*, refiere a las circunstancias fácticas relacionadas al hecho que se juzga, y no a las variantes legislativas. Sin embargo, es razonable pensar que, aún sin aplicar leyes sobrevinientes, la ponderación del contenido de las mismas deviene ineludible como herramienta hermenéutica.

Indistintamente del nutrido plexo surpalegal que se fue repasando en el curso de este trabajo en relación a los derechos a la autodeterminación, a la dignidad, a la vida, etcétera, podríase afirmar que, de no haber existido, merced a la irretroactividad, la ley 26.742, el cuadro normativo existente (así como la tendencia jurisprudencial hasta

³⁵ T. 404, XLII, in re “Torea Héctor s/ recurso de casación”, 11/12/2007, T.330, P.5158.

entonces acuñada desde diversas procedencias y latitudes judiciales; sobre el particular no debe omitirse apreciar la ratificación ideológica en este sentido de la Corte mencionada en el fallo F.A.L., de reciente aparición) al tiempo de resolverse la situación de M.A.D probablemente podría haberse arribado a la misma solución alcanzada por el TSJ.

En efecto, la construcción intelectual que decantó en el pronunciamiento afirmativo del TSJ se nutrió de la moldura que en respeto de las autonomía de la voluntad se forjó durante años en nuestro país.

Sin detrimento de ello, el TSJ se hizo eco de las disposiciones del art. 4º la ley N° 2.611 de la provincia de Neuquén³⁶, el que establece: “... A los efectos de la presente ley, se tendrán en cuenta los siguientes principios básicos: ...b) **Derecho a resguardar la dignidad de la persona sana o enferma.** El respeto a la **autonomía de su voluntad y a su intimidad** debe orientar toda la actividad dirigida a mantener y restablecer su salud, o bien, a hacer tolerable su dolor...j) Todos los pacientes tienen derecho a que, en la instrumentación de su asistencia, se respeten su **identidad cultural, sus creencias y costumbres**... k) Los pacientes tienen derecho a la **intimidad y confidencialidad de los datos**...l) Todos los pacientes tienen derecho a recibir y rechazar **asistencia religiosa, moral y espiritual**...n) En toda circunstancia, y más aún en la situación terminal, el paciente ha de recibir alivio a su sufrimiento dentro de las posibilidades de los actuales conocimientos médicos y una **atención humana, digna y solidaria** procurando en ésta el menor padecimiento posible”. El destacado me pertenece.

Se valoró asimismo, (considerando III del resolutorio) la cláusula normativa específica sobre la materia que en su redacción trajo la Ley de Ejercicio de la Medicina (17.132, del 24/01/1967) en el inciso 3º del artículo 19, el que impone la obligación de “**Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse ... En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz**”.

³⁶ La que a su vez se corresponde con lo normado por los artículos 22 y 23 de la Constitución de la Provincia de Neuquén.

En suma, las conclusiones de este acápite podrían condensarse en dos aspectos: 1) en cuanto a la retroactividad de la ley 26.742, tal aspecto no ha sido debidamente tratado por el TSJ neuquino, en incongruencia con los agravios esbozados por el recurrente y 2) el acervo normativo preexistente a la mencionada ley y que no fue derogado, en concatenación con los criterios jurisprudenciales reseñados, habrían permitido acceder a la pretensión de las curadoras de M.A.D.

f. Conclusión.

Como epílogo voy a intentar ofrecer mi opinión sobre aquellos fenómenos intelectuales que, a mi parecer, definen la toma de decisiones judiciales en *un* sentido y no en otro diferente.

Podríase añadir que en el caso de sentencias donde resulta inevitable hacer **manifiestas, explícitas** ciertas elecciones sobre determinados valores en perjuicio de otros, casos donde rivalizan principios o derechos humanos elementales, la ideologización del resultado alcanza su paroxismo, hágaselo saber o no en forma expresa.

Me explico: a mi entender, si bien *toda* decisión judicial es de algún u otro modo, siempre, una decisión política, las convicciones que el juzgador porta en tanto persona se manifiestan de manera diversas. Esto es, se exteriorizan a través de decisiones mas o menos connotadas, mas o menos explícitas en términos ideológicos, **lo cual es solo una cuestión de grados y ya no de neutralidad, puesto que la carga ideológica, como mínimo, estará subyacente en las expresiones judiciales.**

Ingenuo sería pensar que las sentencias judiciales solo se conforman de asépticas disposiciones legales y de criterios jurisprudenciales estancos. *Podrá existir la imparcialidad, pero no existe la neutralidad.*

En varios pasajes de este trabajo afirmé que, en mi personal opinión, la solución acogida tanto por la Jueza de grado como por la Cámara de Apelaciones neuquina, **desde el punto de vista jurídico, era la correcta, a pesar que mi posición, desde la óptica axiológica, es la opuesta.**

Esto es: **considero sin un ápice de duda que la condición física de M.A.D. no se corresponde con el mas mínimo grado de dignidad humana.**

No es menester, para así pensar, que al paciente lo agreda una enfermedad terminal; es decir, no es condicionante que su vida peligre de manera inminente o cierta para que la vida de dicha persona carezca por completo de sentido. Existen circunstancias en las que, como el caso de M.A.D, la propia existencia significa la mas supina irracionalidad.

Releamos los dictámenes médicos pronunciados en el marco de la causa: ...*"el estado actual, sin cambios clínicos significativos desde su última valoración neurológica en el año 2006, es compatible con estado vegetativo, y que ello supone que **`no hay evidencia de conciencia de sí mismo o del medio que lo rodea; no hay movimientos intencionados, sugestivos de conducta aprendida, con algún propósito, reproducibles y/o sostenidos; no hay evidencia de capacidad de elaborar una comunicación, comprensión o expresión a través de lenguaje alguno y que no hay evidencia de actividad cognitiva residual`**"* (cfr. Informe del Dr. Víctor Sciuto de f. 418vta/419).

*"De la evaluación realizada se constata que presenta: persona en decúbito sin lesiones por el mismo (escaras), vigil, **sin respuesta al entorno, sin ninguna comunicación verbal al interrogatorio, alimentado por yeyunostomía por imposibilidad de deglutir, sin respuesta a órdenes verbales, con sonda vesical permanente y con pañales por incontinencia vesical y rectal, sin signos de descompensación cardíaca aguda, moderada secreción bronquial, normohidratado, ligeramente hipotrófico, espasticidad marcada en cuatro miembros, movimientos incoordinados en miembros superiores.**"* (Dr. Diego Zunino y Dra. Haydee Fariña, profesionales del Cuerpo Médico Forense, fs. 564/590).

M.A.D. ha perdido los mas elementales atributos de la personalidad humana. No posee contacto con ser alguno, y su emotividad es indemostrable.

Estas aseveraciones no descansan sobre impresiones personales o suposiciones místicas, sino que provienen de

pronunciamentos científicos y de datos que la propia percepción nos provee.

W. Reich (Encyclopedia of Bioethics. Vol 1, p XIX, 1978), enseñó que la bioética “es aquella parte de la *Ética o filosofía moral que estudia la licitud de las intervenciones sobre la vida del hombre y de su entorno, especialmente, pero no sólo, en el campo de la Medicina y de las ciencias biológicas.. el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, **examinada a la luz de los valores y de los principios.**”*

De esto se extrae que las consideraciones filosóficas y éticas deben guiar nuestro obrar, y es en tales coordenadas donde resulta abyecto mantener biológicamente viva a una persona en las condiciones de M.A.D. ¿Cuál es mediante esa obstinación, en realidad, el interés que se tutela? El incapaz no está expresando voluntad alguna. La familia, los operadores judiciales, los medios de comunicación, la sociedad, es quien dispone caprichosamente de M.A.D.

V. R. Potter, en los años setenta, ya alertaba sobre el atentado que el vertiginoso desarrollo tecnológico provocaría sobre los valores de la sociedad. Sostener una vida a ultranza, aún en detrimento –y a costa- de la humanidad de la persona.

La irrupción de la religión, comúnmente perturbadora de la razón, favorece actos de crueldad *moral* (no necesariamente física, pues no se puede establecer que M.A.D sufra dolencias tangibles).

Nos decían los jueces: “*si los mismos derechos son sagrados e inamovibles, por fuerza ha de pensarse que el ser humano, el hombre a quien pretenden resguardar, habrá también de serlo, tendrá un carácter sagrado, una excelsa dignidad al igual que su propia vida que es el derecho primordial y el presupuesto de todos los otros derechos.*”

La ficción que elaboramos a partir de la ignorancia de quizás la mayoría de los fenómenos que percibimos, nos impulsa a desbordar las fronteras del debate y nos coloca en un terreno que, bien visto, no es sino hipotético, conjetural.

Compartí mas arriba, al menos parcialmente, la posición jurídica que el Dr. Cancela defendió.

Sin embargo, pienso que confundiríamos el rumbo de avalar estos dichos del Defensor ante el TSJ a través de su comentarios en medios periodísticos: *“La gente que lo cuida y visita –a M.A.D.- asegura que tiene actos de respuesta, como por ejemplo si le gusta la música o no, que reconoce algunas voces del lugar donde se encuentra y que de alguna manera eso no son reflejos, sino respuestas”...* Agregó que Diez tiene *“una conciencia mínima, hay algunos actos que entiende y los exterioriza”*.

Pero aún bajo el prisma religioso, todavía encolumnados bajo la doctrina de Juan Pablo II (citada por los jueces y expuesta mas arriba), se yergue la contradicción insalvable de manipular, al amparo de la palabra divina, la vida de alguien que ninguna injerencia demostrable tomó sobre la suerte de su existencia.

Creo que la expresión de un órgano judicial (o de un juez), se integra por una decisión resultante, una síntesis, que en su gestación y evolución atraviesa fuertes disputas ideológicas internas y donde se confrontan un universo heterogéneo de ideas y posturas teóricas y a la vez sentimientos y valores personales.

Este complejo proceso da lugar a la “sana crítica” y a la aparente paradoja y perplejidad a las que asistimos cuando detectamos que de un mismo principio o regla (derecho), se extraen ideas incompatibles en el seno de un mismo órgano jurisdiccional. Esta naturaleza dispar hace que deba garantizarse la independencia judicial.

Se agrega que la derrotabilidad de un principio, que es la expresión acabada de la búsqueda del balance y armonización entre los principios en pugna, no implica que el mismo pierda valor o vigencia, sino para el caso concreto, *“ya que nada impide que en otro caso, aunque parecido al precedente, él u otro juez “reabra”... el balance entre los principios y lo resuelva de manera distinta”*³⁷.

³⁷ Moreso, Juan José, citando palabras de Paolo Comanducci, en *“Guastini sobre la ponderación”*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho sdel Instituto Tecnológico Autónomo de México, pg. 231.

Guastini al respecto indica que *“el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los principios sobre el otro; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.”*³⁸

Ronald Dworkin explicó que esta situación no impide que el principio abandonado para el caso concreto siga perteneciendo coherentemente al sistema, como sucede con los derechos basales que se enfrentan en el caso de M.A.D.

Lo que se pretende, en definitiva, no es formular una excepción permanente del principio vencido, sino su preservación en *abstracto*.

Ello no empece a que el “umbral técnico” se presente insuficiente (si pretendemos calificar con honestidad los pronunciamientos judiciales) o, al menos aparentemente, nos encontramos con una pléyade de principios rectores del sistema que atravesados por la interpretación se flexibilizan (esto por el carácter dinámico del Derecho); pero esto a su vez ni ello no obsta a la validación del sistema en tanto éste “conviene” al conjunto social, a pesar de que, en definitiva, según la localización ideológica donde se encuentre el juez, la norma particular que de sus sentencias emanan³⁹ variará su contenido.

Explicó Raz⁴⁰ respecto de la comunidad que *“su derecho puede no conformar un cuerpo de principios y de doctrina judicial coherente, pero tiene sentido aceptarlo y considerarlo vinculante debido a los beneficios que representa el mantenimiento de tal autoridad, a pesar de todos sus defectos.”*

Y entonces, finalmente, el dilema retorna al punto de partida.

La dignidad humana, excelsa condición, patrimonio inviolable que a mi entender en este caso se materializaría interrumpido la

³⁸ Cita de Moreso, ob. cit., ídem.

³⁹ *“Tanto en la sentencia condenatoria, como en la absolutoria, la parte dispositiva de la sentencia **contiene una norma**, o bien una norma que obliga a hacer p, o bien una norma que permite no hacer p.”*, Eugenio Bulygin, *“Creación Judicial del Derecho”*.

⁴⁰ Citado por Juan pablo Alonso, *“Interpretación de las normas y derecho penal”*, ob. cit., pg. 162.

indecorosa existencia biológica de M.A.D. (presencia física que sólo satisface, en todo caso, planes de vida ajenos y no el de su dueño indelegable), se vuelve objeto de disposición.⁴¹

Nuestras limitaciones cognitivas, la tolerancia, respeto, constante aprendizaje y moderación que deben guiar nuestras acciones y estimular y perfeccionar nuestro raciocinio me indican que este trabajo solo es una propuesta para reflexionar sobre una problemática que no posee soluciones irrefutables.

A pesar de ello, nos es dado elaborar nuestra opinión y consolidar un juicio concreto sobre los dilemas que nos presenta el complejo proceso de vivir. Mi cavilación en este caso se inclina por suscribir la respuesta que impuso el TSJ neuquino, pero como se explicó a lo largo de este trabajo, motivado en razones diferentes.

Pedro Hernán Moyano

⁴¹ Afirmó la Dra. Patricia Cléici en su fallo de Cámara: "Los derechos que amparan la dignidad y la libertad se yerguen para prevalecer sobre los avances de ciertas formas de vida, impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico."