

El alcance del derecho a la autonomía personal en la etapa final de la vida: una reflexión acerca de la laguna abierta por el fallo “D., M. A.”¹ de la CSJN.

1.- Introducción.

El presente trabajo se propone pasar revista al fallo “D., M. A. s/ declaración de incapacidad” pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el objeto de desentrañar su significado y precisar sus verdaderos contornos. Dicha tarea se inspira fundamentalmente en dos motivos. El primero constituye una reacción aclaratoria frente a la profusa difusión que ha tenido en los medios de comunicación masiva, desde donde desafortunadamente, algunos lo han presentado en forma tergiversada, como una suerte de autorización judicial para el ejercicio de prácticas eutanásicas; lo que, como se verá más adelante, se encuentra expresamente prohibido por la Ley de “Derechos del Paciente en relación con los profesionales e instituciones de la salud”². Por el contrario, veremos que la CSJN ratificó dicha prohibición en el fallo comentado, limitándose a reconocer –siguiendo un criterio ortotanásico- el derecho de M.A.D., paciente que padecía desde hacía veinte años un estado de conciencia mínima irreversible a raíz de un accidente automovilístico, a rechazar procedimientos terapéuticos fútiles y desproporcionados. Ello, en el entendimiento de que se trataba de una decisión personalísima comprendida en la zona de reserva de la que goza todo ser humano, protegida tanto constitucional como convencionalmente por el derecho fundamental a la autonomía personal. El segundo motivo que me ha impulsado a escribir estas líneas se vincula con la necesidad de reflexionar acerca las consecuencias lógicas que se desprenden del desarrollo argumental esbozado por la Corte, más allá de la feliz solución adoptada para el caso concreto, en punto a la decisión de no extender la protección constitucional que brinda el derecho a la autodeterminación (art. 19 CN) a los supuestos en que los familiares del paciente que se encuentra en estado de inconsciencia (y que no dejó directivas anticipadas) ignoran la voluntad de éste en relación al retiro o la continuidad de las medidas de soporte vital administradas con el único efecto de prolongar la vida en forma artificial sin ninguna posibilidad de revertir el cuadro padecido. En estos casos, los parientes no podrían prestar testimonio juramentado de aquella voluntad (como sí lo hicieran las hermanas de M.A.D. en el caso analizado); obstáculo que les impediría satisfacer el estándar fijado por la CSJN. En efecto, el razonamiento seguido por los jueces desautoriza la posibilidad de que los familiares del paciente brinden el consentimiento informado para la abstención terapéutica cuando este último no la hubiere comunicado expresamente antes de perder la conciencia. Este temperamento no sólo conduce a negar el derecho a una muerte digna en estos

¹ Fallo pronunciado por la CSJN en los autos “D., M. A. s/ declaración de incapacidad” resuelto el 7 de julio de 2015.

² Ley nro. 26.529, sancionada el 21 de octubre de 2009, y modificada por la Ley nro. 26.742, con fecha 9 de mayo de 2012.

casos, sino que además, trae aparejada la persistencia, sin sentido alguno, de ese cuadro terminal, irreversible o incurable, caracterizado por una calidad de vida paupérrima con grave menoscabo de la dignidad humana. Frente a esta perspectiva, la propuesta consiste en explorar una interpretación alternativa del artículo 6 de la mentada ley³, que sea respetuosa tanto de su letra como de su espíritu, y que fundamentalmente tienda a evitar la formación de una laguna normativa que pudiera devenir en fuente de situaciones injustas y vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos.

2.- El análisis del fallo.

* *Los hechos:*

La plataforma fáctica que la CSJN tuvo por acreditada, y sobre la cual basó su fallo, parte del hecho acaecido el 23 de octubre de 1994, cuando “M.A.D. sufrió un accidente automovilístico que le ocasionó un traumatismo encéfalo craneano severo con pérdida del conocimiento, politraumatismos graves y epilepsia postraumática”⁴. Desde entonces, M.A.D. padeció un grave trastorno de conciencia como consecuencia del estado vegetativo permanente que le fuera diagnosticado, el cual persistió en forma ininterrumpida durante más de veinte años⁵.

El cuadro descrito se completaba con “*varias dolencias como epilepsia postraumática, esofagitis por reflujo y hemorragia digestiva alta, neumonitis química broncoaspirativa, neumonía intrahospitalaria tardía e infección del tracto urinario por pseudonoma multiresistente*”⁶. La atención de estas afecciones hacía menester el suministro diario de “*medicación anticonvulsionante, antieméticos, antireflujos y gastro protector*”⁷. La condición de M.A.D. requería, incluso, atención permanente “*para satisfacer sus necesidades básicas. Por ello, ante la imposibilidad de deglutir, M.A.D. [era] alimentado por yeyunostomía, procedimiento por el cual se realiza una apertura permanente en el intestino delgado para administrar nutrientes a través de una sonda*”⁸. Además, se le colocaba “*una sonda vesical permanente y pañales, por incontinencia vesical y rectal*”⁹.

Por último, en cuanto al pronóstico del paciente, tras estudiar los sucesivos estudios médicos ordenados en las diversas instancias judiciales, el máximo tribunal observó que “*el cuadro clínico de M.A.D. no ha sufrido cambios y los profesionales que se han pronunciado (...) coinciden en que no tiene posibilidad alguna de recuperación neurológica o de revertir su actual*

³ El citado artículo establece que “...[e]n 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”.-

⁴ Cfr. considerando 6°.

⁵ Ver considerando 10°.-

⁶ Cfr. considerando 9°.-

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

estado”¹⁰. Así se tuvo en cuenta que, no obstante el estado mínimo de conciencia que se le había diagnosticado al paciente, las chances de recuperación eran “*casi nulas*”¹¹, por cuanto se hallaba en la situación descripta desde hacía más de veinte años “*sin evidencia de mejoría en todo este tiempo*”¹², a pesar de la aplicación de todos los recursos terapéuticos disponibles.

*** *La cuestión a decidir:***

Las actuaciones llegaron a consideración de la CSJN con motivo de los recursos extraordinarios interpuestos por el curador *ad litem* y el representante del Ministerio Público de Incapaces contra el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, que había hecho lugar a la pretensión de las curadoras definitivas y hermanas de M.A.D. consistente en que se ordenara la supresión de su hidratación y alimentación enteral, así como de todas las medidas terapéuticas que lo mantenían con vida en forma artificial¹³.

La cuestión a decidir podía desdoblarse, entonces, en dos aspectos distintos aunque conectados entre sí. El primero consistía en determinar si la solicitud de las hermanas de M.A.D. se encontraba comprendida en la “Ley de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” (ley 26.529, modificada por la ley 26.742) en tanto ejercicio lícito del derecho a la autonomía personal en la etapa final de la vida, o si, por el contrario, constituía una práctica eutanásica violatoria del derecho a la vida y prohibida por la ley (en su art. 11) y que, por ende, debía ser rechazada por el órgano jurisdiccional. En caso de pronunciarse a favor del amparo legal de la abstención terapéutica en cuestión (cuya consecuencia inexorable sería la muerte del paciente), el tribunal aun debía establecer si, en este caso en particular, las solicitantes -en tanto hermanas y representantes legales de M.A.D.- se encontraban habilitadas para prestar el consentimiento informado, ante la imposibilidad de aquél para expresarse, con miras a que cesaran los procedimientos de hidratación y alimentación artificial que su hermano venía recibiendo hasta entonces.

*** *Los agravios:***

Los motivos de agravio que la CSJN tuvo como válidos e idóneos para habilitar el tratamiento de los recursos extraordinarios deducidos son¹⁴:

1) Que toda vez que “*la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, es inaplicable al caso, en tanto exige que el paciente se encuentre en estado*

¹⁰ Ver considerando 10°.

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

¹³ Cfr. considerando 1°.

¹⁴ Los Ministros de la Corte consideraron que los agravios vinculados a una supuesta constitución irregular del Tribunal Superior de Neuquén, y a la pretendida violación de la garantía de la doble instancia (se alegó que lo decidido por dicho tribunal no podría ser revisado en forma amplia); no resultaban aptos para ser tratados en la instancia prevista por el art. 14 de la ley n° 48.

terminal para autorizar el retiro de la hidratación y la alimentación”, siendo dicha situación ajena a la condición de M.A.D., quien “tiene un estado de salud estable” y “no enfrenta una situación de muerte inminente”; mal podría autorizarse la solicitud efectuada por las representantes legales de M.A.D., lo que supondría una aplicación errónea del derecho vigente, apartada “de las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales que consagran el derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral”¹⁵.

2) El curador *ad litem* también se agravió de que, según su entendimiento del marco legal aplicable, la autorización para el retiro de la hidratación y alimentación artificiales sólo puede tener lugar cuando *“ellas no satisfagan su finalidad específica, esto es, hidratar y alimentar al paciente”*; alegando que *“una interpretación diversa autorizaría prácticas eutanasicas, que se encuentran prohibidas...”*¹⁶.

3) Por su parte, el representante del Ministerio Público de Incapaces argumentó que, para vivir, M.A.D. sólo necesitaba hidratación y alimentación, *“sin requerir algún mecanismo artificial respiratorio o de otra índole”*. En esa línea, sostuvo que *“la hidratación y la alimentación no configuran en este caso procedimientos extraordinarios o desproporcionados, sino necesidades básicas de todo ser viviente”*¹⁷.

4) A su vez, se agravió de que el paciente *“no expresó su voluntad respecto al retiro del soporte vital”*, siendo que *“morir con dignidad es un derecho inherente a la persona y que, como tal, sólo puede ser ejercido por su titular”*¹⁸.

5) Por último, cuestionó la aplicación retroactiva de la ley 26.529 (modificada por la ley 26.742), *“por lo que los jueces han incurrido en un exceso de jurisdicción ignorando el valladar impuesto por el artículo 3° del Código Civil”*¹⁹.

*** Los fundamentos de la decisión:**

I.- En primer lugar, antes de analizar el fondo de la cuestión, cabe mencionar que los Magistrados rechazaron de plano el agravio relativo a la aplicación retroactiva de la ley 26.529 (modificada por la ley 26.742) – **agravio 5°**-, por cuanto no tuvieron por demostrada *“la arbitrariedad de la decisión del a quo de aplicar en forma inmediata la referida normativa a la situación del paciente”*²⁰. En este sentido, se remitieron al dictamen de la Procuradora General de la Nación, quien reafirmó la pertinencia del criterio adoptado por el tribunal superior de la causa al basar su decisión en el derecho

¹⁵ Cfr. el agravio introducido por el curador *ad litem* reseñado en el considerando 2° del fallo.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Cfr. el agravio deducido por el Ministerio Público de Incapaces que se reseña en el considerando 2° del fallo.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Cfr. considerando 11° del fallo.

vigente al momento de dictar el fallo, lo que no podía considerarse arbitrario toda vez que no se había probado *“la existencia de derechos definitivamente consolidados que fueran vulnerados por esa aplicación en violación del artículo 3 del Código Civil”*²¹.

II.- Ahora bien, el razonamiento seguido por los Magistrados para desvirtuar *los agravios 1º, 2º y 3º*, se estructura a partir de las siguientes premisas.

La primera consiste en afirmar que la reforma introducida a la “Ley de Derechos del Paciente” por la ley 26.742 apuntó principalmente a establecer la preeminencia de la autonomía de la voluntad²² y el carácter indispensable del consentimiento informado²³ en *“los casos de los pacientes aquejados por enfermedades irreversibles, incurables o que se encuentren en estado terminal o que hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación”* (como en la que se encontraba M.A.D., cuyo cuadro resultaba irreversible e incurable); reconociéndoseles, como manifestación del derecho constitucional a la autodeterminación (art. C.N.), *“la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos”*²⁴.

En la segunda premisa de su razonamiento, la Corte asevera, basándose en el consenso de la ciencia médica, que los procedimientos de hidratación y

²¹ Ver pág. 15 del dictamen de la PGN, donde la doctrina de la CSJN, según la cual *“las decisiones judiciales deben atender a la situación existente al momento de decidir, aun cuando éstas sean sobrevinientes a la interposición del recurso (Fallos: 311:870; 329:5913), y al marco normativo vigente en ese entonces”*.

²² Art. 2º, inc. e), de la Ley 26.529 reformada: *“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 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”*.

²³ El art. 5º, inc. g), de la Ley n° 26.529 reformada, define el “consentimiento informado” como 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. Al mismo tiempo, fija como comprendido dentro de su alcance, el derecho que le asiste al paciente 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.

²⁴ Cfr. considerando 13º, en el que la CSJN ilustra el espíritu de la reforma, al citar un fragmento del debate parlamentario llevado a cabo en ambas Cámaras.

alimentación (como los que recibía M.A.D.), “*en tanto brindan al paciente soporte vital, constituyen en sí mismos una forma de tratamiento médico*”²⁵ de baja complejidad. Así, entiende que, respecto de la hidratación y la alimentación, es dable sostener el estatus de tratamiento médico cuando son administrados con el objeto de mantener con vida a pacientes críticos que, al carecer de conciencia, no pueden cumplir dichas funciones de manera autónoma y sin el auxilio de medidas de soporte artificial.

Frente a este panorama argumentativo, el máximo tribunal llega a la conclusión de que “*la solicitud incoada para que cesen los procedimientos de hidratación y alimentación artificial que recibe M.A.D. puede ser encuadrada en los distintos supuestos previstos en forma alternativa por los artículos 2º, inciso e, y 5º, inciso g.*”; por lo que lejos de constituir una solución eutanásica como se alegara, se trata de evitar el encarnizamiento médico y que la muerte se produzca naturalmente, esto es, a su debido tiempo, ni antes ni después.

III.- Veamos, por último, cómo el órgano jurisdiccional construyó la respuesta mediante la cual se rechazó **el agravio 4º**.

La Corte advierte que la ley 26.529 prevé la situación de los pacientes “*que, como en el caso de M.A.D., se encuentran incapacitados o imposibilitados de expresar su consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico*”²⁶, para lo cual trae regulada en su artículo 6º, la posibilidad de que en estos supuestos el consentimiento pueda ser brindado válidamente por las personas mencionadas en el art. 21 de la “ley de trasplantes de órganos” (nro. 24.193), entre las que se encuentran quienes, como las solicitantes, detentan el vínculo de hermanas con respecto al paciente impedido.

Sin embargo, toda vez que “*la decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional*”²⁷, la Corte interpreta que la legitimación que el legislador les confirió a aquellas personas se limita “*a dar testimonio de la voluntad del paciente*”²⁸, actuando como interlocutores ante los médicos para que, de esa manera, aquélla resulte operativa y se respete su derecho a la autonomía personal. Es por este motivo, que el tribunal se encargó de aclarar que, tratándose la vida y la salud de derechos personalísimos, “*de ningún modo puede considerarse que el legislador haya transferido a las personas indicadas un poder incondicionado para disponer la suerte del paciente mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia*”²⁹.

El tribunal se ocupó de disipar cualquier duda que pudiera generarse en torno al alcance otorgado al art. 21 de la ley 24.193 al que remite el art. 6 de la

²⁵ Ver considerando 16º.

²⁶ Ver Considerando 21º.

²⁷ Cfr. Considerando 19º.

²⁸ Ver Considerando 21º.

²⁹ Cfr. Considerando 22º.

ley 26.529, en tanto sostuvo que *“las personas autorizadas por la ley no deciden ni “en el lugar” del paciente ni “por” el paciente sino comunicando su voluntad”*³⁰ a través de una declaración jurada. En síntesis, la Corte estableció que las valoraciones subjetivas de las personas designadas por la ley no tienen cabida alguna en punto a la decisión de continuar o interrumpir el tratamiento médico suministrado; puesto que su participación se limita a *“reflejar (...) la voluntad de quien se encuentra privado de consciencia y su modo personal de concebir para sí, antes de caer en este estado de inconsciencia permanente e irreversible, su personal e intransferible idea de dignidad humana”*³¹.

Como consecuencia de la inteligencia asignada por la CSJN a los preceptos legales aplicables al caso, se imponía la necesidad de determinar, pese a que M.A.D. no había dejado ninguna directiva anticipada formalizada por escrito y a que ya no era posible -ni lo sería en el futuro- que aquél declarase por sí mismo, si aun así existía la posibilidad de conocer cuál era su voluntad respecto de la continuidad del soporte vital.

Frente a esta perspectiva, se concluyó que no existían motivos para cuestionar, ni elementos de prueba para poner en duda, la veracidad de las manifestaciones formuladas bajo juramento por las hermanas de M.A.D., en cuanto a que la solicitud efectuada respondía a la voluntad de su hermano, quien la había hecho explícita al expresársela *“(...) en vida a una de sus hermanas”*³².

Así las cosas, se tuvieron por cumplidos todos los requisitos legales exigidos, y se resolvió *“admitir la pretensión deducida a fin de garantizar la vigencia efectiva de los derechos del paciente en las condiciones establecidas por la ley 26.529”*³³.

*** El balance de la doctrina sentada:**

Celebro el temperamento adoptado por la Corte para la solución del caso concreto. En efecto, celebro, en primer lugar, la decisión de declarar admisibles los recursos interpuestos y abrir la instancia extraordinaria para, de esta manera, hacer conocer a las partes y a toda la sociedad la posición de la máxima autoridad judicial de la República respecto de una cuestión de tanta trascendencia como la debatida. Asimismo, celebro la decisión sobre el asunto de fondo, a través de la que se ha reivindicado, sin duda, la vigencia del derecho constitucional a la autodeterminación del ser humano y su alcance concreto en materia de aceptación o rechazo de tratamientos médicos en la etapa final de la vida, lo que permitió evitar el ensañamiento terapéutico y que la muerte de produjera a su debido tiempo y sin sufrimiento; destacándose el contrapunto con la eutanasia, proscripta en nuestro régimen legal. Celebro también que lo haya logrado mediante una responsable ponderación de

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² Ver considerando 27°.-

³³ Cfr. Considerando 29°.

principios, resguardando así el delicado equilibrio que existe entre los derechos constitucionales en juego: el derecho a la vida, a la autonomía personal, a la dignidad humana y a la intimidad. Y, sobre todo, que no haya cedido ante una defensa autista y dogmática del derecho a la vida (plasmada en los recursos interpuestos), que prescindió totalmente de la consideración de estándares legítimos de calidad de vida y dignidad humana, pero que, fundamentalmente, prescindió de la letra de la ley y de la voluntad del legislador, recurriendo para ello a una exégesis irracional que no resistía el menor análisis (pues, se desvirtuaba con la sola lectura de la normativa aplicable). Celebro, por último, que se haya alcanzado la unanimidad del tribunal, con todo lo que ello significa, para la toma de la decisión comentada.

Sin embargo, y aquí es donde me permitiré abrir el paraguas, debo reconocer que albergo alguna inquietud en punto a la desembocadura lógica del desarrollo argumental delineado por la Corte para alcanzar el tan aplaudido fallo. Veamos. En su afán de protección del derecho a la autodeterminación, y la facultad exclusiva y excluyente de su titular para tomar decisiones de carácter personalísimo relativas a la elección de su plan de vida y al modo de llevarlo a cabo sin injerencias arbitrarias del Estado ni de terceros (todo lo cual comparto, como expresé más arriba); la Corte procuró evitar cualquier posibilidad de que la voluntad del paciente (inconsciente, que adolece de una enfermedad terminal, irreversible o incurable) resultare subrogada por el deseo o las intenciones de las personas autorizadas por la ley a prestar el consentimiento informado en caso de imposibilidad física o psíquica de aquél (lo que también suscribo). Porque ello, advierte el tribunal, significaría ni más ni menos que desvirtuar el derecho a la autodeterminación, pues una decisión tan trascendental como el retiro de todas las medidas de soporte vital quedaría entonces en manos de terceros, que en lugar de guiarse por la voluntad del afectado, tomarían la decisión en base a sus propios valores y convicciones. Es por este motivo que, en la inteligencia de la Corte, la facultad de las personas designadas por la ley a prestar subsidiariamente el consentimiento informado, debe circunscribirse a comunicarle al médico tratante la voluntad del paciente al respecto; quien de alguna manera (explícita, pero sin necesidad de ninguna formalidad en particular) debió habérselas transmitido antes –lógicamente- de caer en estado de inconsciencia. Pero entonces... ¿qué ocurre cuando el paciente no ha transmitido expresamente su voluntad –con relación a la continuidad o abstención terapéutica- a ninguna de las personas autorizadas por la ley a brindar el consentimiento informado? Desde luego, el hecho de que dicha voluntad no hubiera alcanzado a ser transmitida por la razón que fuere no significa que el paciente –ahora imposibilitado de hacerlo- no tenga una voluntad formada al respecto que deba ser reconocida y protegida por el órgano jurisdiccional. Sin embargo, se observa que, para este tipo de casos, la adopción inflexible del criterio postulado por la CSJN llevaría a condenar al paciente a ser objeto del encarnizamiento médico, esto es, a continuar recibiendo tratamientos sin ninguna perspectiva de mejoría del cuadro padecido por el lapso de tiempo que le quede de vida, el que podría extenderse en forma indeterminada, ya que

el único efecto que persiguen aquéllos, es precisamente prolongar el estado en que se encuentra la persona. Imaginemos en el caso de M.A.D., qué hubiera ocurrido si sus hermanas no hubiesen declarado bajo juramento que aquél les había transmitido su voluntad de que fueran retiradas todas las medidas de soporte vital. Si su estado, caracterizado por una paupérrima calidad de vida, se extendió -sin verificarse mejora alguna- durante veinte años gracias a la administración ininterrumpida de aquéllas, ¿acaso sería irrazonable suponer que se hubiera extendido por otros tantos años? Son estos casos de riesgo, probables fuentes de injusticias y de desprotección de sujetos sumamente vulnerables, los que me llevan a pensar que sería prudente arbitrar soluciones específicas que atiendan a sus particulares circunstancias sobre la base de la saludable doctrina sentada por la CSJN en el fallo analizado. A continuación, me propongo abonar una interpretación compatible con el marco legal vigente, que a su vez refrenda los principios de aquella doctrina, y que tiene arraigo en el derecho comparado tal como lo ha reconocido nuestro máximo tribunal.

3.- Una posible solución para estos casos “de riesgo”.

El segundo párrafo del artículo 6° de la ley 26.529 establece que *“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”*. Este último dispone, en su parte pertinente, que *“en caso de muerte natural, y no existiendo manifestación expresa del difunto, deberá requerirse de las siguientes personas, (...) testimonio sobre la última voluntad del causante, respecto a la ablación de sus órganos y/o a la finalidad de la misma...”*.

Como es sabido, la primera fuente de interpretación de la norma proviene de su letra³⁴, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos³⁵, procurándose que la inteligencia asignada no derive en la pérdida de un derecho³⁶. A su vez, más allá de la observancia de estas reglas generales, debe tenerse en cuenta el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal³⁷.

En este sentido, no observo reparos de naturaleza hermenéutica para sostener que el marco normativo reseñado admite la posibilidad de que, en caso de no haber mediado la declaración expresa de voluntad por parte del paciente en relación a la continuidad o abstención terapéutica, se habilite la apertura de un proceso judicial orientado a la reconstrucción de aquélla sobre la base de las declaraciones testimoniales de sus familiares, quienes –de acuerdo con el legislador- *“están en mejor posición para saber cuál sería la voluntad del paciente. En efecto, ellos son quienes conocen sus preferencias y*

³⁴ Fallos: 304:1820; 314:1849.

³⁵ Fallos: 313:1149; 327:769.

³⁶ Fallos: 310:937; 312:1484.

³⁷ Fallo “Acosta, Alejandro Esteban” de la CSJN, resuelto el 23 de abril de 2008.

creencias, y con quienes es probable que él haya discutido acerca de estos temas y expresado sus opiniones al respecto”³⁸.

Esta solución también es recogida y practicada en el ámbito del derecho comparado, más precisamente en Italia y Alemania tal como lo pone de manifiesto la propia Corte, donde se permite *“reconstruir la presunta voluntad del paciente teniendo en cuenta para ello tanto los deseos expresados antes de caer en estado de inconsciencia como su personalidad, su estilo de vida, sus valores y sus convicciones éticas, religiosas filosóficas o culturales”*³⁹.

En efecto, dicha exégesis brinda la oportunidad de acceder a la voluntad velada del paciente —a través de las personas designadas por la ley, quienes en principio son las más idóneas para alumbrar su historia de vida e inclinaciones personales- y así garantizar la satisfacción de su derecho a la autonomía personal. Se trata de una aplicación racional de la ley vigente, que recoge el espíritu de la reforma introducida por la ley 26.742, y que procura evitar la vulneración del derecho constitucional a la autodeterminación en la etapa final de la vida en materia de aceptación o retiro de tratamientos médicos desproporcionados o fútiles; derecho, cuyo último garante, debe ser precisamente el órgano jurisdiccional.

³⁸ Dictamen de la Procuración General de la Nación emitido en el fallo estudiado, pág. 21.

³⁹ Cfr. Considerando 22° del fallo, en el que se cita “Corte Suprema de Casación de Italia, sección primera civil, sentencia n° 21748/07 del 16 de octubre de 2007, (caso “Englaro”); Código Civil alemán (BGB) parágrafo 1901a).