

## ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a                      de febrero de dos mil cinco, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Hitters, Roncoroni, Negri, Kogan, Genoud, Soria, Pettigiani**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Ac. 85.627, "S. , M. d. C. . Insania".

## ANTECEDENTES

El Tribunal de Familia N° 2 del Departamento Judicial de San Isidro rechazó la demanda del curador que solicitó autorización para interrumpir la alimentación e hidratación artificiales de M. d. C. S. .

Se interpusieron, por el peticionante, recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley.

Oído el señor Procurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

## CUESTIONES

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de nulidad?

Caso negativo:

2ª) ¿Lo es el de inaplicabilidad de ley?

## VOTACION

**A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:**

El recurrente aduce la nulidad sosteniendo que en el fallo se aplicaron erróneamente las leyes que defienden la vida humana, omitiendo toda referencia a la argumentación desarrollada en la demanda, avalada por pruebas documentales provenientes de autoridades religiosas, éticas y científicas, lo que implica vulneración del derecho de defensa en juicio.

Sostiene asimismo que el tribunal resolvió sin ordenar la producción de la prueba testimonial, la que resultaba relevante para el proceso, toda vez que el hecho de que no existiera audiencia preliminar ni de vista de causa no obstaculizaba que se celebrara una para recibir la misma, por lo que la denegatoria resulta arbitraria e inconstitucional.

Entiendo que no le asiste razón al recurrente, toda vez que la preterición denunciada no es tal.

En efecto, la conclusión a la que arriba el fallo desplazó las argumentaciones del recurrente, por lo que no se configura el motivo que habilita la vía extraordinaria intentada.

El vicio que por el recurso extraordinario de nulidad se corrige en orden a lo

dispuesto por el art. 168 de la Constitución de la Provincia, es la omisión de tratamiento de una cuestión esencial en que incurriera el tribunal sentenciante por descuido o inadvertencia y no cuando la cuestión que se denuncia como preterida ha sido resuelta en el fallo de modo implícito y negativo para la parte, cualquiera sea el grado de acierto que pueda adjudicársele a la decisión ya que el análisis de un eventual error **in iudicando** es ajeno a este medio de impugnación (conf. causa L. 36.602, sent. del 17-III-1987).

En cuanto al restante planteo cabe señalarle al recurrente que resultan ajenos al recurso extraordinario de nulidad los agravios vinculados a la prueba o a presuntos vicios de procedimiento (conf. Ac. 35.498, sent. del 30-IX-1986).

Por ello, doy mi voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Roncoroni, Negri, Kogan y Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votaron la primera cuestión también por la **negativa**.

**A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:**

1. Adhiero a los votos que me preceden, principalmente, en lo tocante al primero de los agravios esgrimidos por el recurrente (fs. 488 vta./489).

2. El segundo motivo que dio fundamento al planteo nulificante por vía del remedio extraordinario, tampoco puede prosperar.

El señor M. G. criticó que el tribunal **a quo** desestimara la autorización para interrumpir la alimentación e hidratación artificiales que sostienen con vida a su cónyuge "sin ordenar la producción de la prueba testimonial, sobre la que insistió sin éxito varias veces durante el proceso", pese al rasgo relevante atribuido a ese extremo probatorio en la solución del asunto bajo estudio (fs. 489).

Algunos testigos, indicó, informarían el caso desde el aspecto ético-moral, otros estrictamente desde el médico, otros desde un enfoque jurídico y, finalmente, también atestiguarían quienes podrían revelar los deseos presuntos de la causante atendiendo a su proyecto personal de vida.

Denunciando afectación del derecho a la jurisdicción, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, estimó, además, que la denegatoria de la prueba indicada "es arbitraria e inconstitucional, porque todo proceso más allá del marco de encuadre, debe buscar la verdad objetiva y valerse de cuantos medios disponibles haya para alcanzar[la]". La arbitrariedad de la sentencia cuestionada devendría dada por haber incurrido en «exceso ritual manifiesto», al omitir la producción de prueba razonablemente propuesta, con invocación de los arts. 8.1 y 25.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica y 75 inc. 22º de la Constitución nacional. Hizo expresa reserva del caso federal.

Los planteos reseñados resultan ajenos al recurso extraordinario de nulidad interpuesto (cfr. doctr. causas Ac. 79.592, sent. de 24-IX-2003; Ac. 85.556, sent. de 3-XII-2003; P. 74.801, sent. de 9-XII-2003, entre muchas). Ninguno de ellos se vincula estrictamente con el cumplimiento de las formas que prescriben los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial para las sentencias definitivas.

De todos modos, no se advierte que el defecto alegado -atendiendo al trámite especial en que se enmarcaron las actuaciones (fs. 356)- haya revestido entidad suficiente como para configurar un supuesto excepcionalísimo de incompatibilidad con el debido proceso u ocasionado una merma relevante de las posibilidades de tutela judicial efectiva, capaz eventualmente de habilitar la anulación oficiosa del pronunciamiento en crisis.

Más allá del tratamiento que merecerá, al decidir la segunda cuestión, la denuncia relativa a los diversos avatares procesales que gobernaron el curso de la pretensión, no puedo sino concluir que la decisión de instruir la causa por vía de un trámite especialmente abreviado -por cierto, no cuestionado oportunamente por el recurrente-, no parece haber sido fruto de una elección arbitraria, irrazonable o incurso en error grosero y patente, que justifique la solución nulificante intentada.

En consecuencia, doy mi voto por la **negativa**.

**A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:**

Adhiero al voto del doctor Hitters.

En efecto, en el fallo puesto en crisis por el impugnante se ha resuelto la cuestión esencial que le fue oportunamente sometida a juzgamiento al **a quo**.

Ello es así en tanto, ha sido plenamente considerada la cuestión sobre la que versó la acción deducida (conf. L. 33.361, sent. del 30-X-1984), cualquiera que fuere el acierto de la decisión adoptada (conf. L. 32.691, sent. del 7-VIII-1984).

Cabe recordar que cuestión esencial en los términos del art. 168 -anterior 156- de la Constitución de la Provincia es aquella que conforma la estructura de la traba de la litis y el esquema jurídico que la sentencia debe atender para la correcta solución del litigio (conf. L. 34.376, sent. del 22-X-1985).

En ese orden, esta Corte tiene dicho que la deficiente consideración de la prueba o la eventual ausencia de tratamiento de la misma, no conforma ningún supuesto de omisión de cuestión esencial en los términos del art. 156 -actual 168- de la Constitución de la Provincia (L. 32.808, sent. del 29-V-1984; L. 51.821, sent. del 11-X-1995; L. 59.359, sent. del 19-V-1998 y L. 73.223, sent. del 18-VI-2003).

Por otra parte, la sentencia no se halla huérfana de fundamentación legal por lo que no se encuentra transgredido el art. 171 de la Carta Magna local. Lo que dicho dispositivo

constitucional sanciona no es la correcta o incorrecta fundamentación de la decisión sino la ausencia de base legal (Ac. 33.695, sent. del 5-III-1985; Ac. 48.476, sent. del 16-VI-1992; Ac. 74.729, sent. del 21-XI-2001; Ac. 79.998, sent. del 24-III-2004); presupuesto este que -como ha quedado expresado- no se observa verificado en la especie.

Finalmente, es dable señalar que el recurso extraordinario de nulidad ha sido instituido para subsanar vicios formales del fallo y no para corregir presuntas falencias o errores procesales anteriores al mismo (Ac. 49.612, sent. del 17-VIII-1993).

Por todo ello, doy mi voto por la **negativa**.

**A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:**

I. El Tribunal de Familia denegó la petición formulada por el curador de suspender la hidratación y nutrición artificiales proporcionadas a la señora M. d. C. S. .

Basó su decisión en lo que hace al recurso, y en lo sustancial, en que debía salvaguardarse el derecho a la vida por resultar un valor superior y de rango constitucional (conf. fs. 469).

II. Contra esta decisión se alza el esposo, denunciando la vulneración de los arts. 19, 33, 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 10, 12, 25 y 57 de la Constitución provincial; 11.1, 4.1, 5.1 del Pacto de San José de Costa Rica; 11.1 y 12.1 del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; 3.1, 19.1, 24.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Hace reserva del caso federal.

Sostiene que han sido erróneamente interpretadas y aplicadas las normas en el fallo, toda vez que consideran que defender la vida implica siempre intervenir para prolongarla aún con medios desproporcionados en pacientes que se hallan en estado vegetativo permanente como en el caso (v. fs. 486 vta./487).

Expresa que cuando el enfermo por su inmadurez o inconsciencia no está apto para dar su consentimiento para el retiro de asistencia desproporcionada, ni ha dejado instrucciones al respecto, toman la decisión los parientes más cercanos y los médicos tratantes y en caso de disenso, la justicia, lo que no excluye -añade- la posibilidad de que no se acuerden tratamientos desmedidos (v. fs. 487 vta./488).

Agrega que la alimentación e hidratación por sonda son consideradas hoy en día un tratamiento médico, equiparable a los otros medios artificiales de sostén, de modo que retirarlas equivale moralmente a la suspensión de cualquier tratamiento medicinal, a pesar del alto valor simbólico que culturalmente tienen la provisión de alimentos y agua al paciente (fs. 487).

Sostiene que el doctor N. , especialista en bioética fue ofrecido como testigo, habiendo el mismo cambiado la opinión, eliminando ahora el distingo entre sustento artificial y

otros medios de intervención (v. fs. 488 vta.).

III. Entiendo, en igual sentido que lo dictaminado por el señor Procurador General, que el recurso no puede prosperar.

#### **I. CONSIDERACIONES PREVIAS.**

Me parece necesario realizar algunas consideraciones liminares sobre lo que constituirá la pilastra de mi decisión.

La solicitud de autos es incoada por A. H. M. G. **invocando un doble carácter: por derecho propio y como curador de su esposa** (v. fs. 295). Alega que lo hace en un 60% por su cónyuge, un 30% por sus hijos y sólo en un 10% por él (v. fs. 298 vta.).

Tal pretensión inicial -colocada en sus cabales- debe ser analizada como un requerimiento judicial tendiente a suspender un tratamiento médico (alimentación e hidratación enteral) que se viene aplicando, desde hace varios años, a una persona que se encuentra en estado vegetativo permanente.

En mi opinión es menester poner el objeto de debate en su quicio, pues sólo podrá arribarse a buen puerto en la medida que se formulen las preguntas acertadas sobre la cuestión de autos, aunque no desconozco que las respuestas no serán sencillas.

Por ello, intentaré evitar que la histórica discusión sobre la eutanasia concentre el foco de atención en forma exclusiva, pues tengo para mí que el requerimiento de marras no puede servir de soporte únicamente para reeditar en este ámbito una eterna disputa universal que atrajo por igual a grandes pensadores de la ciencia y de la religión en todas las épocas. Esta no es la oportunidad para ello ni los justiciables merecen esa sólo respuesta.

Lo que está en juego aquí -a mi criterio- son los límites de la autonomía del paciente para rechazar -o suspender- un tratamiento médico frente al deber de los galenos (impuesto desde su juramento Hipocrático) de prolongar su vida. Esta relación derecho-deber se proyecta al modo de las dos caras de Jano.

La función de la magistratura consiste entonces, en esta ocasión, en determinar si existe un punto razonable en el que esa contradicción inicial puede armonizarse. Y para cumplir acabadamente tal cometido quiero alejarme -reitero- de disputas ateneístas paralizantes que impidan dar una solución actualizada a la problemática planteada, en tiempos donde los avances científicos ponen al hombre ante la posibilidad empírica (lo que no necesariamente debe implicar convalidación ética o jurídica) de controlar problemas anteriores al nacimiento (v. gr. manipulación de embriones, clonación, etc.) y hasta en algunos casos elegir el momento exacto en que se producirá su muerte natural (v. C. , S. , "Curar o cuidar. Bioética en el confín de la vida humana", pág. 67, Ad Hoc, 1999).

Por otra parte, el dramatismo que la situación expuesta trasunta para el espíritu

humano se patentiza a través de las dilemáticas propuestas formuladas en la causa por el marido de la señora S. y parte de su familia directa. Mientras el cónyuge afirma que la mejor solución para ella consiste en suspender la alimentación e hidratación artificial, sus padres postulan que deben aplicarse hasta último momento aquellos medios que posibilitan el funcionamiento de sus órganos vitales.

No abrigo ninguna duda de que todos los protagonistas de este proceso -que según reconocen se encuentran formados bajo las mismas creencias religiosas- están inspirados en su obrar por un profundo amor hacia la persona valetudinaria, mas -repito- disienten sobre lo que resultaría mejor para ella.

Tal contradicción muestra claramente que la cuestión no puede -ni debe- ser resuelta desde esos valores (afectos, emociones, creencias religiosas, etc.), y que muy difícilmente las reflexiones que aquí se efectúen sean hábiles para trascender con igual validez a otros casos.

Sobre tales premisas entiendo que en el tránsito para arribar a una solución correcta en el **sub lite** no podrán soslayarse los siguientes interrogantes: 1) ¿cuáles son los límites del ejercicio del derecho del paciente a rechazar -o suspender- un tratamiento médico? 2) ¿se puede disponer ese rechazo por un sustituto en el subexamen?

Intentaré durante el desarrollo de este voto contestar esos puntos que vislumbro como cruciales.

## **II.a. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. LA FACULTAD DEL PACIENTE PARA RECHAZAR DETERMINADOS TRATAMIENTOS MEDICOS.**

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional ("Fallos", 302-1298, entre otros).

Los instrumentos internacionales que han sido incorporados -mediante la reforma del año 1994- por el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna reconocen expresamente ese derecho (v. arts. 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 6°-1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 4°-1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, donde se señala categóricamente que nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente y 6°-1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Destaca S. C. que la vida es un bien supremo, porque de él dependen todos los demás bienes ("Derechos personalísimos", pág. 232), afirmación que se condice con lo expuesto por el Codificador en la nota al art. 2312 de nuestro Código Civil.

Dejando en claro entonces la prioridad axiológica de nuestro ordenamiento jurí-

dico, cabe encuadrar al consentimiento informado como un desprendimiento del principio bioético de autonomía (respeto a la dignidad y a la autodeterminación de las personas, debiendo acatarse la decisión del paciente competente adecuadamente informado). Este consentimiento resulta exigible con anterioridad a la aplicación de cualquier terapia médica, y comprende dos exigencias básicas: **información y libre adhesión** (conf. Blanco, Luis G., "Trasplante de órganos entre cónyuges divorciados...", en "Cuadernos de Bioética", nº 0, págs. 175/6, Ad Hoc, 1996). En el art. 13 de la ley 24.193 (Trasplantes de Organos y Materiales Anatómicos) puede encontrarse una muestra de la regulación puntual de este instituto en nuestro país.

Dentro de la facultad de prestar un consentimiento informado se halla, consecuentemente, el derecho del paciente a rechazar -o suspender- **per se** determinados tratamientos, quedando ello subordinado a otras prerrogativas de carácter fundamental e inherentes a la persona, y cuya indisponibilidad viene normativamente establecida (conf. arts. 953, 1445 y conchs., Cód. Civil). Desde tal perspectiva, estamos ante una facultad que no es absoluta y debe ser dispuesta de conformidad con los límites y las pautas generales establecidas por nuestro régimen legal para el ejercicio de todos los derechos; esto es, que su uso debe ser regular en cada supuesto concreto (conf. arts. 18, 21, 1071, 2513 y conchs., Cód. civil).

En esta temática, considero que la **razonabilidad de la negativa** debe constituirse en el parámetro para establecer si el ejercicio del derecho es regular, pues si la decisión es razonable no se contraría el fin que se tuvo en miras por la ley al reconocer esa prerrogativa ni se exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (conf. art. 1071, Cód. Civ.).

Y si bien cuando abordé el tópico en un principio me vi tentado a afirmar que siempre se abusa del derecho a rechazar un tratamiento médico cuando de su no aplicación se deriva en forma inmediata y necesaria la muerte del paciente, un análisis más profundo de la cuestión me conduce a reconocer que toda persona debe contar al menos con la oportunidad -que no le puede ser denegada a priori- de demostrar judicialmente la razonabilidad de su opción cuando los facultativos que la atienden tengan una opinión contraria sobre el mismo punto (conf. arts. 18, Constitución nacional y 15, Constitución local).

## **II.b. LA DISTANASIA.**

La distanasia es la práctica médica que tiene por finalidad alejar la muerte -y alongar la vida- a través de medios ordinarios y extraordinarios. Existe una importante corriente que postula la necesidad, en determinadas circunstancias (v.gr. pacientes en estado vegetativo permanente o persistente), de suspender los tratamientos distanáxicos, cargados de irrazonabilidad y con alto costo de sufrimiento (v. Kraut, Alfredo J., "Los derechos de los pacientes", pág. 84, Abeledo Perrot, 1997; Taina de Braudi, Nelly A.-Llorens, Luis R., "Disposiciones y estipula-

ciones para la propia incapacidad", pág. 8, Astrea, 1996; en igual sentido, Hooft, Pedro F.-Manzini, Jorge L., "El caso C. ...", "El Derecho", 149-947).

Advierte D. B. , **con quien coincido en este punto sin perjuicio de que me apartaré de sus recomendaciones en la solución final que daré al asunto**, que la cuestión no es tan clara cuando el acto médico podría condenar al paciente a una vida "penosamente precaria" ("Nacer y morir con dignidad. Bioética", pág. 442, Depalma, 3ª ed., 1993).

Se ha postulado que corresponde al enfermo -y sus familiares- juzgar si el empleo de instrumento y personal es desproporcionado a los resultados previsibles, y si las técnicas usadas imponen al paciente mayores sufrimientos y molestias que los beneficios que se puedan obtener de los mismos. Se dice entonces que ante la inminencia de la muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, es lícita en conciencia la decisión de renunciar a tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia (B. , D., ob. cit., pág. 443).

En consonancia con lo que vengo afirmando, y en respuesta al primer interrogante planteado, concluyo -sin reconocer que este sea el supuesto que nos ocupa- que cabe admitir la hipótesis de que en la medida que se acrediten fehacientemente los extremos señalados en este capítulo (utilización de medios desproporcionados o irrazonables que procurarían sólo la prolongación de una precaria existencia), podría eventualmente considerarse como regular el ejercicio del derecho del paciente a rechazar ese tratamiento médico, aunque ello ponga en juego su vida. Y que como contrapartida de la reafirmación de esa facultad, cesaría el deber del galeno de mantenerlo vivo a ultranza.

En síntesis, soy de la opinión que no resultaría válido sellar la suerte de la pretensión esgrimida en autos por aplicación de una especie de principio general sobre la imposibilidad del enfermo de apartarse de una determinada terapia cuando pueda derivarse inmediatamente su muerte. Pues, tal actitud implicaría sujetarse a un modelo prefijado prescindente de un análisis pormenorizado de las circunstancias particulares de cada caso, lo que atenta -en mi criterio- contra la garantía del debido proceso legal (conf. arts. 18, Const. Nac. y 8 del Pacto de San José de Costa Rica).

### **III. EL CONSENTIMIENTO PRESTADO A TRAVES DE UN SUSTITUTO.**

La pauta establecida en el capítulo anterior me permite trasladarme a otro punto del debate que advierto como decisivo, interrogándome sobre la posibilidad legal de sustituir la voluntad del enfermo cuando se encuentre incapacitado para expresarla.

Sabido es que en nuestro ordenamiento jurídico no existen los *living will* (testar la vida), instrumentos que en los Estados Unidos permiten solicitar a los enfermos no ser mantenidos en vida por medios artificiales de sustentación (v. Montoya, Daniel Mario, "El Derecho

constitucional a morir", "La Ley", 1991-A-1066).

Pese a que el sistema legal norteamericano -al igual que el inglés- se encuentra inspirado en esta temática en principios diferentes al nuestro (allá la prioridad se busca en la libertad e intimidad del paciente, mientras que en los países "romanistas" hay un concepto "paternalista" de la medicina; conf. Caló, Emanuelle, "Bioética", pág. 132, ed. La Rocca), nada impide que -con el debido conocimiento y valoración de tal circunstancia- se indague sobre las instituciones de aquellas naciones que puedan aportar algún elemento útil para resolver este asunto.

La legislación estadounidense provee dos parámetros de "decisión por otro" para pacientes incapaces o inconscientes, cuando debe cuestionarse la terapia aplicable. Un criterio está dado por el mejor interés (*best interest standar*), que impone al representante legal optar, según su opinión, por la vía que se identifica con el mayor bienestar del afectado. Este mecanismo de naturaleza proteccionista es utilizado cuando la vida del enfermo no se encuentra en riesgo.

El otro *standard*, es el del criterio sustituto (*substituted judgement*) que impone al representante el deber de resolver como lo hubiera efectuado la persona tutelada de haberse encontrado en condiciones de hacerlo. Así, se pretende acercar la decisión a la perspectiva del paciente. La jurisprudencia se ha volcado, en los casos extremos, por aceptar este criterio (conf. Alfredo Kraut, "Los derechos de los pacientes", ob. cit., pág. 98 y ss.).

La Corte Suprema de Estados Unidos se pronunció en el conocido caso "C. vs. Director, Mo. Dept. of Health" (110 S Ct2841 -1990), admitiendo el derecho constitucional de una persona competente a rechazar la continuación de la vida a través de nutrición e hidratación artificiales, mas simultáneamente legitimó al Estado de Missouri para exigir evidencia formal de la voluntad de N. C. , contraria a ser mantenida viva con la ayuda de soportes vitales (sobre el citado caso ver Montoya, Daniel, ob. cit.). Sin embargo, la polémica desatada en el Estado de Missouri por esta solución llevó a la fiscalía, a partir de enero de 1993, a un cambio de criterio que permite tomar la decisión a parientes del enfermo.

A la luz de lo dispuesto por el art. 16 del Código Civil y luego de un profundo análisis sobre la posibilidad jurídica de incorporar los parámetros indagados anteriormente a nuestro sistema legal, me he convencido sobre su inaplicabilidad al **sub discussio**. Es decir, que en nuestro derecho positivo no se encuentra permitido trasladar una decisión tan extrema (suspender la alimentación e hidratación artificial que conllevaría a la muerte) a un sujeto distinto del propio afectado en forma inmediata.

O lo que resulta idéntico: que la facultad invocada por el solicitante, para ser ejercida por un representante legal, debe encontrarse reconocida por nuestro ordenamiento de

un modo inequívoco respecto de su existencia y alcance.

No debe olvidarse la señalada distinción entre los pilares sobre los que se apoya el sistema jurídico estadounidense en esta temática, lo que me persuade que el **standard** allí establecido no resulta de aplicación -al menos por ahora- en nuestro derecho.

Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v. T.E.D.H., sección 4ª, 29-IV-2002, "P. c. Reino Unido"; en un caso con características diferentes del presente que involucraba a una paciente que padece una enfermedad degenerativa incurable que solicitó autorización para ser ayudada a suicidarse) ratificó recientemente el principio de que existen ciertas conductas relacionadas con el ejercicio del derecho a la autodeterminación que pudiendo derivar en "un riesgo" para la vida de su titular toleran la injerencia del Estado mediante la imposición de medidas coactivas. Y ello parecería que no admite discusiones cuando se trata de evitar el deceso de terceras personas (conf. Calogero Pizzolo, "Entre el derecho a la vida y el derecho a la muerte: el derecho a la autodeterminación...", en "La Ley", Suplemento de Derecho Constitucional", Buenos Aires, 24 de febrero de 2003, pág. 68).

Así las cosas, la jerarquía constitucional otorgada al derecho a la vida (primero y más importante) impone que, aún en caso de duda, siempre debe estarse por la solución más favorable a su prolongación (o subsistencia). **Máxime, si -como sucede en esta oportunidad- ni siquiera se ha esgrimido un criterio unívoco por las personas más cercanas a la enferma sobre cuál sería su mejor destino y la irrazonabilidad del tratamiento aplicado no aparece tampoco acreditada de modo manifiesto o palmario.**

Es que en virtud de la prerrogativa que se pretende utilizar, en esta oportunidad la titularidad del derecho y su ejercicio se amalgaman -como cara y contracara de una misma moneda- de un modo indisoluble.

Y si bien no desconozco que el cónyuge ha invocado el beneficio prioritario de la señora S. y de sus hijos para requerir la suspensión del tratamiento aplicado, tengo para mí que no se puede hacer esta clase de bien al prójimo sin conocer su voluntad actual, que -obviamente- no puede expresarse.

Ante el vacío normativo en cuanto a la sustitución de la voluntad del paciente en casos como el presente no me encuentro en condiciones -como juez- de proveer una **autorización para la muerte**, pues -como expliqué- tal laguna debe llenarse en un sentido contrario al solicitado por el recurrente (conf. art. 16, C.C.).

Por ello, en respuesta al segundo interrogante planteado concluyo que no se puede prestar consentimiento por un sustituto en el **sub discussio**.

**IV.** Consecuencia necesaria de este colofón es la inficiencia del debate sobre si el ejercicio del derecho de la persona enferma a suspender la alimentación artificial resultaría

regular en este caso, desde que -repito- su esposo no se encuentra facultado para sustituir su voluntad. Sobre todo cuando los padres de la enferma, están en las antípodas y la aplicación de tal tratamiento a la señora S. no aparece, por ahora, como manifiestamente irrazonable o cruelto.

## **V. CONCLUSION.**

**V.a.** Sentadas las bases precedentes, surge palmario que la suerte del recurso se encuentra sellada por la ausencia de facultad del representante legal de sustituir la voluntad del enfermo a los fines de tomar una decisión como la que se requiere (art. 289, C.P.C.).

**V.b.** Finalmente, destaco que no me pasa inadvertido que la trama procesal de esta causa ha transitado por sitios que lindan con su nulidad (por ausencia de designación de un curador especial para este litigio, por denegatorias de prueba sobre extremos que podían haber resultado conducentes, etc., y todo ello dentro de un trámite poco ortodoxo para la solicitud efectuada); mas me encuentro convencido que escaparme de resolver la cuestión de fondo, retrotrayendo el expediente a su punto inicial nada mejor hubiese aportado a los interesados.

Considero suficiente lo expuesto para dar mi voto por la **negativa**.

### **A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:**

1. Persuadido, como lo estoy, que toda persona adulta, libre, consciente y en su sano juicio tiene el derecho (la libertad) de rechazar o suspender el tratamiento de una enfermedad que le es aconsejado o aplicado por profesionales del arte de curar, aún a sabiendas de que ello lo conducirá a la muerte, mi primera tentación, tras el meditado y profundo voto del doctor Hitters, fue la de saltar por sobre sus dos primeros considerandos, para situarme, sin más, en el escenario que el distinguido colega aborda en el tercero. Es que allí parece mostrarse en su totalidad la dramática situación jurídica y ético-existencial que presenta el caso de autos: ante el estado vegetativo permanente (y obviamente de total inconsciencia) en que se encuentra desde hace varios años M. d. C. S. ¿es posible que sean sus "representantes" los que expresen el consentimiento para que se le retiren los únicos medios de hidratación y nutrición que se le dispensan (no necesita de respirador artificial ni de reanimador cardíaco), amén de los relativos a su higiene y cuidado e, incluso, de ser necesario, aquéllos que tiendan a anular o mitigar el dolor y el sufrimiento, los que habrán de mantenerse en todo tiempo?

Dicho de otra manera ¿podemos trasladar a terceros y situar en voluntad y boca de ellos -aunque con el ropaje de representantes del paciente- la decisión de retirarle a este último los medios de alimentación e hidratación artificial que aún la mantienen con vida y acelerar el tránsito hacia su muerte natural? ¿Acaso un derecho tan personalísimo o inherente a la persona, como que nos viene innato con la vida, puede ejercerse por otro sin un mandato expreso por el titular de tal derecho?

2. Asomarnos a tamaños interrogantes nos introduce en las tierras de la representación, las que de alguna manera siempre están habitadas por una cuota de ficción. Es que la representación, en mayor o menor medida, conlleva una cierta teatralización en cuanto el representante actúa por y en lugar del representado a cuya figura reemplaza en ese actuar, para desvanecerse tras ello, quedando el segundo -quien no actuó- como la parte, el beneficiario o el obligado por ese actuar.

Claro que, de común, subyaciendo a ese actuar por otro -convalidándolo y dotándolo de eficacia- habremos de encontrar la voluntad expresa de este último invistiendo al primero con su representación y dándole mandatos e instrucciones para actuar en su nombre.

3. Pero hay situaciones en que esa voluntad no puede obtenerse por la incapacidad de quien debe expresarla y la ficción se agudiza. Esto suele acontecer en el acto médico, cuando es menester obtener el consentimiento de un paciente que no puede brindarlo por padecer una insuficiencia o imposibilidad psicológica (menores de edad, dementes, estados de inconciencia o incapacidad accidental e, incluso, sujetos pusilánimes u obnubilados en grado tal por la enfermedad y el temor que puedan ver afectada su lucidez). En tales casos, el consentimiento habrá de recabarse, en primer lugar, del representante legal (padres, tutor, curador) y, en ausencia de estos, el galeno ha de acudir a los parientes más cercanos, brindando una pauta de comportamiento -en el pensar de un autor- el orden en que el legislador los encolumna para prestar la obligación alimentaria en el art. 367 del Código Civil (ver Bueres, Alberto J., "Responsabilidad Civil de los Médicos", Tomo 1, pág. 210).

En todos estos casos no hay mandato expreso y si en el caso de los representantes legales la investidura viene dada o impuesta necesariamente por la ley, en los restantes supuestos se suele hablar de una representación presumida (art. 19 inc. 3º, ley 17.132).

4. Yendo más lejos aún, cuando ni siquiera se cuenta con quien haga de representante porque -por caso- privado el paciente de conciencia la urgencia o la extrema gravedad de la situación no dan tiempo para buscarlo o siquiera consultarlo, se utiliza la idea de un consentimiento tácito y anticipado de la voluntad o un consentimiento presunto que viene dado por la ley conjuntamente con la autorización que ella brinda al profesional del arte de curar (arts. 19 cit. y 13 inc. "c" y 22 del Código de Ética Médica de la Provincia de Buenos Aires) para tales actos.

Como vemos, de la mano de la ficción y con la figura de la representación y hasta del consentimiento presunto, es posible cubrir un amplio espectro de situaciones que permiten obrar sobre el cuerpo y salud del paciente, pese a que éste no puede exteriorizar su voluntad y mucho menos brindar su consentimiento.

5. Sin embargo, la situación en que se encuentra M. d. C. S. y que despierta los

interrogantes cuya respuesta buscamos, trasciende, en mucho, las que reflejan los ejemplos precedentes. Es que aquí no se trata de que otros -ya como representantes, ya como fieles de-sentrañadores de una voluntad presunta que elevan al rango de certeza- decidan por un paciente cuál es la conducta médica a seguir para intentar obtener su cura, su sanación o cuanto menos su alivio. Se trata de que otros decidan por el paciente el camino a seguir para alcanzar su muerte. O mejor dicho, que otros ejerzan por él su derecho a morir. Y para bien decir y correcto acotar, su derecho a morir con dignidad ante la penosa situación de esta mujer que se encuentra en estado vegetativo persistente desde hace más de cinco años y con pronóstico de irreversibilidad.

Mas este derecho a morir con dignidad (al igual que su contracara y necesario presupuesto: el derecho a vivir de idéntica manera o derecho a la vida que, incluye, la facultad de elegir cómo terminar dignamente con ella en situaciones como la descrita) es un derecho personalísimo, inherente a la persona y que, como tal, sólo puede ser ejercido por su titular. No se concibe que el mismo pueda ser ejercido por un tercero con total ignorancia de lo que podría desear o querer el titular de esa vida. Pues si éste lo ejerce muriendo, el tercero lo ejercería matando o dejando morir a otro. Sobre esta diferencia sustancial ya volveremos.

5.1. De allí que -en mi opinión- una primera respuesta al interrogante con que abriéramos este voto y con entidad de regla general frente a situaciones como las que nos ocupa, es que la decisión de rechazar o suspender el o los tratamientos terapéuticos que le pueden prolongar la vida, en principio, sólo puede ser tomada por el paciente, el titular de esa vida. Es este quien ha de verbalizar en el momento concreto y en plena lucidez su personalísima y trascendental opción entre emprender y agotar todos los medios posibles que le prolonguen la vida o rechazar estos y esperar el advenimiento de su muerte natural.

5.2. Es también él quien con antelación a ese momento, pero previendo o presuponiendo que su futuro acaecer lo encuentre inconsciente, privado de sus facultades mentales o con el discernimiento obnubilado, ha de exteriorizar su voluntad inequívoca de que al llegar el mismo se interrumpan las medidas de sostén artificial y se deje que el proceso final se desenvuelva naturalmente, sin perjuicio de mantener las enderezadas a neutralizar o evitar el dolor y todas aquéllas que lo presenten con una "cara digna" frente a su propia muerte.

Y esta voluntad bien puede expresarse a través de lo que los países sajones conocen como "living will", testamento de vida o testamento vital (aunque no importe un acto **mortis causa** desde que produce efectos antes de la muerte y dirigidos a ella) o mediante el otorgamiento de un poder especial (esencialmente revocable) a un tercero para que la exteriorice cuando su mandante llegue a esas precisas y detalladas circunstancias. Detalle de las circunstancias que, de algún modo, contiene un testamento de vida cuyo "albacea", por así decir-

lo, es el mandatario, en tanto sujeto llamado a hacer cumplir y respetar las decisiones del testador en orden al modo y oportunidad de lo que aquél entiende y desea sea su buen morir.

Pese a las objeciones que entre nosotros pueden levantarse frente a tales instrumentos no receptados por las leyes vigentes, es indiscutible que tanto uno como otro expresan en forma fidedigna la real voluntad del paciente, hoy inconsciente o impedido de manifestarla.

6. Ahora bien ¿qué pasa cuando el paciente en estado de inconsciencia permanente, como nuestro caso, no dejó con antelación plasmada su voluntad sobre el modo de actuar en tal situación, ya a través de las precisas instrucciones brindadas a un representante o volcadas en un testamento de vida y que no dejen dudas sobre su voluntad de rehusar o interrumpir las medidas terapéuticas tendientes a mantener sus signos vitales?

A partir del principio general sentado en el apartado anterior (el derecho de negarse a recibir los tratamientos que lo mantienen artificialmente con vida sólo puede ser ejercido por el titular de esa vida) fácilmente podría conjeturarse que no queda otra conducta que continuar con los tratamientos. Después de todo si el máximo intérprete de la Constitución nacional ha consolidado el criterio según el cual "el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los demás valores tienen siempre carácter instrumental" (C.S.J.N., 6-IV-1993, "B. , M. s/Medida cautelar"), bien puede concluirse que sin concreta e indubitable exteriorización de voluntad del titular de esa vida en pro de acortar la misma o acelerar su tránsito hacia la muerte, nada puede ni debe hacerse al respecto, so pena de violar y, lo que es más, destruir ese derecho fundamental.

Pero si en circunstancias similares al caso que nos ocupa la voluntad del paciente puede decidir el pasaje de la situación de vivir con auxilio de los medios de sostén a la espera -sin tal auxilio- de su muerte natural, es dable entender que también ha de prestarse oídos a tal voluntad si ella se manifestó en forma inequívoca con antelación a llegar al estado en que se encuentra y aunque la misma no haya quedado vestida con las formas de un testamento de vida o de un apoderamiento. Bastaría la prueba rotunda y convincente que la paciente, en pleno uso de sus facultades mentales y como fruto de una madura y seria reflexión, dio cuenta de sus deseos de rechazar todo tratamiento si en el futuro llegara a encontrarse en dichas circunstancias.

6.1. En nuestro caso tal prueba, si bien se ha intentado (aunque con las cortapisas de la estructura procesal que se brindara a la delicadísima pretensión que se trajo a los estrados judiciales), no pasó de las manifestaciones volcadas extramuros del tribunal, sin con-

tralor ni de este último ni de quienes se oponen al pedido del cónyuge de M. d. C. . Y lo que es peor, carentes de autenticidad al ser volcadas en soledad y en ausencia de todo fedatario (ni judicial ni notarial) en los escritos que se acompañan al pedido de autorización para suspender los sostenes vitales de aquélla.

Va de suyo que tales manifestaciones lejos están de configurar la prueba de testigos, tal como la reglamenta nuestro ordenamiento ritual. Pero más allá de ello -y en lo sustancial para lo que nos interesa- sólo traducen la conjetura de que M. d. C. "no habría elegido vivir así" (fs. 290) o "que no querría seguir viviendo de esta manera" (fs. 292).

En mi opinión aún cuando concedamos a esas manifestaciones validez y veracidad, carecen de la más mínima eficacia para arrojar la certeza que buscamos sobre la fidedigna e inequívoca voluntad de M. d. C. de cómo actuar en una concreta situación similar a la que hoy protagoniza.

No es un cambio de pareceres u opiniones entre amigas sobre una hipotética y abstracta situación -con lo que tampoco contamos en autos-, ni el mero conjeturar en torno a lo que una de ellas habría deseado, lo que configura la plena prueba que nos deposita en los campos de la certeza que buscamos. Es menester que la historia narrada por la testigo nos ponga frente a una persona que, buceando en lo más profundo de su alma y de su razón y llevada a la viva representación de su posible situación terminal, nos brinde una reflexión harto ponderada y madura sobre su propio destino. Una suerte de confesión en la que con verdadero compromiso racional y emotivo -que alcanza el tono del ruego, del mandato o del mensaje o prescripción a cumplir en el futuro- se proclama esa voluntad terminal. No es un mero decir, una simple opinión o el común intercambio de ideas y sentires que surgen en la charla amical y que puede volver a reeditarse, con posible mudanza de pareceres el día de mañana. Es un voto, una confesión o un testimonio que una persona -atravesada por su historia, sus valores, su ética y sus creencias, sus sueños y temores, sus amores y dolores- deja sobre la forma y el modo radical en que quiere esperar su muerte natural -no la de otro- llegado el momento. Y que no se verbaliza para que quede flotando en la liviandad de una charla, sino para que se refleje en la memoria como un deseo que cobra la entidad de encargo sobre cómo deben actuar sus interlocutores llegado ese momento. No me parece que las narraciones de I. M. U. d. S. (fs. 290/1) y de M. d. P. T. (fs. 292) permitan representar algo semejante (art. 384, C.P.C.C.).

7. Ahora bien, si el enfermo no dejó instrucciones, ni mandas y tampoco se cuenta con manifestaciones previas a su pérdida de conciencia que ilustren acabadamente sobre su madura y reflexiva decisión de interrumpir o negarse a recibir tratamientos de sostén en circunstancias como las del caso que nos convoca; si, en síntesis, se desconoce su voluntad al respecto ¿puede autorizarse la supresión de la alimentación e hidratación artificial que condu-

ca a su muerte natural?

Aquí entramos a un campo minado por las incertidumbres y las vacilaciones a las que nos lleva el tironeo entre el derecho a la libertad o a la autodeterminación del individuo (aquél que le permite en forma consciente decidir sobre su propia vida, salud e, incluso -salvo excepciones- sobre su muerte) y el derecho a vivir y a morir con dignidad.

8. Si concedemos que este último existe (ver preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), vale decir que todo sujeto tiene el derecho a vivir y a morir con dignidad ¿podemos privar del mismo a quien por hallarse en estado vegetativo persistente, sin conciencia de sí misma y del mundo que la rodea en forma irreversible, no puede expresarse (ni lo hizo antes cuando gozaba de lucidez) a favor de continuar ligada a la vida en tal estado por simples medios de hidratación y alimentación o de desligarse de ellos a la espera de su muerte natural? Si el vivir dignamente que comprende el morir o dejar de vivir de idéntica manera, es el derecho individual fundamental reconocido por la Constitución nacional ¿no suena discriminatorio reconocer su ejercicio a quienes en pleno uso de sus facultades (en el presente o en el pasado) expresaron su voluntad sobre el modo de morir al llegar a ese estado y negárselos a quienes nunca exteriorizaron esa voluntad o dejaron pruebas de la misma?

8.1. El argumento en torno a la discriminación o el trato desigualitario para con unos u otros pacientes (según hayan exteriorizado su voluntad por un lado y nada se sepa al respecto por otro lado) no parece determinante. Después de todo, esto es lo que acontece con los derechos personalísimos: sólo pueden ser ejercidos por su titular. Ya por sí o por apoderado, pero siempre con la inconfundible voluntad impulsora de aquél que tiene el goce innato de tal derecho por su condición de persona. Bien dice Llambías *"es inconcebible su ejercicio independientemente del individuo humano a cuyo favor fue instituido"* ("Obligaciones", Ed. Perrot, 3ª ed., 1978, T. I, pág. 547).

Y más aún, en ciertos supuestos ni tan siquiera puede apoderarse a alguien para que los ejercite conforme a instrucciones brindadas por su titular, tal como acontece con *"las disposiciones testamentarias (que) deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero"* (art. 3619, C.C.). Cual un juego de espejos -y aunque los vocablos "testamentos" no tengan el mismo significado ni naturaleza en cada caso- bien podría decirse que tampoco el testamento de vida puede ser delegado en un tercero.

8.2. Pese a todo, no ignoro que si el abordaje lo hacemos desde el derecho a vivir y morir con dignidad, la focalización de la cuestión bien puede hacerse desde enclaves y

con prismas bastantes distintos a los que he insinuado hasta ahora. No faltan autores que enfatizando que el valor supremo en el hombre es la dignidad, el derecho a ella ocupa el primer lugar en la escala jerárquica de los derechos individuales y con preeminencia sobre el valor vida (Ekmekdjian, Miguel Angel, "Jerarquía Constitucional de los Derechos Civiles", "La Ley", 1985-A-845; Morello, Augusto Mario y Morello, Guillermo Claudio; "Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud", Librería Editora Platense, 2002, págs. 73 a 75).

Desde tal visión, bien puede afirmarse que una vida indigna no merece ser vivida. Mas la determinación de esa inutilidad no puede basarse en una llamada pauta cultural general o en valoraciones sociales predominantes que, ante la ausencia de una norma de derecho positivo que excluya de reproche penal a quienes facilitan esa muerte digna, no son más que el camino a la instauración de una causal de justificación supralegal a la que puedan echar mano los jueces. Pero más allá de que en la sociedad las aguas siguen profundamente divididas en torno al tema como para permitirnos hablar de una pauta cultural general, edificar sobre ella una causal de justificación supralegal -aún cuando por vía de hipótesis aceptáramos su existencia- no deja de encerrar terribles peligros, ya que mal aplicada (en cuestiones ajenas a la que presenta este caso) puede desembocar en atrocidades como las que provocó la Alemania nazi o en la reimplantación de una nueva roca tarpeya.

8.3. En mi parecer, en cada caso concreto ese juicio sobre si "mi" vida merece o no ser vivida o si es preferible o deseable "mi" muerte porque ello preserva "mi" dignidad, es intrínsecamente personal. Desde ya que los familiares, los amigos, los médicos que acompañan y asisten al enfermo deben hacer todo lo posible para que el largo proceso de éste se mantenga en los planos de la dignidad.

Y en nuestro caso, es elocuente que A. H. M. G. ha hecho todo, pero todo lo que estaba a su alcance en pro de ello. Basta ver el detalle de los cuidados que se le dispensan en el dictamen pericial de fs. 339/40 y la descripción sobre el estado en que se encuentra su esposa que realizara el señor Asesor de Menores para tomar cabal cuenta de ello (*"hallé a una mujer con un excelente estado físico y estético, arreglada, despierta, respirando por sus propios medios y sin ninguna máquina que la controlara. Sólo cuenta con una sonda de gastronomía mediante la cual se la alimenta e hidrata"* (fs. 424 vta.)). Más aún M. G. , en una actitud que lo enaltece y dignifica a él mismo no sólo por todo lo que hizo, sino, además, por todo lo que hará por cubrir con un marco de dignidad el proceso de enfermedad de su mujer le dice al Tribunal: *"Para mí M. no es una carga. Es un problema psicológico para todos, pero no una carga. Si un Juez no me autoriza a dejarla morir pero me indica que la mande a cualquier lugar, yo seguiré cuidándola"* (fs. 305).

De esto no tenemos dudas. Simplemente y dolorosamente para el peticionante,

no encuentro en nuestra legislación una norma que permita acoger su petición.

9. Si damos primacía a la autodeterminación de las personas, a la autonomía de su voluntad, a su libertad de decidir cómo vivir y cómo morir -siempre que no se hiera el orden público ni el derecho de terceros- nuestra postura no cambia en mucho y no se aparta de lo ya señalado en el considerando 5 de este voto.

Tratándose de un derecho personalísimo, inherente a la persona, el mismo sólo puede ser ejercido por su titular en alguna de las formas indicadas en los considerandos 5.1. y 5.2. y con las posibilidades probatorias señaladas en el considerando 6 de este mismo voto.

Mal podríamos admitir que pueda ser ejercido por un tercero o que éste posea aptitud o legitimación procesal para solicitar la orden judicial que permita retirarle los medios de sostén vital, sobre todo si nada se prueba sobre el concreto y serio deseo o querer del titular de esa vida en situación semejante.

9.1. Está fuera de disputa que no hay derecho más personalísimo que el derecho a la vida o derecho a vivir (arts. 33 y 75 inc. 22 Const. nacional; 4 inc. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos; 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 6 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 6 inc. 1º de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño; 12 inc. 1º, Const. Pcia. Bs. As.). Y si éste -aprehendido en su totalidad- comprende su contracara o derecho a morir, desde que la muerte es la última cuestión con que tiene que verse el hombre, el fondo o límite final de su vivir o de su proyecto vital -como diría O. -, va de suyo que sólo el titular de esa vida, el incanjeable protagonista de ese proyecto, tiene el derecho de decidir dejar de vivir. O si se quiere sólo él tiene la opción entre su supervivencia o su muerte.

Por precaria, penosa y hartamente limitada que sea la vida de una persona, no encuentro dentro de nuestro ordenamiento jurídico positivo el instrumento o la causal que legitime a un tercero para ejercer tal opción o solicitar la autorización judicial que permita ejecutar la alternativa que conduzca a la extinción de esa otra persona, con total prescindencia de la voluntad e ignorancia del deseo del único señor de esa vida. Pues si éste -a quien le está permitida tal opción- lo ejerce muriendo; el tercero lo ejercería matando a otro, dejándolo morir o pidiendo autorización para que otros así lo hagan. El uno ejerce su "derecho a morir"; los otros aparecerían ejerciendo un "derecho a matar" o "dejar morir" que, salvo puntuales casos -como el matar al enemigo en defensa de la patria; o hacerlo en ejercicio de la legítima defensa- no está justificado por nuestra legislación.

9.2. Vuelvo a decir como lo hiciera antes, las diferencias son sustanciales. Mientras la decisión del enfermo de negarse a recibir o solicitar el retiro de los tratamientos de sostén no configura un acto injusto; las referidas conductas de los terceros no son otras que las

que describen el núcleo del tipo penal del delito previsto por el art. 79 del Código Penal.

Y en verdad, en estos últimos casos, no encuentro causal de justificación del ilícito. Pues si el consentimiento del paciente -en cualquiera de las formas referidas o probadas- a que le retiren los medios de sostén sí lo es (aunque por tratarse de su propia vida y no de matar a otro, bien podríamos hablar en estos casos de no delito, en vez de causal de justificación); no lo es en cambio, dentro de nuestro derecho positivo vigente y según largamente lo hemos explicitado, el de terceros o representantes sin facultades expresas para ello. Vale decir sin el consentimiento del paciente, previamente expresado por el mismo o, en su defecto, acabada e inequívocamente probado.

9.3. Menos aún, cuando como en nuestro caso el representante legal de la insana expresa que su petición tiende a abastecer una pluralidad de intereses de diversa magnitud (un 60% por su mujer, un 30% por sus hijos -también sus representados- y un 10% por sí mismo), con lo cual esta necesidad de tutela judicial compartida por diversos sujetos expresa un posible conflicto de intereses cuanto menos trilateral (un posible desencuentro entre una y otros de sus representados, amén del que podría existir entre la primera y el suyo propio) que lo invalida para asumir la representación y peticionar la autorización del retiro de los medios de alimentación e hidratación que mantienen con vida a M. d. C. .

De nada vale que se escude en la investidura de curador de la insana que se le concediera en otros tramos de este expediente (el proceso de insania propiamente dicho) anteriores a la petición en estudio. Pues precisamente aquél conflicto, amén de la férrea oposición que los padres y el hermano de M. d. C. levantan al pretendido retiro de los medios de hidratación y alimentación que la mantienen con vida, lo priva de legitimación.

En este proceso se debió -y esto no escapó a la inteligente mirada del doctor Hitters, ni tampoco al señor Juez de Cámara que abriera el acuerdo en que se pronunciara la sentencia recurrida- nombrar un curador especial a M. d. C. S. (art. 61, C.C.).

A través de tal curador especial se habría ingresado (sin la mácula que sobre el cónyuge proyectaba aquél conflicto de intereses) en el campo propiamente asistencial para abordar la particular problemática de M. d. C. , con la necesaria intervención del Ministerio Público. Pero esto no se hizo y el representante de dicho Ministerio -el señor Asesor de Incapaces- en las instancias ordinarias y el señor Procurador General ante esta Corte, se opusieron a la petición del esposo de M. d. C. S. , al igual que los padres y el hermano de ésta.

10. Tengo plena conciencia del cuadro desgarrador a que nos enfrenta el caso de autos. También sé -y no tengo por qué ocultarlo a las partes- que fui y vine innumerables veces sobre el objeto en estudio en busca de una solución justa. Pero precisamente porque en mi ánimo persisten dudas y disímiles son los deseos del círculo familiar íntimo de M. d. C. , no

puedo autorizar la solicitud de retiro de sus medios de hidratación y alimentación que formulara su esposo, tal como lo expresa el magistrado que me precede en el voto.

Voto por la **negativa**.

**A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:**

Disiento con el enfoque dado por los señores jueces que me preceden en la votación. Anticipo sin embargo que, por otro camino y con otros fundamentos, coincidiré con ellos en el rechazo del recurso de inaplicabilidad de ley.

1. La exigencia de una manifestación expresa "... de la voluntad del enfermo a los fines de tomar una decisión..." tal como proponen, más allá de las razones que la fundan y de la invocación del art. 289 del Código Procesal Civil y Comercial para convalidarlas, me parece inadecuada a la situación que se plantea.

Una persona inconsciente, en lo que se ha dado en llamar (con fuerte matiz cosificante) un "estado vegetativo", no está en condiciones de hacer "... conocer su voluntad actual..." para salvar de ese modo la insuficiencia de quien pide medidas sobre ella.

Tampoco hubiera podido razonablemente anticiparla, si, como en este caso, ese estado se produjo de modo súbito e inesperado.

Requerir, en consecuencia, una manifestación así o fundar sobre su ausencia una decisión final, se me ocurre excesivo.

Por lo demás, la petición que examino, no parece haber sido hecha por el representante legal para "... sustituir la voluntad del enfermo..." sino más bien con el declarado propósito de allegar un final a una situación patética que se anticipa irreversible y dar término, simultáneamente, a la congoja que la misma provoca a su marido y a sus hijos.

Es decir ha sido formulada por derecho propio por terceros, a pesar de que en algún momento de los escritos se invoque la condición de curador de quien la hace o se trate de reflexionar sobre cuál hubiese sido la opinión de la paciente de haber podido prever alguna vez su estado actual.

2. En esas condiciones creo que el examen de lo demandado debe realizarse sobre parámetros diversos a los que ofrece una posible falta de legitimación activa.

Y que es menester examinar su contenido en orden a qué se pide (más que en orden a quién lo hace) para decidir sobre su jurídica proponibilidad.

3. Conforme constancias médicas, psiquiátricas y psicológicas que no aparecen controvertidas, M. d. C. S. presenta un cuadro "... de insuficiencia global y profunda de sus facultades psíquicas, ausencia de vida consciente...".

"... este cuadro se origina en una falta de oxigenación prolongada por trastornos post-parto, lo cual... (ha derivado)... en un daño cerebral irreversible...".

"... sólo se observa vida vegetativa, no pudiendo comprender sus actos ni dirigir sus acciones..."

"Los estudios neurofisiológicos se correlacionan con el cuadro clínico..."

"... se halla en estado vegetativo permanente, teniendo respuestas que se corresponden al funcionamiento automático del tronco cerebral pero... no puede comunicarse con sí misma ni con el medio que la rodea debido a la falla global del funcionamiento de la corteza cerebral y por tanto de la función cognitiva..."

4. El esposo de la paciente por derecho propio (fs. 295) pide "... interrumpir la alimentación e hidratación artificiales..." de la misma, "... para que ella pueda, por fin, morir..." (fs. 298).

Aduce "... la imposibilidad de que vuelva a la vida humana desde la vida vegetativa en que se encuentra..." (fs. 298).

Y destaca que "... es un problema psicológico..." para él y para sus hijos su vida, advirtiendo que "... ella merece morir dignamente y no permanecer, en forma indefinida y subhumana (sic) en la vida vegetativa..." (fs. 298 vta.).

5. Para fundar su petición y con invocación del art.2 de la Constitución nacional (que estatuye que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano) reproduce párrafos de un documento de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, según el cual "... es lícito interrumpir la aplicación de los medios terapéuticos... cuando los resultados defraudan las esperanzas puestas en ellos..." y "... es lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria de la existencia..." (fs. 299).

A la transcripción de este documento agrega la respuesta del Pbro. D. B. , profesor de Ética de la Universidad Católica Argentina "quien evacuó la consulta personalmente y sin vacilaciones en el sentido de que era permitido interrumpir la alimentación e hidratación artificiales..." (fs. 300); la opinión del padre R. B. (filósofo y teólogo, director de la revista católica Criterio) de quien acompaña un dictamen por escrito que textualmente expresa "... es lícito moralmente que el señor A. M. . G. , esposo de M. d. C. S. , disponga la interrupción de la hidratación artificiales de su esposa (anexo H de la prueba); y una carta, que se acompaña también como prueba, en el que monseñor J. C. , Obispo de San Isidro, manifiesta que '... tal como te dije cuando estuviste conversando conmigo estoy totalmente de acuerdo con la opinión de aquellos sacerdotes que has consultado y que entienden que considerando las circunstancias es moralmente aceptable dejar morir tu esposa...'"

A esos documentos agrega otros también de carácter eclesial (anexo G); un curriculum vitae del padre R. B. (anexo I); algunos de carácter general, originados en los Esta-

dos Unidos de Norteamérica sobre el estado vegetativo persistente; reflexiones sobre la futilidad médica; algunos sobre la situación concreta de la paciente, producidos por médicos que aseguran que "... la administración artificial de líquidos y alimentos que recibe no puede mejorar su estado neurológico..." (fs. 170) o que "... siendo la alimentación por gastrostomías un artificial para mantener la vida... es una conducta piadosa y digna la suspensión de la misma..."; un dictamen particular que opina que "... el señor A. M. .G. tiene el pleno derecho moral para... decidir... la administración e hidratación artificial a su esposa..." (fs. 257/263), y reflexiones y diagnósticos psicológicos relativos a las repercusiones que sobre el peticionario y sus hijos allega la situación de la enferma.

"... es una herida abierta ... una degradación de ella misma..., que no permite tener paz ... como si un objeto no permitiese nunca una cicatrización ... vive degradándose..." (fs. 304).

6. A fs. 326/335 y 387/391 se presentan los padres y hermanos de la paciente, manifestando su oposición.

Afirman que el otorgamiento de la autorización solicitada entraría en franca colisión con el juramento hipocrático, el Código Internacional de Ética Médica, los arts. 2.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 6.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Culturales y Sociales y encuadraría en tipos delictivos del Código Penal.

7. A fs. 424/427 el doctor Diego Mariano Onorati, Fiscal Adjunto (interinamente a cargo de la Asesoría de Menores e Incapaces respectiva) manifiesta también su oposición.

Refiere haber ido al lugar donde la enferma se encuentra. Relata que, contrariamente a lo por él esperado, halló a una persona de excelente aspecto físico y estético, arreglada, despierta, respirando por sus propios medios.

"... sólo cuenta con una sonda de gastronomía mediante la cual se la alimenta e hidrata..."

"... parpadeaba, dirigía su mirada hacia distintas partes, tosía, se movía al toser y efectuaba algunos gestos con el rostro..."

Luego de recordar su entrevista con la profesional médica que la atiende y referir los distintos medios de cuidado (baños, rotaciones corporales, música para estimularla) pide que la pretensión sea rechazada **in limine** por contrariar derechos humanos reconocidos en la constitución y pactos internacionales y posiblemente configurar la comisión de un ilícito penal.

Advierte que el requerimiento en autos no se circunscribe a la interrupción del suministro de medicación sino de "... comida y agua, algo que no se puede negar a ningún ser humano..."

Agrega reflexiones sobre la parábola evangélica de los talentos y sobre la inde-

fectible esperanza del milagro.

Esa intervención es contestada por el peticionario a fs. 447/450, quien opone a la misma sus conversaciones con el padre D. B. , con el padre R. B. y con monseñor J. C. , quienes, según él, habrían alentado su convicción en la bondad del pedido.

Refiere la situación de su esposa comparándola con la de un alma enjaulada "como un pájaro" (fs. 448 vta.) que debe ser liberado. Aduce que lo que pide "no es matar" sino permitir "que muera" (fs. 449).

8. Otras incidencias del juicio, anteriores y posteriores, más allá de su manifiesto desorden, no varían las posiciones reseñadas.

Los recursos en contra de la sentencia adversa, insisten en la petición y argumentos sostenidos ante la instancia de grado. Esa insistencia es contestada a fs. 518/522 por los padres y hermanos de la enferma.

9. Con relación al recurso de nulidad extraordinario ya he tenido oportunidad de expresarme, con el alcance que resulta de mi voto a la primera cuestión.

Corresponde ahora que me pronuncie sobre el recurso de inaplicabilidad de ley.

10. Lo primero que advierto en el momento de tratarlo, es la fuerte orfandad de fundamentos legales en la demanda incoada.

Es cierto que una carencia así puede ser judicialmente suplida; como es cierto también que en el recurso extraordinario y en la memoria ante esta S. Corte, el actor procura, negativamente, rebatir los sustentos legales de la sentencia de grado, arguyendo error en su aplicación.

Pero el hecho resulta particularmente significativo.

En escritos que han sido especialmente prolijos al recoger opiniones religiosas y reflexiones médicas, la falta de fundamentación jurídica parece referible más a una ausencia de normas que validen la pretensión incoada, que a una involuntaria omisión.

11. La única alegación de derecho hecha en su demanda por el peticionario para requerir la muerte de su esposa es la relativa a que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano (Una serie de documentos eclesiales, tratan luego de integrarse y contenerse en él, para justificar el desenlace).

12. Sobre el particular quisiera expresar:

1. El Estado argentino es laico, no ha asumido como suya religión alguna. En él se respeta la libertad de cultos.

2. El sostén del culto católico apostólico romano es económico. Derogada en la reforma de 1994 la exigencia de su adhesión al mismo para el presidente de la Nación y la disposición del art. 67 inc. 15 de convertir a los indios al catolicismo, no existe otro privilegio que el

expresado, equiparable por lo demás, en sus efectos, al de los partidos políticos (art. 38, Const. nac.).

3. En esas condiciones, la autoridad de la Iglesia Católica Apostólica Romana o el dictamen de sus pastores, más allá de su representación, de su valor personal y de su gravitación espiritual, no puede sustituir el derecho reconocido por la Constitución argentina ni por la Constitución de la provincia: la última de las cuales proclama a la vida como uno de los atributos fundamentales de la persona, desde la concepción en el seno materno hasta la muerte natural (art. 12.1 de su texto).

4. La imposibilidad de esta sustitución me parece especialmente notoria cuando significaría la condena a morir, por el recurso de privar de alimento y bebida (es decir: por hambre y sed) a una persona. Tal actitud, propiciatoria de la muerte, aunque se haga en nombre de la religión y por una supuesta muerte digna, tiene, desde el derecho, una respuesta contraria, fundada en la vida.

5. La idea de que "la muerte es parte de la vida" (fs. 484) o que el alma encarcelada en un cuerpo enfermo "espera librarse de él para volver a Dios" (fs. 448/448 vta.), formulada a partir de antropologías que postulan un dualismo absoluto, carece de aceptación en un orden jurídico que reconoce derechos para el hombre total y para el cuerpo (vivienda digna, seguridad social, etc.), realizables en la vida, no en la muerte.

6. De cualquier manera y para satisfacción del recurrente, aun cuando la suya fuese la posición oficial católica (y no aseguro personalmente que lo sea) observo que otras comunidades cristianas, no sostenidas económicamente pero identificables por su piedad y por su fe, valoran también a la luz del Evangelio al ser humano como único e irrepetible: no canjeable, no fungible, no abandonable, no sustituible. Hecho a la imagen y semejanza de Dios. No matable aun en su enfermedad. No degradable en su condición a la de vegetal. Único ser de la creación visible a quien Dios ama por sí mismo, aun en su dolor, al punto que hasta los cabellos de su cabeza están contados.

En una democracia plural estas otras manifestaciones no pueden dejar también de ser recordadas por el juez, si el derecho reclamara, en este punto, la integración de sus normas positivas con criterios que remitiesen a una realidad más alta y verdadera.

13. Pienso, sin embargo, que éste no es el caso.

No descubro laguna alguna en el derecho a la vida, tal como está proclamado, ni integración necesaria para comprenderlo.

Mas bien advierto una insistencia cuidadosa, reiterada, profunda, en valorizar la existencia humana en todos sus estadios.

Insistencia que se revela en el hecho de considerar al hombre persona desde

su concepción en el seno materno (arts. 12.1, Const. prov.; 63 y 70, C.C.) y en el de incluir la idea de muerte natural como desenlace (art. 12.1, Const. prov. ya citado). Y que se consolida luego en cada uno de los derechos reconocidos y garantizados, derechos para la persona humana, cuya enumeración cubriría la de todas las leyes escritas hasta hoy.

14. En su recurso el actor denuncia como transgredidas las diversas normas que aplicó la instancia de grado para fundar la sentencia que le fue adversa.

Pero lo hace a partir de interpretaciones en todo sentido paradójales (fs. 528 y ss., 530 y ss.).

Denuncia violado el derecho a la vida y demanda la muerte. Pide la desintegración de una persona y razona denunciando la violación del derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral. Propone acabar un "estado vegetativo", reclamando a la vez protección a la honra y a la dignidad de alguien así disminuido. Requiere se interrumpa la administración de agua y comida y como no se le concede, dice violado el derecho a la alimentación, vestido y vivienda. Habla de acciones privadas de los hombres, solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados y comparece ante la justicia judicial para que le autorice a dejar morir. Insiste, recurrentemente, en la idea de la muerte digna y para alcanzarla postula la eliminación de la hidratación y el sustento. Reivindica derechos de los niños, como si la enfermedad de la madre pudiese vulnerarlos. Contrapone sus vidas: y el derecho es sin embargo un proyecto de armonía, no de contraposición ni de conflicto.

No le cabe razón.

El paradigma de un ser personal transformado en una máquina vegetativa, volviendo indiscernible lo humano de lo inhumano; el incierto umbral biológico en el que la existencia niega su propio testimonio; el punto límite que ya no logra despertar ni solidaridad moral ni esperanza alguna; que ahoga hasta el sentimiento último de pertenencia al mundo de los hombres para provocar una muerte que ya ni podría ser llamada muerte: ese improbable momento extremo, de tantos modos irreal y de tantas formas propuesto por la actora, no tiene acogida ni existe en el derecho argentino.

Mas aun, los arts. 19, 33 y los Tratados Internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional reformada en 1994 (arts. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 4 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) los arts. 10 y 12.1 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires lo recusan expresa e implícitamente, directa e indirectamente.

Y llevan al intérprete a la convicción de que no resulta posible subrogar las

normas de la vida a una propuesta de muerte.

No puedo, como juez de derecho, acceder a la petición de dejar morir de hambre y sed a M. d. C. S. .

La pretensión formulada a la justicia judicial para que así lo autorice deviene improponible.

Corresponde su rechazo.

Voto por la **negativa**.

**A la segunda cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:**

Llega a esta instancia la presente causa por el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor A. H. M. G. , en su calidad de esposo y curador de la señora M. d. C. S. , en el que solicita se lo autorice a interrumpir la alimentación e hidratación artificiales de su esposa, quien se encuentra en estado vegetativo permanente (EVP) desde el 13 de julio de 1998, como consecuencia de trastornos posparto que derivaron en una encefalopatía hipóxica con convulsiones generalizadas.

Teniendo en cuenta que la cuestión a dilucidar aquí es sumamente delicada, pues se centra en la posibilidad o no de retirar la terapia médica que mantiene con vida a M. d. C. S. , juzgo preciso formular previamente un atento análisis de las actuaciones.

El señor M. . G. inició el 7 de diciembre de 1998 la presente causa solicitando la declaración de insania de su cónyuge, la señora M. d. C. S. con fundamento en el severo estado de salud que la misma portaba (fs. 69/73).

A tal fin se llevaron a cabo dictámenes periciales de tres médicos especialistas en psiquiatría quienes concluyeron que "la examinada presenta un cuadro psiquiátrico de insuficiencia global y profunda de sus facultades psíquicas, ausencia de vida consciente, lo cual constituye una demencia en sentido jurídico. Este cuadro se origina en una falta de oxigenación prolongada por trastornos post-parto, lo cual derivó en un daño cerebral irreversible; sólo se observa vida vegetativa, no pudiendo comprender sus actos ni dirigir sus acciones" aclarando que el pronóstico es irreversible (fs. 100/101).

Sobre la base de tal dictamen, el Tribunal de Familia N° 2 declaró a M. d. C. incapaz por demencia en los términos del art. 141 y concs. del Código Civil, "... afectada de ausencia de vida consciente, insuficiencia global de facultades psíquicas". Asimismo designó curador definitivo de la causante a su cónyuge A. H. M. G. (fs. 110).

El 25 de octubre del año 2000 se presentó nuevamente el señor M. G. solicitando se lo autorice a interrumpir la alimentación e hidratación artificiales de su esposa M. d. C. (fs. 295/306), fundando su petición en los dictámenes de médicos especialistas en neurología y del Director del Centro de Rehabilitación L. H. donde M. d. C. se halla internada desde julio de

1998. Acompañó también documentos de la Iglesia Católica, opiniones de eclesiásticos y declaraciones de la Asociación Médica Mundial, del Comité de Ética, Derecho y Humanidades de la Academia Norteamericana de Neurología y del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva (fs. 151/292), que avalaban la solicitud del actor de suspender el tratamiento de sostén vital de M. d. C. .

El 29 de diciembre de ese mismo año, sin haber sido citados se presentaron en autos los padres y hermanos de M. d. C. acreditando tal vínculo, manifestando haber tomado conocimiento por otro medio del inicio del presente expediente. Formularon oposición al curso de la petición (fs. 326/335), la que ampliaron con posterioridad (fs. 387/391). Asimismo peticionaron se revoque la designación del señor M. G. como curador de M. d. C. , por considerar que no podía seguir representando los intereses de quien solicita su muerte (fs. 408/409).

Habiéndose ordenado la producción de la prueba ofrecida por la parte actora, el perito médico neurólogo de la Asesoría Pericial de La Plata emitió el respectivo dictamen (fs. 339/40, 369 y sgte. y 405). Entre otras consideraciones expresó que "M. d. C. se halla en estado vegetativo permanente teniendo respuestas que se corresponden al funcionamiento automático del tronco cerebral, pero no puede comunicarse con sí misma ni con el medio que la rodea debido a la falta global de funcionamiento de la corteza cerebral y por tanto de la función cognitiva... adopta las características clínico neurológicas evolutivas y neurofisiológicas de un estado de irreversibilidad..." (fs. 405). Desde entonces permanece alimentada e hidratada a través de una sonda de gastrostomía (fs. 340).

Conferida que fue la vista al Ministerio Pupilar, a fs. 424/7 se expidió el Asesor de Menores e incapaces N° 2 departamental propiciando el rechazo **in limine** del pedido del señor M. G. luego de efectuar una visita personal a M. d. C. en el Centro Médico de Rehabilitación L. H. en donde halló a "una mujer con excelente aspecto físico y estético, arreglada, despierta, respirando por sus propios medios y sin ninguna máquina que la controlara..." solo contando con "... una sonda de gastrostomía mediante la cual se la alimenta e hidrata..."

Llamados que fueron los autos para dictar sentencia el 2 de mayo de 2002 se pronunció el Tribunal de Familia rechazando la petición del señor M. G. .

Contra tal resolución, interpuso el señor M. G. el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en examen. En su escrito recursivo critica el actor el dictamen del Ministerio Público, así como el de cada uno de los Magistrados del Tribunal de Familia.

Sostiene que se ha otorgado al "derecho a la vida" una interpretación incorrecta, que conduce a la obligación de actuar en cualquier caso con todas las medidas posibles para prolongar la vida, aunque no existiese posibilidad de que ésta pasase de ser meramente vegetativa. Afirma que no hay obligación de prolongarla indefinidamente cuando las posibilidades

de recuperación son nulas. Agrega que la utilización de medios desproporcionados para que se continúe con una vida que no tiene perspectivas humanas no sólo iría contra las más altas jerarquías en materia ética religiosa sino también contra la Constitución nacional pues de tal modo se vulneran los derechos a la dignidad, a la integridad psíquica, física y moral, a la vida y a la salud, y el derecho a morir con dignidad. Sobre este último manifiesta que la muerte forma parte de la vida y que entonces ese derecho se vincula íntimamente con el de vivir con dignidad. Afirma que hoy en día la alimentación e hidratación por sonda son consideradas un tratamiento médico equiparables a los otros medios artificiales de sostén, de modo que retirarla equivale al retiro de cualquier tratamiento médico, a pesar del alto valor simbólico que culturalmente tienen la provisión de alimentos y agua al paciente.

Finalmente a fs. 502/508 emite dictamen el señor Procurador General de esta Suprema Corte aconsejando el rechazo del recurso extraordinario interpuesto.

Ha quedado acreditado a través de las constancias de la causa y de los informes médicos producidos en autos que M. d. C. S. se encuentra en estado vegetativo persistente (EVP) desde hace más de 5 años y que el cuadro que presenta es irreversible.

Avala esta conclusión, el informe del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva acompañado (fs. 257/62) del que surge que "... la señora M. d. C. S. a los 32 años sufrió una lesión hipóxica cerebral (encefalopatía anóxica) secundaria a un status epiléptico durante el puerperio inmediato de su cuarto parto. Desde entonces la paciente permanece con este cuadro neurológico de estado vegetativo permanente de acuerdo a la clasificación de la Academia Norteamericana de Neurología que implica, desde el punto de vista neuropsíquico, su desconexión cognitiva absoluta e irreversible y ausencia completa de toda actividad conciente" (fs. 257).

En tales condiciones, atento el estado vegetativo en que se encuentra M. d. C. , puede decirse que aquélla conserva su vida en un sentido tanto biológico como jurídico (en los términos de la ley 24.193 de trasplantes de órganos), mas no goza de una vida sapiente y cognitiva.

Es indiscutible que la vida es el derecho más elemental de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución nacional, por la Constitución provincial y por declaraciones y tratados internacionales de jerarquía constitucional en nuestro país (arts. 29, 33, 75.22 y conchs. de la Constitución nacional, 10, 12 y conchs. de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros).

Pero debe analizarse si este derecho debe mantenerse a ultranza o si en cier-

tas circunstancias es moralmente válido no persistir en la prolongación de la vida cuando ella es sólo biológica y mantenida a través de un encarnizamiento terapéutico que no reporta ningún beneficio previsible al paciente. Según el Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva citado "... esta vida esencialmente biológica ya no es un bien supremo e intangible que deba mantenerse por encima de cualquier otra valoración..." (fs. 258).

Adelanto mi posición consistente en que ante la irreversibilidad del cuadro médico de pacientes en estado crítico, no es moralmente obligatorio el mantenimiento de la vida mediante todo tipo de tratamiento de soporte vital cuando el paciente claramente rechaza esa terapia o sus parientes **en forma coincidente** traslucen esa voluntad del paciente. Sin embargo, esto no debe interpretarse como una afirmación genérica puesto que debe estarse al estudio de cada caso en particular y especialmente al diagnóstico y pronóstico de cada paciente, así como a la opinión del Comité de Bioética correspondiente. En estas condiciones es que he de analizar detenidamente el caso de M. d. C. .

En el supuesto de autos, es su cónyuge quien solicita la suspensión del tratamiento de soporte vital, habiendo los padres y hermanos de la causante rechazado esa petición. La cuestión a dilucidar entonces consiste en analizar si resulta procedente autorizar la suspensión de la alimentación e hidratación artificiales que mantienen a M. d. C. con vida, sabiendo que el retiro de esa terapia médica conduciría inevitablemente a la muerte.

En primer lugar advierto que si bien los médicos son coincidentes en que la suspensión de la alimentación e hidratación conllevaría indefectiblemente a la muerte de M. d. C. -en palabras del Comité de Bioética: "... la muerte no se produce por el aporte artificial hídrico y nutricional..." (fs. 260)-, no se ha establecido en qué plazo tal suceso acaecería, cabiendo la posibilidad de que la prolongación de la vida de la paciente continúe aún con el retiro de la terapia de alimentación artificial.

Sin perjuicio de ello, debe evaluarse la posibilidad de retirar el tubo de gastrostomía a M. d. C. .

Entiendo que la solución a adoptarse debe rondar alrededor de las siguientes cuestiones: 1) En primer lugar -tal como lo analiza mi colega el doctor Hitters- en torno al consentimiento del paciente competente y debidamente informado de rehusar determinada terapia médica y su alcance frente a la eventualidad de que tal negativa ponga en peligro su vida, 2) En segundo lugar, en la posibilidad de que tal consentimiento sea brindado a través de un tercero cuando el paciente no está en estado consciente y 3) por último, en la validez de la declaración de voluntad -en el último supuesto- frente a los medios proporcionados u ordinarios y a los extraordinarios o desproporcionados de soporte vital.

1.-) Si bien la vida es un bien supremo y el primer derecho de toda persona,

éste debe armonizarse con el derecho a la autonomía, a la autodeterminación y a la libertad individual de cada ser humano reconocidos en el art. 19 de la Carta Magna, con estrecha relación con la dignidad de la persona contemplada en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (arts. 5.1., 7.1. 11.1 y 16, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros). Aunque la vida es, en principio, un derecho indisponible e intangible; cuando sólo existe en su aspecto biológico debe valorarse la posibilidad de admitir una disponibilidad relativa a cargo del titular de ese bien. Así, entiendo que la vida no puede mantenerse en cualquier circunstancia y a cualquier costo, pues ese bien acarrea también el derecho de vivir en condiciones de dignidad.

En base a ello, juzgo que debe primar la autonomía de la voluntad del paciente que en virtud de su derecho a la autodeterminación sobre su persona y su propio cuerpo, decide rechazar un determinado tratamiento médico, aunque esa negativa pudiera poner en peligro su vida.

Coincido aquí con mi colega preopinante doctor Hitters en que debe acatarse el consentimiento del paciente competente debidamente informado de rechazar un tratamiento médico. Ello supone atender la voluntad del enfermo que toma la decisión de rehusar la aplicación de determinada terapia médica, siempre que se encuentre en estado consciente y cuya decisión se funde en una comprensión cabal de las consecuencias previsibles de la no aplicación de la medida terapéutica propuesta, aún cuando tal decisión derive necesariamente en la muerte.

El individuo que deniega su consentimiento a determinado tratamiento médico no hace más que ejercer un derecho personalísimo a disponer de su propio cuerpo y de su propia vida que debe prevalecer bajo el amparo del art. 19 de la Constitución nacional que establece que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados".

En el orden nacional, la ley 17.132 (que regula el ejercicio de la profesión médica en nuestro país, "El Derecho", 20-789) en su art. 19.3 impone a los profesionales la obligación de respetar la voluntad del paciente en cuanto a la negativa de tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alineación mental, lesiones graves o por causas de accidentes, tentativas de suicidios o de delitos.

La Suprema Corte de Justicia, División Familia, de Gran Bretaña -en el caso "Ms.B."- al resolver la petición de D. E. B. -S. en torno a sus deseos de que se le desconectara el respirador artificial que la mantenía con vida en el hospital, expresó que "un paciente mentalmente capaz tiene un derecho absoluto a rechazar cualquier tratamiento médico por cualquier

razón o sin razón alguna, incluso cuando esa decisión lo conduzca a su propia muerte" (del voto del propio Tribunal *in re* "M.B." (Medical treatment -1997- 2 FLR 426) haciendo referencia a "S. v. B. of Governors of the Bethlehem Royal Hospital and the Maudsley Hospital" -1985- A.C. 871 comentado por Graciela Medina y Carolina Winograd en "El Derecho", 2002-II-979, "El valor de la autonomía de la voluntad ante la decisión de la muerte. El caso de Ms. B.").

Se enrolan en esta idea del consentimiento informado, entre otros, el doctor S. C. quien sostiene que "El consentimiento informado es hoy, precisamente por el ejercicio de los derechos personalísimos al cuerpo y a la salud, una prerrogativa del enfermo. Ello quiere decir que éste tiene la facultad de rehusar todo tratamiento y terapia que se le proponga médicamente..." ("Derechos personalísimos, Reflexiones jurídicas sobre la muerte: justificación del suicidio asistido y de la eutanasia", "Jurisprudencia Argentina", 1998-80A-131). En similar sentido se expresan Kraut, Alfredo J., "El derecho a rechazar un tratamiento", "Jurisprudencia Argentina", 1997-II-898, Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, t. 1, 1992, pág. 254; Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil, Parte General", Ed. Abeledo Perrot 1999; Bergoglio de Brouwer de Koning y Bertoldi de Fourcade, María Virginia en "La Eutanasia, distanasia y Ortotanasia, nuevos enfoques de una antigua cuestión", en "El Derecho", t. 117, 780).

Por consiguiente, concluyo que frente a la negativa del paciente consciente e informado de someterse a medidas artificiales de soporte vital, no cabe sino a los galenos intervinientes respetar su voluntad, sin que ello implique falta de diligencia en su labor profesional (conf. arts. 19.3, ley 17.132, 19, Constitución nacional).

2.-) Sin embargo, tal como sucede en el caso de autos y en la mayoría de los casos de pacientes en estado crítico e inconscientes, el consentimiento del enfermo es muy difícil de inferir, puesto que el individuo en estado vegetativo no constituye un ser competente para manifestar voluntad alguna. Asimismo, es muy poco probable que el paciente haya dejado asentada algún tipo de manifestación **expresa** de voluntad en forma previa y consciente, a los fines de habilitar una toma de decisión sobre su vida ante este supuesto. Máxime en un caso como el presente, en el que el estado vegetativo fue desencadenado en forma abrupta e inesperada, no encontrándose M. d. C. con anterioridad a los trastornos posparto frente a una situación u operación riesgosa de la que pudiera inferir que una enfermedad como la que actualmente padece pudiera acaecer.

En nuestra sociedad y en nuestro Estado de Derecho no existen los llamados "testamentos de vida", de trascendente valor en el derecho angloamericano bajo el nombre de "statute living will". Tanto en Estados Unidos como en Inglaterra se reconoce el derecho al paciente competente de negarse a recibir un determinado tratamiento sobre la base de un consen-

timiento informado, otorgando plena validez a la declaración del individuo capaz que dejó constancia de su voluntad de rechazar la aplicación de determinada terapia médica ante un escribano público y con la presencia de testigos.

Esto nos lleva a analizar nuestro segundo interrogante: Frente a la inexistencia de manifestación expresa de la voluntad del paciente competente, ¿puede subrogarse la decisión a los parientes más cercanos?

Entiendo que ante la ausencia de consentimiento expreso cabe verificar si no hay claras y convincentes evidencias del deseo del paciente que trasluzca su voluntad de continuar o no con determinado tratamiento de soporte vital. En ciertos casos, esa voluntad puede inferirse a través de la opinión consensuada de los parientes más cercanos -en su carácter de subrogantes directos de la persona incapaz-, siempre que cuenten con el aval del equipo médico tratante y del Comité de Ética Médica o Junta Médica según corresponda. Deben considerarse especialmente las declaraciones anteriores de los pacientes, sus creencias, su forma de vida, su entorno familiar y laboral, la posibilidad de que la decisión afecte a terceros, etc., etc.

Estimo que no cabría atribuir responsabilidad civil ni penal ni ético-profesional al equipo médico tratante, que luego del dictamen de un Comité de Ética Médica o de una Junta Médica (arts. 41 Código de Ética Médica de la Confederación Médica Argentina y 46, Código de Ética Médica del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires) y sobre la base de una decisión unánime de la familia del paciente que trasluzca su voluntad, procediera a la suspensión del tratamiento que mantiene con vida a un paciente en estado vegetativo persistente. Éste sería el caso de M. d. C. , de existir una opinión consensuada de los miembros de su familia directa.

La Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso "C. " -de aristas similares al presente- ante la petición de los padres de la paciente de finalizar con la hidratación y nutrición artificial de su hija, quien se encontraba en estado vegetativo persistente como consecuencia de un accidente automovilístico, consideró que N. C. "... tiene un derecho fundamental bajo el Estado y la Constitución Federales para rechazar o requerir el retiro de procedimientos de prolongación de la vida...". El Presidente del Tribunal al fundamentar su postura expresó que "... la elección entre la vida y la muerte constituye una honda decisión personal..." y entendió que el Estado de Missouri ha podido requerir válidamente -desde la perspectiva constitucional-, una evidencia absolutamente clara y convincente de la voluntad anterior de la paciente, frente a la petición de familiares cercanos (subrogantes) respecto a la suspensión de la nutrición e hidratación artificial en el caso de una persona en estado vegetativo persistente (conf. "N. C. c/Departamento de Salud del Estado de Missouri s/Certiorari", 110 SC T.2841-1990, comentado por Hooft, Pedro Federico y Manzini, Jorge Luis en "El Caso C. : Eutanasia, Ortotanasia o En-

carnizamiento terapéutico?", "El Derecho", 149:947). La Corte en un primer pronunciamiento no admitió el pedido de los familiares directos. Luego, procedió a aceptar prueba suplementaria y rever la decisión anterior, autorizando finalmente la suspensión del tratamiento de alimentación e hidratación artificial solicitada por los padres de la causante.

He expresado mi punto de vista hasta ahora concluyendo que la negativa informada de un paciente para recibir determinado tratamiento debe ser respetada por los profesionales médicos y así también la opinión de los familiares más cercanos que traduzcan de manera evidenciable la voluntad del paciente, cuando éste es incompetente para expresarla y siempre que cuenten con el aval del equipo médico y Comité de Ética Médica correspondiente.

En el caso de autos, no ha habido voluntad expresa formulada en forma previa y consciente por M. d. C. y la discrepancia existente entre los familiares más cercanos (el cónyuge propiciando la suspensión del tratamiento frente a los padres y hermanos manifestando su oposición) impide entrever una intención corroborable de la causante de no prolongar su vida ante una situación de estado vegetativo persistente.

En estas circunstancias, me siento imposibilitada de tomar una decisión que implique la suspensión del tratamiento que mantiene con vida a M. d. C. .

He tomado especialmente en cuenta al resolver el informe del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, en donde se expresó que "en todas las situaciones de pacientes incompetentes que antes fueron competentes y que no dejaron una directiva anticipada o de quienes no puede efectuarse un juicio sustituto, corresponde decidir sobre el concepto bioético de *los mejores intereses* del paciente. En este caso, además de retomar el siempre vigente concepto hipocrático de promover el bienestar del paciente, el punto central es quien toma la decisión y sobre que base...". Continúa diciendo que "... Aquí es unánime el acuerdo de que la familia es quien se constituye en el sustituto adecuado para la toma de la decisión" y concluye que la familia es aquél o aquéllos que representen los intereses del paciente no sólo legal sino moralmente y que en el caso el señor M. G. "representa toda la autoridad moral que puede esperarse de la familia de la paciente" (fs. 261).

No me cabe la menor duda que la decisión debe girar siempre en torno al ***mejor interés del paciente***. Está también fuera de duda que el señor M. G. le ha otorgado los mejores cuidados y ha acompañado a M. d. C. desde el comienzo de su infortunio, mas es difícil suponer que su reclamo represente a la familia cercana toda -dada la oposición de padres y hermanos- ni que su petición por sí sola evidencie en forma indubitada que tal decisión represente el *mejor interés de la paciente*.

3.-) Sin perjuicio de la solución a la que he arribado, he de pronunciarme sobre la validez del consentimiento prestado por los familiares más cercanos del paciente que traslu-

cen su voluntad, frente a las medidas ordinarias o proporcionadas para la conservación de la vida y frente a las extraordinarias o desproporcionadas de soporte vital.

Cierta corriente doctrinaria ha afirmado que en el supuesto de pacientes inconscientes el uso de los medios proporcionados u ordinarios no debe someterse a la decisión de los parientes (Bergoglio de Brouwer de Koning, María Teresa y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, "La Eutanasia, Distanasia y Ortotanasia. Nuevos enfoques de una antigua cuestión", en "El Derecho", t. 117, 780). Coincido en ese aspecto. Sostengo la idea de que el rechazo de un determinado tratamiento cuando es formulado por un tercero que sustituye la voluntad del paciente sólo puede admitirse ante las terapias desproporcionadas, entendiendo que un medio de tratamiento tiene ese carácter cuando no puede proveer ningún beneficio real al paciente y su uso por ende resulta injustificado e inútil para revertir el pronóstico o para proveer algún tipo de esperanza de recuperación.

En el caso de M. d. C. , quien se encuentra en "estado vegetativo persistente" desde hace más de 5 años, no existe una terapia conocida que pueda generar expectativas de recuperación. En estas circunstancias un tratamiento que sólo prolonga una vida vegetativa y precaria, no constituye sino una medida desproporcionada de soporte vital y por ello sería aceptable el deseo del paciente evidenciable a través de la decisión coincidente y en conciencia de los parientes más cercanos de interrumpir esa terapia. Pero como sostuve anteriormente esa voluntad concurrente no ha sido plasmada en autos.

Si bien algunos autores han tildado a la alimentación e hidratación artificiales como una medida proporcionada de tratamiento, calificándola como "soporte vital básico", no puedo sostener genéricamente esa premisa. Así, más allá del valor simbólico que culturalmente tienen la alimentación y la hidratación, deben atenderse las circunstancias de cada caso y la posibilidad de que produzcan algún resultado favorable al enfermo. En el caso de M. d. C. , esa terapia no ha contribuido a la evolución de su cuadro médico.

Conforme lo sostenido por el Rdo. P. D. B. "El médico actúa como delegado del paciente y de sus parientes más cercanos. Los deseos de éstos deben respetarse. Si el paciente o sus parientes quieren realmente que los medios extraordinarios continúen aplicándose o dejen de aplicarse, es deber de los profesionales respetar su voluntad..." (en "Medios proporcionados y no proporcionados para la prolongación de la vida", Texto del Simposio sobre "Muerte Digna" realizado en Córdoba el 20 de mayo de 1999 en la Academia nacional de Derecho y Ciencias sociales).

El jurista Francisco Tomás y Valiente decía: "[e]s humano tomar decisiones y racional que alguna de ellas afecten a la propia vida, incluido su final. En un estado democrático como el que tenemos a partir de la Constitución, la libertad como valor superior del ordenamien-

to jurídico debe llegar hasta ese umbral" (El País, Opinión, diciembre de 1984).

En consecuencia, sin dejar de apreciar la solidez de los fundamentos esgrimidos por el señor M. G. para solicitar la suspensión del tratamiento de soporte vital de M. d. C. y de valorar los cuidados que le ha brindado y le brinda a su mujer desde el comienzo del infortunio, me veo actualmente imposibilitada de autorizar la suspensión de la alimentación e hidratación artificial que se le aplica a M. d. C. ante la falta de voluntad consensuada de los familiares más cercanos.

Voto por la **negativa**.

**A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:**

1. Debo señalar, en forma preliminar, los defectos procesales que se advierten durante la tramitación de la petición objeto de autos, tal como la no designación de un curador especial (conf. art. 61, Código Civil), que coloca a la causa al borde de su nulidad no obstante la promiscua representación ejercida por el Ministerio Público.

Pero, retrotraerla al punto de inicio no me llevaría a dar una solución distinta a la que propicio.

2. Las particularidades que encierra el caso, llevan a interrogarme si los jueces pueden -mediante visos de legalidad- otorgar inmunidad de persecución al aquí peticionante, a la sazón cónyuge y curador, quien solicita autorización "a interrumpir la alimentación e hidratación artificiales de [su] esposa para que ella pueda, por fin, morir" (fs. 298); y eventualmente a la conducta que asuma el médico en su posición de garante para con la vida del paciente (conf. arts. 79 y 106 del Código Penal, 2º incs. "c" y "d" de la ley 13.944; v. caso "P. c/Reino Unido" [demanda Nº 2346/02] de la Corte Europea de Derechos Humanos [4ª sección] en la Revista de Derecho Penal Nº 2002-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 383 y ss., con comentario de Gustavo Eduardo Aboso).

3. Los sólidos argumentos expuestos por el doctor Hitters en los puntos III, IV y V ap. "a" de su voto, a los que adhiero, me eximen de despejar dicho planteo.

En tal sentido, es de recordar que en reciente pronunciamiento de esta Corte se concedió autorización para inducir el parto de la peticionante ante un caso de anencefalia, según el criterio que dictaminare el equipo profesional responsable, debiendo observar en su proceder el respeto hacia la vida embrionaria, y la solicitante **conocer, entender y consentir** actualizadamente la intervención (conf. causa Ac. 91.478, sent. del 5-V-2004).

Voto por la **negativa**.

**A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:**

1. Los antecedentes del caso han sido sintetizados en los votos precedentes, de modo que sólo reproduciré algunos aspectos que deseo enfatizar.

El 13 de julio de 1998, M. d. C. S. , luego del parto de su cuarto hijo, sufrió trastornos respiratorios que derivaron en un cuadro de encefalopatía hipóxica severa con convulsiones generalizadas, quedando en estado vegetativo permanente. En el trámite de la declaración de incapacidad promovido por su cónyuge, A. H. M. G. , en los términos del art. 141 del Código Civil, la junta médica informó (al 4-VI-1999) que "presenta[ba] un cuadro psiquiátrico de insuficiencia global y profunda de sus facultades psíquicas, ausencia de vida consciente", configurativo de "demencia en sentido jurídico" (fs. 100/101). El señor M. G. fue así designado curador definitivo de su esposa (fs. 110/111).

Quedó entonces al descubierto una gravísima situación de una paciente cuadripléjica, sin actividad voluntaria, aquejada por una insuficiencia global de sus funciones psíquicas que, entre otros aspectos, le impedía alimentarse, por lo que recibía el alimento por medio de una gastrostomía (fs. 101). Posteriores informes médicos ratificaron el diagnóstico; así, el fechado el 11-XII-2000 (fs. 311 y vta.) y las conclusiones del perito neurológico de fecha 16-VII-2001, obrante a fs. 405, que puntualiza el «estado vegetativo permanente» (EVP) de M. d. C. S. , impedida de comunicarse consigo misma ni con el medio que la rodea.

Hace seis años que la situación se mantiene: una enferma absolutamente post-rada, con pérdida total de conciencia y de posibilidades de recuperación, a quien se alimenta e hidrata de modo artificial y que recibe cuidados permanentes en el Centro de Rehabilitación L. H. .

2. El señor A. H. M. G. , cónyuge y curador definitivo de la causante, quien desde el comienzo se hizo cargo de la situación, ha solicitado la autorización para interrumpir la asistencia nutricia e hidratante que se le suministra (fs. 295/306). En respaldo de su posición, acompañó diversos documentos. Algunos, expedidos por la Iglesia Católica, entre los que se destacan la anuencia de Pbro. D. B. , profesor de Ética de la Universidad Católica Argentina, del Padre R. B. (filósofo y teólogo, director de la revista católica "Criterio"), de Monseñor J. C. , Obispo de San Isidro. Y otros, de contenido médico y bioético, emanados del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, declaraciones de la Asociación Médica Mundial, del Comité de Ética, Derecho y Humanidades de la Academia Norteamericana de Neurología (cfr. fs. 151/292). Todos sostienen la moralidad de la interrupción de los medios artificiales de soporte vital aplicados a la paciente.

Adjuntó también las manifestaciones volcadas por I. M. U. d. S. (fs. 290/291) y M. d. P. T. (fs. 292), en su carácter de allegadas íntimas de la causante que traducirían la conjetura de que M. d. C. "no habría elegido vivir así" (fs. 290) o "que no querría seguir viviendo de esta manera" (fs. 292).

3. Los padres y hermanos de la enferma se opusieron (v. escrito de fs. 326/335

y ampliación de fs. 387/391). Para ellos, hacer lugar a la autorización reclamada contravendría el Código Internacional de Ética Médica y los arts. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 6.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Culturales y Sociales, a la vez que encuadraría en tipos delictivos del Código Penal (fs. 332/333).

4. El Ministerio Público se manifestó en contra de la autorización, luego de efectuar una visita personal a la paciente en el Centro de Rehabilitación donde permanece internada (fs. 424/427 y 455 vta.).

5. Con fecha 2 de mayo de 2002 el Tribunal de Familia interviniente emitió su sentencia rechazando la petición (fs. 459/474).

En lo sustancial, el pronunciamiento tuvo presente que "en virtud de la importancia de los valores en juego [...] deb[ía] salvaguardarse el derecho a la vida por resultar un valor superior y de rango constitucional" (arts. 29, 33 y cc. de la Const. nac.; 10, 12 y cc. de la Const. prov.; 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Preámbulo de la D.U.D.H.; 4 y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; cfr. votos de los magistrados Ruiz y Abad). Afirmó, además, que no puede hablarse de un "derecho a la muerte", aun cuando se la califique como "muerte digna", ya que significaría que la muerte se halla en el área de las facultades y disponibilidades de su titular o de quien dice representarla (fs. 471).

En el voto del doctor Halbide se hizo referencia a las situaciones que rodean a la distanasia como práctica médica tendente a alejar la muerte (o prolongar artificialmente la vida) a través de medios terapéuticos desproporcionados y, también, en relación con ello, al valor del consentimiento informado del paciente competente. En cuanto a los enfermos que no manifestaron previamente su voluntad, sostuvo: "no puede recaer sobre el familiar o allegado la facultad de decidir por [aqu]él respecto del rechazo del tratamiento". En definitiva, concluyó que en tales supuestos ya no sería posible "afirmar que el derecho a la autodeterminación sirve como base para sustituir la toma de decisiones" (fs. 473). Entendió, en suma, que si bien habría "cuestiones constitucionales y legales para proceder al retiro de los medios artificiales de reanimación", deberían conservarse exclusivamente aquéllos que mantienen hidratado y nutrido el cuerpo del paciente "hasta tanto acontezca el desenlace, por ser los únicos proporcionados" (fs. 474). Por ello, siendo esa la situación de la causante, votó por el rechazo de la petición formulada por el señor M. G. .

6. Contra lo resuelto, M. G. interpuso recurso de inaplicabilidad de ley (fs. 480/490), cuyos agravios (reproducidos en el memorial de fs. 524/534 vta.) se han sintetizado en el voto que encabeza este acuerdo.

En lo sustancial, criticó el alcance asignado por el tribunal **a quo** al derecho a la vida, aduciendo que no se ha distinguido entre "matar" y "no ejecutar acciones desproporcionadas de prolongación de la vida" (fs. 482 vta.).

Tras afirmar que la "vida vegetativa" no es **per se** un valor absoluto cuando las posibilidades de recuperación son nulas, concluyó que en tales condiciones "no hay obligación de prolongarla indefinidamente" (fs. 483). Con cita de doctrina autorizada sostuvo la no obligatoriedad de los medios "desproporcionados" de sostén, reputando constitucional su retiro (fs. cit.). Afirmó que obligar al paciente a utilizar tratamientos desproporcionados para la continuación de la vida, "iría contra la Constitución nacional", con base en los derechos no enumerados (art. 33) y otros contemplados en los tratados internacionales, y la Constitución provincial (arts. 10, 12, 25 y 57), pues, siendo que la muerte forma parte de la vida, el derecho a "morir con dignidad" está íntimamente vinculado con el de vivir con dignidad, integrando el propio "derecho a la vida" (fs. 484).

Rechazó la posición del señor Asesor de Menores respecto a que la concreción de la autorización importaría un homicidio calificado o, al menos, un abandono de persona seguido de muerte, pues "no puede abandonarse a quien nunca tendrá ya vida humana, y menos puede matársela"; simplemente, se estaría permitiendo que muera (fs. 484 vta.). Afirmó, además, que la interrupción del tratamiento médico no conllevaría sufrimiento a la paciente.

Denunció que las normas invocadas para desestimar la petición han sido mal interpretadas y aplicadas, en tanto parten de una premisa errónea, cual es la de defender la vida en cualquier circunstancia, incluso "para prolongarla" con "medios desproporcionados" (fs. 486 vta./487).

Sobre el voto del doctor Halbide, cuestionó que limitara la posibilidad de interrupción del sostén artificial a los pacientes con EVP a los supuestos en que el causante hubiese formulado previamente sus deseos en ese sentido (fs. 487).

Indicó que la decisión de intervenir para prolongar la vida o suspender el tratamiento es siempre de un tercero: familiar, amigo, médico o juez. Y que tan sólo en los casos en que el paciente está consciente deben seguirse sus instrucciones (fs. 487 vta.). Defendió, por ello, la posición que autoriza, en esos casos, a tomar la decisión crucial a los parientes más cercanos y los médicos tratantes y, en caso de disenso, a la justicia (fs. 488).

Agregó, por último, que hoy día el soporte que asiste a M. d. C. es considerado una modalidad de tratamiento médico y, por ende, su retiro es equivalente al de cualquier otro mecanismo terapéutico de sostén de la vida, a pesar del alto valor simbólico que culturalmente tienen la provisión de alimentos y agua al paciente (fs. 487).

En suma, abogó por la revocación del fallo del tribunal **a quo** y el acogimiento

de la petición de autorización promovida. Reclamó, por último, que se tuvieran en cuenta los padecimientos de los cuatro hijos del matrimonio y el suyo propio (fs. 485 vta.).

7. A fs. 502/508 produjo su dictamen el señor Procurador General propiciando el rechazo del remedio articulado.

8. De las constancias de la causa surge acreditado: i] el diagnóstico de estado vegetativo persistente de M. d. C. ; ii] el cuadro de irreversibilidad de esa situación; iii] que la alimentación e hidratación artificiales que recibe apunta sólo a prolongar su estado actual, y, que, iv] su abandono o interrupción conducirá al desenlace mortal, según su cuadro clínico y en función de los conocimientos científicos (v. pericia del Cuerpo Médico de la Asesoría Pericial de La Plata de fs. 339/340, 369 y ss. y 405 e informe médico de fs. 170).

Frente a ello, la materia a dirimir en este fallo exige determinar si en vista de las normas vigentes y habida cuenta de la inexistencia de un consenso previo y debidamente informado de la paciente, así como de la falta de evidencia cierta acerca de su pensamiento frente a una situación como la que ahora experimenta, procede acoger el reclamo del esposo de M. d. C. S. al que se oponen los padres y hermanos.

9. Antes de entrar de lleno a la respuesta estimo necesario precisar un par de cuestiones.

a. El derecho a la vida es un atributo primordial del ordenamiento, establecido y garantizado constitucionalmente y en los tratados internacionales (cfr. arts. 29, 33, 75 inc. 22º de la Constitución nacional; I, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3º, Declaración Universal de Derechos Humanos; 6º.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 y 12, Constitución provincial, entre otros), sin el cual la juridicidad pierde en gran medida su sentido. Una de las manifestaciones que irradia, a más del derecho a la integridad personal (art. 5.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), lo vincula básicamente respecto de terceros con el deber de adoptar medidas, todas las razonablemente conducentes, para evitar la muerte (enigmático vocablo que al menos denota, como lo definiera Vélez Sársfield, la terminación de la existencia de las personas; art. 103, Código Civil). En el orden positivo, tal condición supone la «muerte cerebral», esto es, el cese de actividad de la corteza como del tronco cerebral, conforme a los términos de la Ley sobre Extracción y Trasplante de órganos (art. 23 de la ley 24.193).

b. De allí que, en la perspectiva estrictamente jurídica a la que este Tribunal ha de ceñirse, el drama que envuelve a la señora S. resulta ajeno al enunciado contenido en el citado art. 23 de la ley 24.193. A pesar de su mínima tenuidad vital, que sólo deja exhibir alguna funcionalidad del tronco cerebral, y no obstante la inexistencia de expectativas de reversión, M. d. C. aún está con vida; al menos, con un *cierto tipo de vida*. Y ello es así **hic et nunc**, prescin-

diendo de toda conjetura referida a una hipotética redefinición normativa de la calificación de este tipo de estados de persistente falta de subjetividad.

c. Salta a la vista que nuestro orden jurídico no proporciona gran variedad de soluciones para estos casos, más allá de la permisión del acto que pueda adoptar toda persona que afronta determinados medios terapéuticos, incluso previendo un futuro cuadro de enfermedad irreversible. El margen de maniobra de estas decisiones frente al deber de los médicos de prolongar la vida o de evitar una muerte, ha estado presente en esta litis, y de ello se han ocupado los votos de los doctores Hitters, Roncoroni y Kogan, cuyos fundamentos -en lo sustancial- hago propios.

d. Sólo añadiré que, en principio, el derecho a la autonomía, basado en el respeto a la dignidad y la autodeterminación de las personas (art. 19, Const. nac.), confiere sustento a aquella permisión, facultando al individuo competente (capaz), a repeler o rehusarse a continuar tolerando un determinado tratamiento médico, aunque con su negativa malogre su vida o lo que le queda de vida.

A las personas capaces la juridicidad reconoce un señorío sobre sus actos, su cuerpo y su propia vida (tal el alcance dado por los doctores Barra y Fayt, en su voto concurrente, cfr. consid. 11º a 13º, *in re* "B. ", C.S.J.N., "Fallos", 316:479), bien entendido que tal libertad implica sostener, que fuera de situaciones extremadamente excepcionales, está vedado cualquier acto intrusivo coactivo (del voto minoritario de los doctores Petracchi y Belluscio, en el fallo citado).

e. La autodeterminación puede tener lugar, incluso, si el paciente privado de discernimiento o impedido de expresarse al tiempo de recibir el tratamiento lo hubiera hecho con anterioridad, dando testimonio de cuál habría de ser su deseo irreductible ante una contingencia futura que lo llevara a dirimir este tipo de disyuntiva: recibir una terapéutica para la prolongación artificial de los signos vitales o discontinuarla o evitarla para acceder a un digno final.

f. Si bajo determinadas circunstancias un enfermo en peligro de muerte puede decidir no afrontar una intervención terapéutica recomendable según la praxis médica, haciendo valer su autonomía (art. 19, Const. nac.), no veo por qué no estará facultado a invocarla cuando ha de enfrentarse a un cuadro clínico caracterizado por la irreversibilidad. Debe estarse, entonces, a la decisión del paciente competente adecuadamente informado, adoptada en un ambiente libre de otra presión que no sea la inherente al contenido dilemático de la propia situación existencial.

g. En esa línea argumental se expidió la Corte Constitucional de Colombia en el caso "P. P. , J. E. s/ Inconstitucionalidad del art. 326, Cód. Penal" que legisla el llamado homicidio piadoso, en la decisión fechada el 20 de mayo de 1997. Si bien se discutió allí un supuesto

distinto al suscitado en la presente litis, en lo que resulta de relevancia para el presente, el tribunal hizo prevalecer la autodeterminación en los casos en que operaba el consentimiento del sujeto pasivo. Apelando a las bases de un país democrático y pluralista, que impiden imponer a la población una concepción de la vida como algo sagrado propio de un pensamiento religioso o moral determinado, afirmó que "si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral" (cfr. Fallo cit. en "La Ley", 1997-F, p. 509 y ss., especialmente punto II, C. 1, p. 530).

h. A su turno, la trascendental decisión sobre la propia integridad psicofísica (en sentido general, sobre la propia salud), trasunta el ejercicio de un derecho personalísimo, que -por vía de principio- queda confiado a su titular. De allí, se extraen varias consecuencias. Por ejemplo, la ausencia de efectos jurídicos derivados de la tentativa de suicidio y las autolesiones. O también -y esto es relevante en la especie- que si la persona ha dejado de ser competente, su voluntad no es sustituible por terceros, sino acudiendo a sus propias manifestaciones previas.

i. Mis colegas ya han señalado que en otros sistemas puede acudir a las llamadas «directrices o voluntades anticipadas», tales como el "testamento vital" (*living will*) o la designación de un representante (*health care proxies o directive*). La "evidencia clara y convincente", de ordinario expresada en un documento escrito y firmado, que refleje la voluntad previa del paciente, puede impulsar la discontinuidad de un determinado soporte terapéutico. En esa línea se enrola el fallo de la Corte Suprema de Justicia estadounidense en el caso "*C. vs. Director, Missouri Dept. Health*" (497 U.S. 261; 1990), ya mencionado en los votos anteriores, de características similares al presente, al reclamar un *alto standar de prueba* acerca de los deseos presuntos del causante. Deseos que también pueden derivarse en la encomienda abierta a una persona de confianza (familiar, representante legal, etc.) para que supla su voluntad en la ocasión.

De más está aclarar que los supuestos aludidos demandan extremar, con toda severidad, los recaudos exigidos para comprobar la voluntad del enfermo actualmente incompetente.

10. Ahora bien, la señora S. no pudo expresar su voluntad de interrumpir el soporte vital que todavía la asiste. Era, por cierto, inverosímil que se previniera de ello al tiempo de internarse para el alumbramiento de su cuarto hijo.

De igual modo, las constancias del expediente, atípico por su gestación así como por el tipo de pretensión articulada, no reflejan el sentido de una eventual toma de posición

anterior de quien padece semejante estado, incluyendo en ello la posibilidad de instituir a alguna persona como "guardián" para que decida por ella en este trance.

a. Esas carencias mellan la fundabilidad del recurso intentado. Sin despliegue posible del derecho a la autodeterminación personal, ni evidencia sobre la convicción anterior según el propio plan de vida de M. d. C. , y a falta de un régimen que provea alguna forma de subrogar su decisión, no es lógico atribuirle al tribunal **a quo** infracción alguna en cuanto deniega la autorización para interrumpir la hidratación y el alimento que aquélla recibe.

b. Es que, como se ha dicho, ningún dato de la causa permite recabar cuál fue, o habría sido, la voluntad de la esposa del requirente de encontrarse en condiciones de expresarla, o cuál en el supuesto de haber podido anticiparla. Carencias que no se suplen con las manifestaciones del propio cónyuge o con las acompañadas a fs. 290/291 y 292, que -como se indica en el voto del doctor Roncoroni- no configuran la prueba de testigos regulada en nuestro régimen procesal.

Hay que reconocer también que no es culturalmente frecuente en nuestro medio, ni -desde luego- jurídicamente exigible, que las personas realicen el tipo de examen a profundidad de su conciencia que requiere predeterminar y explicitar de algún modo una toma de posición semejante.

c. En el caso, las únicas voluntades puestas de manifiesto son discrepantes. La del esposo, solicitando la venia judicial para interrumpir el soporte vital; la de los padres y hermanos, oponiéndose a esa crucial actuación.

Y si bien la postura de la familia de origen de la señora S. gira en derredor de sus propias valoraciones acerca del contenido de dignidad e inviolabilidad que les merece el derecho a la vida, sin proveer de elementos objetivos que faciliten reconstruir la opinión personal de su hija y hermana, respectivamente, al menos cuenta en mi opinión como un factor negativo a la hora de buscar indicios sobre la decisión que habría adoptado M. d. C. (arg. arts. 163 inc. 5 y 384, C.P.C.C.). Así lo pienso, por cuanto es dable presumir que todo familiar próximo tiende a respetar o intentar realizar los últimos deseos íntimos de su ser querido, cuando ha perdido toda comunicabilidad o entra en un cuadro irreversible.

d. Poniendo entre paréntesis el carácter personalísimo del bien jurídico comprometido en el caso, cabe reiterar que el ordenamiento positivo adolece de una norma reguladora de la situación de los enfermos terminales. Ningún ser próximo del enfermo terminal que no ha dejado «directivas anticipadas» puede decidir por éste, tal como, por ejemplo, lo admite la Ley de Trasplante de Órganos para las hipótesis de ablación, en ausencia de voluntad expresa del fallecido (art. 21, ley 24.193).

e. Entretanto el legislador no exprese su palabra en términos normativos, la tu-

tela del derecho a la vida limita al extremo el ámbito de apreciación de los jueces, generando una fuerte restricción a la hora de interpretar la posibilidad de acordar primacía al pensamiento de un pariente cercano que propicia el desenlace mortal. Restricción que denota la insuficiencia del argumento que, en función del solo criterio de ese pariente, en el caso, el impugnante, afirma el carácter "no arbitrario" de la interrupción de los medios artificiales de prolongación de la vida, apelando para ello a una lectura hartamente extensiva de normas que, como el art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el art. 4º ap. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, apuntan a otra clase de situaciones.

f. En definitiva: aunque correspondiere reconocer que en este tipo de asuntos, en atención al resultado emergente de la subsistencia del deber jurídico de evitación de la muerte, el contenido de tal deber impone alguna modulación especial, concluyo en que, descartada hasta el presente la actuación de la autonomía individual, la determinación que el tribunal de grado impuso a esta causa ha traducido una solución jurídicamente respetable, ante la inexistencia de un derecho invocable por el peticionario con operatividad prevalente frente al respeto del tramo de vida humana que patentiza la situación de M. d. C. .

g. El peticionario ha realizado un enorme esfuerzo para dispensarle a su esposa cuidados adecuados y asistirle por muchos años (cfr. dictamen pericial de fs. 339/340 y la descripción sobre el estado de la paciente efectuada por el señor Asesor de Menores a fs. 424 vta.). Y, seguramente, de ese modo continuará al no lograrse la autorización que reclama, tal como se lo hizo saber al tribunal **a quo** al manifestarle que su esposa "*no es una carga*"; que "*...[e]s un problema psicológico para todos, pero no es una carga. Si un juez no me autoriza a dejarla morir [...], yo seguiré cuidándola...*" (fs. 305).

h. Mientras tanto, ni las voces que se erigen desde el ámbito eclesiástico, ni los dictámenes emanados de asociaciones o corporaciones médicas, ni las recomendaciones surgidas desde la bioética, pueden suplir las falencias probatorias que esta causa denota.

i. Recapitulando: en el recorrido actual que registra el presente litigio, la solución contenida en la sentencia impugnada no luce contraria a derecho, en tanto, no existiendo en autos posibilidad de encuadrar la petición en el marco del legítimo ejercicio del derecho a la autodeterminación personal de la señora S. , la solicitada interrupción de la nutrición e hidratación carecía de fundamento jurídico.

11. Sin perjuicio de lo expuesto, así como de lo decidido en el recurso extraordinario de nulidad incoado, y de la circunstancia de que tales reclamos, propios del recurso de inaplicabilidad de ley, no han sido reiterados por el impugnante al articular este otro remedio casatorio, lo atípico de su petición inicial, sumado a la carencia de precedentes sobre la materia, me llevan a auspiciar una consideración final relativa al alcance de este pronunciamiento.

La pretensión del señor M. G. , incoada a fs. 295/306, fue acoplada al trámite del proceso de insania, quedando así sujeta a las normas de ese régimen especial (fs. 356), en principio inadecuadas para sustanciar una autorización como la deducida. Esta disfunción, pese a no comportar en rigor la nulidad de lo actuado, ha angostado el margen cognoscitivo correspondiente al tratamiento de este tipo de solicitud, que aparecía ya desbordado respecto de su previsión inicial por la oposición efectuada por los padres y hermanos de la causante.

El avance del expediente hasta la sentencia del **a quo**, debido, entre otras razones, a la ausencia de reparo oportuno del señor M. G. al encauzamiento de la petición por la vía indicada, a más del tiempo que ha insumido su tramitación, tornan inviable retrotraer el litigio a su punto de origen.

Mas lo cierto es que el pronunciamiento de esta Corte sobre la cuestión de fondo debatida encierra una interpretación novedosa acerca del espacio en el que pueden desenvolverse el derecho a la vida y la autodeterminación personal. Como también lo es que esta doctrina no pudo ser conocida ni, por ende, sopesada por los litigantes a fin de perfilar de la mejor manera sus pretensiones y defensas.

Estimo por ello que el contenido de la desestimación del recurso debe matizarse en razón de los elementos ya señalados: la singularidad del asunto, la índole de su tramitación y la novedad de la doctrina emergente de este acuerdo. En consecuencia, no ha de imposibilitarse absolutamente al peticionario la prueba de la voluntad real de la paciente frente a una situación terminal como la que ahora experimenta, sobre la base de elementos certeros de convicción, en el marco de un cauce procesal apropiado que asegure la debida audiencia de quienes están involucrados en esta causa y el resguardo del interés, no claramente advertido en autos, de los hijos menores de edad de M. d. C. (arts. 15, Const. prov.; 18, Const. nacional; 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Con el alcance dado, voto por la **negativa**.

**A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:**

I. El recurrente con invocación de dispositivos tanto de la Constitución nacional como provincial y de Pactos internacionales (fs. 484) sostiene que el **a quo** "ha violado la ley o doctrina legal o las ha aplicado erróneamente" (fs. 480).

En ese orden, el impugnante expresa que se debe mantener la vida por medios proporcionados teniendo para ello en consideración la aptitud del tratamiento (fs. 483); que morir con dignidad hace en definitiva a vivir dignamente (fs. 484); que defender la vida no implica prolongarla con medios desproporcionados y por cualquier medio (fs. 486 vta./487).

Asimismo, el quejoso juzga erróneo afirmar que si el paciente no ha dejado instrucciones, el tercero responsable está obligado a seguir la dogmática regla que establecería

que se debe prolongar la vida por todos los medios (fs. 487 vta.).

Por todas las razones antes reseñadas, entiende debe descalificarse el fallo puesto en crisis y en consecuencia solicita se admita la autorización demandada (fs. 490).

## II. El recurso no prospera.

1. Liminarmente cabe señalar que como ya lo he sostenido con anterioridad (Ac. 82.058, sent. del 22-VI-2001), el ordenamiento jurídico argentino no prevé ninguna acción de consulta que habilite a los jueces a su evacuación estando en principio sólo llamados a resolver casos de intereses controvertidos o contrapuestos que ostenten relevancia jurídica presentados por los justiciables ante sus estrados con base en una normativa específica.

En tal sentido es dable resaltar que la solicitud de autorización para la adopción de medidas como las aquí requeridas carece de base normativa concreta que la viabilice y que en tales situaciones corresponde primordialmente decidir tales hechos a los facultativos médicos, con estricto apego a los principios de la ética biomédica y de conformidad con los dispositivos jurídicos en vigor.

En efecto y tal como lo señala el señor Procurador General en su dictamen, si lo que se requiere es la autorización para cumplir con una conducta despenalizada, no es necesaria la venia judicial, siendo por ello inútil. En cambio, si lo que se reclama es la autorización para incurrir en una conducta que **prima facie** encuadraría en un tipo penal, dicha anuencia no puede otorgarse por ningún magistrado en razón de que éste carece de la posibilidad de conceder licencia para delinquir, por lo que la misma deviene de realización imposible (conf. Germán Bidart Campos, "Autorización solicitada para abortar", Nota a fallo en "El Derecho", 114-184).

Es por eso que el Jefe del Ministerio Público entiende que se trata de un caso de "improponibilidad objetiva". A la misma conclusión arriba mi distinguido colega doctor Negri cuando en su voto pone en evidencia las graves falencias que exhibe la demanda que da inicio a estos actuados. Allí se indica la carencia absoluta de normativa legal que brinde sustento a lo petitionado ante los tribunales más allá de la manda de la Constitución nacional donde se establece que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano.

Sin perjuicio de todo ello, habiendo mediado resolución en la instancia de grado, encontrándose interpuesto el recurso extraordinario por el representante legal de la señora S. y a los efectos de brindar efectiva tutela y dar concreto cumplimiento a derechos y garantías constitucionales que asisten a ésta última por encontrarse en riesgo su vida, supremo valor que el derecho debe resguardar, considero que esta Corte debe entender en el caso traído a su conocimiento y expedirse sobre lo sustancial del planteo deducido.

2. Es así que comienzo diciendo que voy a hacer referencia a los antecedentes

del caso, sólo cuando ello sea imprescindible para el desarrollo de los argumentos que despliegue, dado que aquéllos se encuentran suficientemente reseñados a través de los votos que me preceden, particularmente los de mis colegas los doctores Hitters, Kogan y Soria a los que en consecuencia me remito a tales efectos.

Anticipo mi coincidencia con la conclusión a la que arriban quienes me anteceden en la formación del presente decisorio.

De las circunstancias de la causa se desprende con claridad lo siguiente:

a) Que la paciente es una persona nacida el 29 de mayo de 1966 (fs. 59), por lo que cuenta a la sazón con 38 años, evidenciando un "excelente estado físico y estético, arreglada, despierta, respirando por sus propios medios y sin ninguna máquina que la controlara" (fs. 424 vta.).

En cuanto a su cuadro clínico presenta "insuficiencia global y profunda de sus facultades psíquicas, ausencia de vida consciente..." (fs. 249), observándose "un daño cerebral irreversible" (fs. 101 vta.) y que "se halla en estado vegetativo permanente, teniendo respuestas que se corresponden al funcionamiento automático del tronco cerebral pero que no puede comunicarse con sí misma ni con el medio que la rodea debido a la falla global del funcionamiento de la corteza cerebral y por tanto de la función cognitiva" (fs. 405).

b) Que la atención de su estado y la subsistencia sólo requieren alimento por vía de gastrostomía, es decir mediante una sonda transcutánea colocada en el estómago (fs. 311 y 339 vta.).

c) Que no consta manifestación actual ni pretérita de una voluntad de la paciente para que se le prive del suministro de los vitales elementos que hoy sustentan su vida.

d) Que tampoco se comprueba la transmisión de aquella voluntad a familiares o terceros.

e) No aparece evidenciado que en el caso concreto la muerte de la paciente le genere algún beneficio.

f) Que el supuesto bienestar que la muerte de la paciente pudiera procurar a su cónyuge y eventualmente a sus hijos no posee entidad superior al derecho a la vida de aquélla.

g) Que exista alguna suerte de estado de necesidad que torne imperioso extinguir esa vida para evitar que otros sufran un mal inminente al que han sido extraños.

h) Que la referencia a la irreversibilidad del estado de la paciente debe entenderse a todo evento a la luz del estado actual de la ciencia, sin que sea posible afirmar rotundamente la inexistencia en el futuro de una solución médica al problema que hoy se estima insoluble.

i) Que no existe en nuestro plexo jurídico norma alguna que autorice dar curso

a la petición de autos.

j) Que el costo económico de mantener con vida a la señora S. no pueda ser afrontado por su cónyuge o familiares, ni mucho menos por el Estado subsidiariamente.

3. De acuerdo a estos datos puedo arribar a las siguientes reflexiones:

a) La afectada no es una anciana, ni sufre una enfermedad progresiva que inexorablemente conduzca a la destrucción inminente de su estructura orgánica. Por el contrario se trata de una persona joven, que no parece a tenor de las circunstancias expuestas tener un mayor desgaste físico que el que es propio de la evolución normal de cualquier otra persona como consecuencia del paso del tiempo.

P. A. describe la inconsciencia como "la pérdida de todos los pensamientos, sensaciones, deseos, conciencia de sí y del ambiente, sólo permanecen las funciones vegetativas y los reflejos. De este modo, si se administra alimento, el sistema digestivo funciona: los riñones producen orina; además el corazón y los pulmones siguen movilizando sangre y aire, respectivamente. Pueden persistir reflejos espinales y de tronco cerebral: fotomotor, de deglución, óculo auditivo, parpadeo de ojos, respiración, etc. Por consiguiente, estos pacientes al conservar un tronco cerebral indemne y suministrársele los debidos cuidados, pueden mantenerse vivos sin asistencia respiratoria por muchos años: en un caso, se ha informado, hasta 37 años" ("En la frontera Vida/Muerte-Problemas Bioéticos", Ed. Universitaria, Colección El Saber y la Cultura, 2a. ed., Santiago de Chile, 1992, págs. 152/153).

Se desprende por consiguiente de este cuadro y de los informes obrantes en autos que no existe pérdida de toda actividad cerebral, conservando el cerebro de la paciente ciertas funciones vitales, e incluso a fs. 424 vta./425 se señala que la misma ocasionalmente se expresa gestualmente ante determinados estímulos.

Cierto es que hay quienes sostienen que la muerte se produce cuando terminan las funciones cerebrales superiores que se encuentran en la zona neocortical del cerebro: ser consciente, mantener la capacidad de razonar, establecer relaciones con otra gente, comunicarnos con otros. Pero esta posición, conocida como "muerte neocortical" va mucho más allá de la definición de muerte encefálica hoy pacíficamente aceptada, y como apunta Florencia Luna (en Luna, Florencia-Salles, Arleen, "Decisiones de Vida y Muerte. Eutanasia, Aborto y Otros temas de Etica Médica", Ed. Sudamericana, Bs. As., 1995, p. 120) parece ignorar que "los cuerpos 'muertos' a veces, respiran -sin necesidad de respirador-, bostezan, atraviesan ciclos de sueño, tragan... Puede resultar difícil y polémico declarar que están muertas, aún cuando nunca puedan volver a tener conciencia y sus vida sean meramente vegetativas".

El propio A. alerta sobre la conveniencia de "una observación prolongada antes de hacer el diagnóstico de EVP (Estado Vegetativo Permanente), por lo menos para los daños

de origen hipóxico -tal el de autos- en gente joven" (op. cit., págs. 153/154, con cita cfr. AA. VV., Guidelines for determination of death, en "Journal of the American Medical Association", CCXLVI, 1981, p. 2186).

No advierto que exista una prolongación artificial o con más precisión artificiosa de su vida, por cuanto no estamos frente a una paciente claudicante, sino a alguien que con sustento físico suficiente parece carecer momentáneamente de una función que siéndole restituida podría llevarla al goce de una vida plena.

Es decir que encuentro en ella -como consecuencia de una lectura amplia del expediente y de los informes vertidos en él, particularmente del obrante a fs. 424/427- una posibilidad cierta de supervivencia, no tratándose de ninguna manera el suyo de un organismo decrepito, sino del de alguien que parece estar más próxima a la vida que a la muerte.

Coincido en que en algunos casos -cuando la prolongación artificiosa de la vida se encuentra "cargada de irracionalidad y con alto costo de sufrimiento" como señala el doctor Hitters- resulta en mi criterio legal y éticamente correcto dejar que la naturaleza siga su curso y que se produzca lo inevitable, en razón de que el cuerpo carece de toda aptitud para sustentar las funciones vitales.

Así por ejemplo sucedería cuando un envejecimiento extremo o un proceso de metástasis indetenible torne imposible toda regeneración. Pero no cuando las funciones vitales pueden ser mantenidas con la mera alimentación o aún mediante el agregado o la sustitución de un órgano en la medida que el contexto físico del paciente lo posibilite.

b) No podemos -sin caer en una evidente exageración-, aventurar que en el caso estamos frente a lo que ha dado en denominarse un "encarnizamiento terapéutico" ni frente a la utilización de medios que puedan tacharse de desproporcionados o extraordinarios.

Refiere A. que a través del tubo instalado mediante una incisión quirúrgica en el estómago, una de las intervenciones médicas que se practican para alimentar e hidratar a un paciente, utilizada en el caso que nos ocupa, "se instilan soluciones de nutrientes o una dieta licuificada... La intervención quirúrgica es usualmente simple y el cuidado de la gastronomía también es sencillo". Su remoción requiere una intervención quirúrgica (op. cit., p. 137).

Colegimos entonces fácilmente que nos enfrentamos con una medida de sostenimiento, que debe mantenerse a todo evento, aún cuando se aduzca -con la relatividad que luego expondremos- que el estado del paciente es irreversible.

No puede generalizarse dogmáticamente que en cualquier situación de EVP resulta desproporcionado mantener la vida de una persona sin atender las circunstancias fácticas que la contornean.

Sostiene J. G. F. luego de preguntarse "¿Podría, en algún caso, considerarse la

alimentación parenteral como una terapia desproporcionada, de tal forma que al enfermo se lo dejase llegar a la consunción?. Nuestra opinión, que no coincide con la de todos los autores, es que tal forma de alimentación es hoy tan 'ordinaria' -volvemos a la terminología clásica- que no puede permitirse que un enfermo muera consumido. El derecho a alimentarse es tan ordinario en la persona, que nos parece no puede ser negado, aunque sea a través de una forma 'extraordinaria', pero tan habitual hoy, como lo es la alimentación por vía endovenosa" ("La eutanasia", cuadernos BAC, nº 82, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1984, p. 20).

A. C. V. nos recuerda que la ley moral nos impele a hacer el bien, absteniéndonos de obrar mal, es decir nos impone deberes afirmativos y deberes negativos, considerando la omisión de un deber como un acto, resultando culpables de la omisión si estábamos obligados a hacerlo. Tras dejar sentado que "la omisión de tratamiento puede ser moralmente mala si era un deber tratar al enfermo", ejemplifica con la práctica de no suministrar alimentos adecuados a niños que son defectuosos, con lo que, en frase de John M. Freeman "los niños van muriendo de inanición sin hacer mucho ruido", para concluir en que "hacer aguantar hambre a alguien hasta que muera de inanición, cuando se lo puede alimentar, con dificultad puede asumirse como la inocente omisión de un acto. Tal proceder constituye más bien poner fin de manera intencional a la vida de un ser humano", añadiendo "Es cierto que estuvo mal haber matado millones de judíos y cristianos en las cámaras de gas. Pero no hubiera sido menos malo hacerlos morir por inanición. Desde el punto de vista moral da lo mismo matar a una persona por medios activos o pasivos" ("Bioética. Principales Problemas", Ediciones Paulinas, 2a. ed., Bogotá, Colombia, 1990, p. 293, correspondiendo la cita de Freeman a "Ethics and Decision Making Process for Defective Children" in doctor David Roy, ed. Medical Wisdom and Ethics in the Treatment of Severely Defective Newborn and Young Children, Montreal: Eden Press, 1978, p. 25)

Coincido con este pensamiento. Negar a alguien en cualquier circunstancia el alimento es matarlo, lisa y llanamente porque ninguna persona puede sobrevivir sin nutrirse, por lo que aquél constituye más allá de cualquier disquisición de gabinete un elemento absolutamente vital, tal como lo refleja con la contundencia de los razonamientos simples el informe obrante a fs. 424 vta./425. Su administración no responde en mi criterio estrictamente al concepto de terapia, sino a la satisfacción por vías alternativas de una necesidad del cuerpo humano que carece de toda vinculación sustancial con un estado de enfermedad. Cualquier paciente que se encuentre en estado de inconsciencia, más allá del origen de ésta, requiere ser debidamente alimentado. Tampoco podría concebirse que se le niegue sustento a un demente por el solo hecho de que éste adolezca de extrema debilidad o carencia de sus facultades mentales.

Ninguna cultura humanista, por más que se alegue que una persona en esta

situación no sufre ni siente, puede consentir que una vida por añadidura joven se vaya extinguiendo o consumiendo lentamente por abandono de sus semejantes.

Por el mero hecho de la alimentación no se fuerza ningún órgano vital exigiéndole un esfuerzo desmedido, ni tan siquiera se lo reemplaza, sino que por el contrario se posibilita su completo y armónico funcionamiento. El alimento opera así como una suerte de combustible que demuestra que el "motor" funciona, y que lo hace a satisfacción.

Volviendo a la pretendida existencia de un "encarnizamiento terapéutico", creo útil traer la opinión del eminente cancerólogo y profesor de la Facultad de Medicina de París Lucien Israël, quien hace especial hincapié en declarar inicialmente que "para gran desesperación de algunos de mis amigos católicos, judíos o protestantes, soy un agnóstico total ..." ("La Decisión Médica. Sobre el Arte de la Medicina", Emece Editorial, Buenos Aires, 1983, p. 179).

Encuentra esta figura en los casos de las agonías sufridas por el general Franco y el Coronel Boumedién -podemos agregar por la difusión que también tuvieron las del rey Hussein de Jordania y Josip Broz, más conocido como el mariscal Tito- a los que señala como de ensañamiento terapéutico cometido por "médicos que renunciaron a su autonomía y a su juicio ético para convertirse en simples instrumentos técnicos en las manos de hombres de poder y de fantoches" (p. 176), agregando que su configuración, entendiéndola como la aplicación de un tratamiento que no comporta ninguna mejoría "es una eventualidad muy rara. Lo que se designa habitualmente bajo ese nombre es más bien la obstinación terapéutica. Equívoco deshonroso y funesto. Si se les dejara elegir a los enfermos, no cabe la menor duda que se decidirían por la obstinación más que por el abandono. Jamás he recogido directa o indirectamente ninguna opinión conteniendo este punto de vista" (p. 184)

Hallo en coincidencia con mi colega el doctor Negri un fuerte matiz cosificante en el concepto "estado vegetativo". Si vegetar es conforme define el diccionario "vivir maquinalmente una persona con vida meramente orgánica, comparable a la de las plantas" (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, España, 1996, voz "vegetar") nos encontramos frente al paradigma incomprensible de una vida humana que se vive sin vida.

La inescindibilidad del binomio cuerpo y alma está reconocida expresa o implícitamente aún en aquellas expresiones que sustentan el pedido de la actora, ya que utilizando una figura con la que pretende graficar la situación afirma respecto de la paciente que "su alma está encerrada dentro de su cuerpo, como un pájaro en una jaula" (fs. 448 vta.) e incluso explícita que el sentido de su pedido tiene por fin que su esposa "pueda, por fin, morir" (fs. 298) y "morir dignamente y no permanecer, en forma indefinida y subhumana, en la vida vegetativa" (fs. 298 vta.). Es decir que el propio actor no cuestiona la integridad del ser humano, en cuanto

cuerpo y alma, poniendo de relevancia la necesidad de un paso subsiguiente como es la muerte para separarlos.

Ya sea en la posición de reconocer este punto de inflexión para que se produzca tal separación -que comparto-, como en la de aquéllos que piensan que muerto el cuerpo humano se extingue la vida no reconociendo la existencia de alma, no puede aceptarse la existencia de vida humana devaluada, o que merezca menor consideración que lo que se considera una vida humana plena; o de una vida subhumana, como categoría intermedia entre la vida humana y la muerte, olvidando que el derecho a la vida está ínsito en la dignidad que merece cualquier ser humano, por más que haya sido alcanzado por cualquier enfermedad o discapacidad, o que se pretenda que su "calidad de vida" sea asaz reducida.

En este punto la Conferencia Episcopal Española ha expuesto magistralmente que "la persona humana no es el mero espíritu, al que convendrían las cualidades de la persona como sujeto: libertad, responsabilidad, valor moral, etc., mientras que el cuerpo sería un mero objeto, perteneciente al orden de las cosas, y por lo tanto carente de valor moral y de dignidad merecedora de respeto. Si se incurre en este error antropológico, es inevitable acabar defendiendo la eliminación de aquellos seres humanos a quienes la cárcel de sus cuerpos defectuosos impide el desarrollo pleno de su humanidad. Pero la persona humana no es un sujeto pensante y libre que se haya instalado en un cuerpo; la persona humana es (también) cuerpo, y por eso el respeto a la dignidad de la persona es absolutamente incompatible con la falta de respeto radical al cuerpo, hasta el punto de suprimirlo por ser gravemente deficiente" ("El Aborto. La Eutanasia". Planeta De Agostini, Madrid, 1995, págs. 126/127). De allí que el nazismo haya llevado adelante su acción criminal al aceptar "la teoría de las 'vidas humanas sin valor vital', es decir las vidas que, por su precariedad, no merecen ser vividas" (p. 126).

No puede aceptarse la degradación de la imagen del paciente, que llega en algún caso hasta el extremo en que, situándose la calidad de vida por encima de la propia vida, se reduce al ser humano a la condición de "piltrafa vegetativa" cuando esa calidad degenera más allá de ciertos límites (ver Ma. Dolores Vila-Coro, "La Bioética en la Encrucijada. Sexualidad, Aborto, Eutanasia", Dykinson S.L., Madrid, 2003, p. 202, quien cita tal opinión vertida por Salvador Pániker, Presidente de la Asociación Derecho a Morir Dignamente, en Fibla, C. Debate sobre la Eutanasia, Pániker, S. "La Eutanasia Voluntaria: un Derecho Humano", Ed. Planeta S. A., Mayo 2000, p. 25).

c) Coincido con mis colegas en que todo lo que se refiere a la disposición sobre el propio cuerpo es materia de derecho personalísimo, y que la voluntad de cualquier tercero no puede suplir de ningún modo la del titular de ese derecho.

No encuentro en cambio aceptable que esa titularidad pueda ser desplazada

mediante el apoderamiento a un tercero, ya sea en forma especial, y mucho menos a través de un poder general.

Repárese que aún en alguna situación de marcado carácter patrimonial se ha resuelto que nuestro derecho no admite el reemplazo amplio de la voluntad del titular por entender que ésta podría verse burlada. Tal el caso del otorgamiento de un poder genérico y anticipado para suplir el asentimiento que prevé el art. 1277 del Código Civil. Si esto es así, cuánto más inaceptable resulta esta forma de apoderamiento cuando el bien que puede ser escamoteado es nada menos que la vida, valor precioso que no puede ser postergado en aras de ningún otro.

En ausencia de voluntad expresa del titular del derecho, el único que puede y debe actuar conforme al Juramento Hipocrático, -que prestó para ser habilitado en el ejercicio profesional-, es el médico, quien debe aplicar correctamente las reglas del arte de curar procurando el mayor beneficio para su paciente, todo ello bajo la responsabilidad que le cabe en tal condición. Es el mejor interés del paciente el que debe guiarlo inexorablemente en estos casos. De ningún modo puede atenerse a otros parámetros siguiendo directivas que le impongan otro derrotero que no sea el de cumplir su vocación de salvar vidas. Ningún parentesco ni proximidad con el enfermo autoriza al que lo acredita a interferir en la decisión del profesional, quien en todo momento debe ser el principal actor en este proceso y nunca convertirse en mero ejecutor de órdenes impartidas por terceros, mucho menos cuando ellas lo posicionan en la situación de simple verdugo de otro ser humano, para lo cual es absolutamente legítimo que aquél oponga su objeción de conciencia.

Respecto de esta última, entendida como el dejar de realizar el acto que una norma jurídica impone, por una excepción que se reconoce al profesional que apela a otros valores más elevados, Marcos Gómez Sancho, Presidente de la Asociación de Cuidados Paliativos de España, afirma con razón que "es incuestionable que la objeción de conciencia del médico no puede ser modificada por ningún juez" (cit. en conformidad por Vila-Coro, op. cit., p. 185, en Diario Médico, 25 de marzo de 2002).

En este sentido, las posibles emociones, malestares y hasta dolores que pueden experimentar estos terceros, por más sincera que fuere su expresión, no pueden parangonarse siquiera con la posibilidad de que para mitigarlos se tronche una vida humana. No es posible colocar en la misma balanza el sufrimiento de unos con la vida de otro.

Se invoca una especie de derecho que podríamos denominar a no sufrir inútilmente.

Sin ingresar al análisis de la intensidad del sufrimiento o congoja que puede experimentar una persona frente al cuadro que presenta otra, podemos afirmar que de ningún

modo puede calificárselo de inútil, por cuanto el mismo debe ser siempre portador de una esperanza. Detrás de todo drama, siempre existe la luz de una esperanza.

Por otra parte, como contracara de este sufrimiento aparece la posibilidad del goce.

En palabras de R. T. refiriéndose en este caso a los pacientes, "estos seres disminuidos, inválidos y doloridos, son un beneficio inmenso para la sociedad, pues todos los progresos del arte de curar, todos los adelantos de la pedagogía curativa, todos los cuidados de las instituciones son fruto del amor y de la solidaridad humana que la presencia del dolor y la enfermedad en el mundo, mantiene en continua actividad" ("Límites Éticos de la Reanimación" en "La Muerte en Medicina"; José A. Mainetti Editor, Ed. Quirón, La Plata, 1978, p. 191).

Vila-Coro, a su turno, expresa que a la vez que "la presencia de un ser querido a quien amar, cuidar y tratar de ayudar, es también una experiencia gratificante para la familia que tiene que soportar la carga, no precisamente ligera, de una persona en estado vegetativo o de una criatura que ha nacido con grandes discapacidades" (op. cit., p. 207).

Respecto a la voluntad expresa del paciente, sin ahondar en la cuestión relativa a que podría tenerse en cuenta en otros casos distintos del aquí considerado, sobre la que no voy a abrir juicio en esta ocasión, destaco que como bien ha quedado puesto de resalto, ella no ha sido concretada en esta oportunidad. Obviamente, en este supuesto, por sus características, la paciente no puede ejercitar el derecho a decidir sobre sí mismo.

No me parece particularmente útil apelar a decisiones producidas en el marco de sistemas jurídicos extranjeros, sin previamente hacer notar que en muchos casos tales criterios son propios de sociedades que no han priorizado la defensa de la vida como valor supremo, y que por el contrario aceptan que ésta pueda ser dispuesta en ciertas situaciones excepcionales, que ya no lo son tanto en la medida que se van extendiendo progresivamente los casos aceptados como tales.

En sociedades que admiten la muerte de seres humanos vivos para que no nazcan, por alegarse que su existencia repercutirá en forma gravosa para quienes en rigor son sus semejantes, puede resultar lamentablemente coherente que se acepte la eliminación de seres ya nacidos que no se desea que vivan más por cualquier razón que se considere socialmente válida, o que se determine que la continuidad de esas vidas humanas carece de sentido para el resto de la comunidad, y que incluso se propicie su eliminación como ocurre en el caso de ancianos y enfermos que hayan expresado su deseo de no vivir más, y aún en el del castigo por la comisión de ciertos delitos.

Pero no es éste el punto en nuestro país, donde la vida es respetada desde la concepción hasta la muerte natural, sin que nadie esté autorizado para interrumpirla en cual-

quier tramo por lo que ni la comunidad, ni los amigos, ni los parientes, ni los médicos, ni los propios jueces podemos hacerlo.

Creo en este terreno que aún tratándose del mismo titular del derecho sobre su propio cuerpo -máxime si hipotéticamente se le reconociera el derecho a disponer de su vida- no cabe atenerse a voluntades pretéritas por él expresadas sino sólo a las actuales explicadas claramente contando con capacidad para vertirlas y pleno dominio de sus facultades intelectuales, en uso y ejercicio libérrimo de ellas, sin sometimientos al designio de terceros o a violencia o presiones exteriores, con adecuada información y conocimiento pleno de la situación a que se refiere.

No me queda en claro como puede alguien prever con antelación a una situación extrema todas las circunstancias que pueden rodearla, máxime frente a los cambios que la ciencia introduce vertiginosamente en todos los terrenos y particularmente en materia médica.

Tal prevención es la que ha movido, entre otras consideraciones, a J. L. a decidir hacer público por qué no ha firmado un testamento de vida ("Por qué no he firmado un testamento vital" en Florencia Luna-Arleen Salles, "Bioética", Ed. Sudamericana, 2a. ed., Bs. As., 2000, p. 93).

Vila-Coro destaca como uno de los peligros que encierra el llamado testamento vital, que si el paciente previó que no quiere someterse a medios extraordinarios y se sigue su directiva a rajatabla tendría que dejársele morir aún cuando se le hubiera podido salvar sin mayores complicaciones, mediante el sometimiento a técnicas que exceden las normales, pero que son aptas para momentos de crisis, como son la ventilación y la circulación asistida (op. cit., p. 189). Igualmente, cita a D. V. T. "que cuenta con la experiencia de treinta años de desarrollo del actualmente denominado testamento vital", quien explica que "el médico está obligado en todo momento a interpretar la voluntad real del paciente. Quien firma por escrito su negativa a que le pongan un respirador quizá está pensando en la eventualidad de un cáncer. Pero ¿y si ingresa por un accidente de tráfico y el respirador puede salvarle la vida empleándolo unos pocos días?" (op. cit. págs. 217/218). Finalmente, señala que "este experto considera que en los próximos años se producirá un resurgir del principio de beneficencia, que se ha desplazado en la actualidad por la insistencia en la autonomía" (op. cit., p. 218).

En ningún caso el testamento vital podría ser entendido como un mandato perentorio para dejar morir y mucho menos matar (aunque a veces la diferencia entre uno y otro caso, como ya dejamos explicado, es ciertamente difusa) irreflexivamente a otro frente a ciertas contingencias tales como enfermedades, dolencias, discapacidades o impedimentos aún cuando estuvieran fijadas de modo taxativo y por más graves que sean, ya que nadie puede ser obligado a cometer delitos, sea por acción o por omisión.

Considero que toda voluntad expresada anticipadamente debería ser ratificada frente a la situación concreta en que se requiere su actuación.

La mera conservación de la exteriorización de esa voluntad sin que conste su revocación no autoriza a asegurar que la voluntad allí expresada subsista incólume y sea la actual al momento de invocarse su aplicación, en todos los términos en que fue redactada.

Me pregunto si este tipo de expresión potencia realmente la autonomía del paciente, o encapsula su voluntad dentro de un molde rígido que puede ir más allá de su propio deseo posterior, impidiéndole en este caso modificar algo así como su propia sentencia de muerte, autoasumida en circunstancias diferentes.

En una situación similar no sería lícito interponerse en el camino hacia la muerte trazado por el suicida ya que nadie podría interferir para intentar la revocación de su decisión letal una vez comenzado aquel **iter**.

Una decisión de vida no puede parangonarse de ninguna manera con una decisión patrimonial como sería la efectuada en un testamento.

No me parece por otra parte lógico, conveniente ni adecuado a la naturaleza y formación del ser humano predisponerlo a una claudicación anticipada, muchas veces genérica frente al dolor y a la frustración, intentando hacerle creer utópicamente que el máximo sufrimiento en el transcurso de una vida y en definitiva el fracaso total de ella es la que ocurre frente a un proceso de muerte, como si este no fuera el colofón necesario de nuestra existencia.

Para Vila-Coro "la salida 'fácil' al sufrimiento desalienta la investigación en cuidados paliativos" (op. cit., p. 207).

Por mi parte, considero que si se utilizara la gran energía que recurrentemente se dilapida en prever cómo podría eliminarse rápidamente a una persona frente a un proceso terminal que se anticipa irreversible, en inculcar al gran público la necesidad de afrontarlo con entereza y madurez, aprovechándolo para reflexionar sobre el valor de la propia existencia, y de las posibilidades y alegrías que ella dispensa, aún sobreponiéndose al dolor que ocasionalmente pudiera acompañarlo, se rendirá al mejor homenaje al principal derecho humano: la vida, contribuyendo positivamente a su reafirmación, en momentos en que el mismo se encuentra severamente amenazado por prácticas totalitarias y avasallamientos sistemáticos.

Asimismo, se observará un notable avance en el desarrollo de los cuidados paliativos, que son el mejor aliado que hoy por hoy ofrece la ciencia frente al trance de la muerte.

Desde una visión negativista, todo suceso doloroso que ocurriera en el transcurso de una vida podría ser también evitado mediante el expediente de una pronta muerte, con lo que el hombre en su afán de sortear todo sufrimiento podría encarar su existencia paradójicamente procurando prestamente su óbito, perdiendo así su capacidad de enfrentar cualquier

situación azarosa susceptible de generarle penurias, abdicando de toda iniciativa cuando el éxito no estuviera garantizado desde un comienzo.

Podría llegarse así a una virtual entronización del suicidio o del deseo suicida.

La existencia de un pretendido "derecho a la muerte" no puede ser sostenida si se lo entiende como la consagración de una voluntad caprichosa de poner fin a la propia vida.

Si, cuando con ello se quiere expresar que ninguna persona puede ser obligada a someterse a una sobrevida también antojadiza y artificialmente forjada que obstaculice un inevitable tránsito hacia la muerte natural.

Respecto a este tema nos ilustra Vila-Coro: "el Estado protege la vida humana como un bien de índole superior: procura impedir el suicidio y la huelga de hambre. Hay otros derechos irrenunciables que no tienen las características de drástica irreversibilidad que tiene el derecho a la vida: a la educación obligatoria, a condiciones de trabajo higiénicas con las medidas de seguridad previstas por las leyes, a no ser mutilado ... el derecho no reconoce la eficacia de la voluntad que renuncie a estos derechos que se imponen obligatoriamente ... El derecho a la muerte no puede derivarse del derecho a la libertad, pues con el ejercicio de ese supuesto derecho quedaría anulada la libertad ... Al ejercer el derecho a la libertad se realiza un acto que no incluye la destrucción de la facultad de decidir ..." (op. cit., págs. 229/230).

Es que al ser la vida el presupuesto en que se sustentan todos los demás derechos, la renuncia a ella trae inevitablemente aparejada la supresión en bloque de aquéllos.

Lo anterior explica los casos en que el Estado, como quedó dicho, obliga a los individuos a preservar su integridad física v.gr. a través del uso de casco para los motociclistas, de cinturón de seguridad para los automovilistas, de prohibición de ingreso a ciertos lugares considerados peligrosos, etc.

d) Sin perjuicio de los argumentos ya expuestos, el amigo o pariente en muchos casos puede elegir una vía absolutamente divergente de aquélla por la que hubiera optado el enfermo, y más allá de su buena intención dar una indicación absolutamente errónea, que de ninguna manera podría motivar el sumiso acatamiento por parte del médico.

A. se refiere a las decisiones de los parientes y enfatiza la necesidad de tener presente que no les asiste a ellos una autoridad especial sobre los pacientes por razón de su relación, ya que carecen de todo derecho para determinar la duración de la vida de los enfermos, al igual que tampoco lo tiene el Estado (op. cit., p. 174).

Por otra parte, en la decisión pueden pesar muchas veces circunstancias que no consultan tanto el interés del paciente como el inconsciente y otras veces consciente deseo del decisor ante datos tales como el prolongado transcurso del tiempo, el desgaste emocional que esto inevitablemente conlleva, abultados gastos hospitalarios que genera la espera, huma-

nas y comprensibles expectativas patrimoniales o personales que pueden seguirse como consecuencia de la muerte de una persona.

Es lo que motiva el interrogante que plantea Vila-Coro ¿Se aplica siempre la eutanasia (o en este caso el retiro del sustento) movido por razones altruistas para ayudar al enfermo?. Al que responde que en principio los que son partidarios de llevarla adelante se refieren a enfermos terminales, pero que su objetivo es más ambicioso: extenderla a quienes "suponen una carga para las familias y para la sociedad: los pacientes con derrames cerebrales, esclerosis múltiple, daños cerebrales en general, tetraplégicos, enfermedad de Lou Gehrig, senilidad avanzada" (op. cit., p. 209).

e) En muchas oportunidades se menciona que la vida que en el estado actual se le ofrece a la paciente es indigna.

Dada las circunstancias del caso y como ya expresé, no advierto el porqué de dicho calificativo. Ninguna vida humana puede ser tachada de indigna, y no percibo en las condiciones en que en este caso se la lleva adelante que ellas puedan traer aparejada dicha tacha.

R. Spaemann nos recuerda sobre el particular que "La dignidad del hombre es inviolable en el sentido de que no puede ser arrebatada desde fuera. Sólo uno mismo puede perder la propia dignidad. Únicamente puede ser lesionada por otro en la medida en que no es respetada. Quien no la respeta, no se apropia de la dignidad del otro, sino que pierde la propia" ("Lo natural y lo racional", RIALP, Madrid, 1989, págs. 96/97, cit. por Vila-Coro, op. cit., p. 204).

T. califica de peligrosa "la afirmación que sostiene que se pueden entregar las armas cuando la vida que se prolonga no es humana, es decir razonable y digna", por cuanto ella podría ser extendida a los muchos seres humanos que sólo vegetan en hospitales, y que parecen carecer de una perspectiva razonable para su vida, generando una fuerte tentación de suprimirlos (op. cit., p. 190), para concluir que "La nobleza de la medicina no está tanto en sus espectaculares adelantos científicos, cuanto en los valores morales que deben poseer en alto grado sus profesionales. Estos valores humanos impulsan al médico a no dar por terminada su misión cuando se lava las manos diciendo: "no hay nada más que hacer", sino a enfrentarse con la realidad de la muerte que para la mayoría es el acto más importante de la vida, pues de ella depende toda la eternidad" (op. cit., p. 192).

¿Cómo puede en efecto discernirse que privarla del alimento necesario para subsistir es la mejor actitud que se puede tener para con la paciente?. Si como se señala no sufre ni siente, en todo caso el desenlace le sería indiferente, si no fuera porque es nada menos que su vida lo que está en juego, sobre la que sólo ella podría decidir.

En la defensa de una persona que se encuentra inconsciente -ser débil que necesita protección- debo colocarme en su lugar más que en el de quien está destinado a atenderla. Puesto en esa

situación, creo que mi instinto de vida superaría cualquier voluntad eventual de arribar a un deceso anticipado, máxime cuando el mismo debería producirse como consecuencia de la falta de alimentación.

Ante cualquier duda me inclino por considerar que mientras hay vida hay esperanza y que en tanto ella existe, lo que hoy se detecta como irreversible mañana puede por propia reacción del cuerpo humano o por la ayuda de la ciencia, revertirse.

T. previene que "Los adelantos de la ciencia y de la técnica obligan al moralista de hoy a presentar con cautela y casi con reserva, los principios enunciados hace veinte años por Pío XII. Así se ha acortado mucho la distancia entre los medios ordinarios y extraordinarios tenidos en cuenta para establecer y justificar la no obligatoriedad de su uso, pues lo que antes era verdaderamente extraordinario, hoy es casi de uso corriente" (op. cit., p. 189).

A su vez, Vila-Coro, tras reseñar dos casos ocurridos en el hospital de paliativos de San Juan de Dios, en España, en los que sendos pacientes despertaron -contra el pronóstico médico que los había desahuciado- de un coma profundo, después de 6 y 4 meses, concluye que "dada la dificultad de solucionar situaciones como las mencionadas creo que, en caso de duda, se debe apostar por la vida", añadiendo seguidamente "Es una apuesta que debe practicarse con mucho amor, requiere una gran dosis de generosidad y una serie de virtudes que no florecen en demasía en nuestra sociedad de consumo" (op. cit., p. 197).

En cuanto hace al concepto de irreversibilidad que surgiría de los dictámenes y artículos médicos anexados al expediente, el mismo debe ser necesariamente relativizado en función de que así lo sugiere la autoridad que emana de los propios textos acompañados (así a fs. 236 y en su traducción a fs. 249 se consigna que es "sumamente improbable" que vuelvan a recuperar el estado de conciencia; que el pronóstico de irreversibilidad "está basado en probabilidades y no en absolutos"; que la recuperación del estado de conciencia "no es probable"; que "es poco común"; que "tienen poca posibilidad"; que son pocos los pacientes que han recuperado el estado consciente luego de un estado vegetativo persistente; que existe "la más ínfima posibilidad de recuperación"; que media una "casi certeza de irreversibilidad").

Particularmente expresivo en este aspecto ha sido el reciente discurso (2 de abril de 2004) de Juan Pablo II sobre Estado Vegetativo y Eutanasia pronunciado a los participantes del Congreso sobre "Tratamientos de mantenimiento vital y estado vegetativo" organizado en Roma por la Academia Pontificia para la Vida y la Federación Internacional de Asociaciones de Médicos Católicos, en el que expresó categóricamente que "no hay que olvidar o subestimar que existen casos bien documentados de recuperación, al menos parcial, incluso a distancia de muchos años, hasta el punto de que se puede afirmar que la ciencia médica, hasta el día de hoy, no es aún capaz de predecir con certeza quién entre los pacientes en estas condiciones

podrá recuperarse y quien no" (ver [www.juanpablosegundo.com.ar](http://www.juanpablosegundo.com.ar), Link Discursos).

En cuanto a la calidad de vida (CDV) que se intenta presentar como disminuida en la paciente considero útil remitirme a la reflexión que allega A. "Un paciente en fase terminal aumenta progresivamente la modestia de sus aspiraciones a la CDV; a medida que su enfermedad avanza, la exigencia inicial de una vida activa deja paso a una existencia sin dolor y sin graves limitaciones, y sucesivamente a la aceptación de un número cada vez mayor de renuncias, hasta el punto de considerar el simple hecho de vivir como el único o casi único tesoro por el cual se ofrecen o se abandonan todas las otras cosas" (op. cit., p. 162).

Israël, por su parte, se refiere a las incertidumbres de hecho que siempre rodean las decisiones que buscan terminar con los sufrimientos y señala que "Todos los médicos han presenciado, sea resurrecciones inesperadas en situaciones consideradas finales, sea mejoras temporarias, inesperadas, apreciadas por los interesados ... Impedir que eso ocurra es cargar con una responsabilidad bien grande..." (op. cit., p. 177) y con respecto a quienes omiten realizar cualquier esfuerzo frente al cáncer dada su certeza íntima de la inutilidad de efectuarlo puntualiza que "al abstenerse desconocen las realidades, es decir el progreso y apartan a los enfermos de sendas que encierran una promesa, que cada vez con más frecuencia se cumple" (op. cit., p. 182)

Si por un momento se me representa que al negar comida y bebida puedo estar matando a mi semejante, de ningún modo puedo hacerlo.

f) En la pugna del interés individual de la paciente por una parte, y por la otra el de quienes hoy alegan un sincero sufrimiento con motivo de la situación de aquélla, corresponde inclinarse decididamente por el primero, ya que en él se encuentra involucrado el valor vida, lo que no ocurre con el segundo. Ni aún la defensa de un valor social o familiar justificaría su prioridad sobre el individual, si para otorgársela hubiera que hacerlo a costa de la vida de quien representa este último.

g) De ningún modo puede afirmarse -máxime frente al mayor peso que tiene el derecho a la vida de la paciente- que existe un derecho correlativo de un tercero en peligro que justifique su necesidad de acabar con aquél.

h) Quedó ya dicho que el acelerado ritmo de los avances científicos no permite eliminar toda posibilidad de que la solución que se estima hoy médicamente insoluble no pueda hipotéticamente ser revertida.

Baste mencionar al respecto los progresos que registra la ciencia médica en materia de tratamiento del SIDA (Omar F. Hiruela y María del P. Hiruela de Fernández en "El Denominado 'Testamento Vital' y el Derecho a Morir Dignamente", "Jurisprudencia Argentina", 2004-IV, fascículo nº 5; "Bioética", Bs. As., 3-XI-2004, p. 29, nota 45), ejemplifican sobre estos

avances que hace menos de 10 años la neumonía por *Pneumocystis carinii* en un paciente con SIDA y sin apenas T 4 era contraindicación para ingreso en UCI -Unidades de Cuidados Intensivos-, pues era predictor de terminalidad).

i) No parece viable que en nuestro sistema jurídico, hoy claramente refractario a la admisión de la acción que se pretende, pueda dictarse norma alguna que permita arribar a una solución distinta.

j) El bienestar de la colectividad no puede edificarse sobre el sacrificio de la vida de seres humanos enfermos, discapacitados, ancianos o marginales.

Aunque alguno las califique de "vidas improductivas" o "vidas sin sentido" o "vidas inútiles" o "molestas", son vidas humanas y corresponde que sean respetadas con toda la dignidad que merecen como tales, debiendo procurarse en todo caso su plena integración comunitaria en la forma más adecuada a sus posibilidades.

Cuando el conjunto social desprecia al individuo considerándolo sólo como un número irrelevante, fungible e incluso prescindible, junto con tal despersonalización aparece con su faz más descarnada el rostro del totalitarismo.

La improductividad u onerosidad económica que pueda seguirse de tal situación debe ser asumida en estos casos solidariamente por el colectivo social, que no puede por el contrario coligarse para eliminar físicamente a los componentes que estima no le son útiles.

En el caso, de ningún modo aparece probado que los familiares, o el Estado en eventual subsidio de los mismos, carezcan de la posibilidad de brindar sustento a la paciente.

4. Debo hacer una última referencia atento a la mención contenida en los votos precedentes respecto de la necesidad de nombramiento de un curador **ad litem** de la señora S.

Coincido con tal exigencia, aún cuando advierto que todo retroceso en la marcha de este proceso sólo producirá perjuicios para la totalidad de los involucrados en el mismo.

Por ello, considero que una causa como la presente reclama que esta Corte asuma en plenitud su rol de justicia de protección, teniendo en cuenta la posición de marcada debilidad en que por las circunstancias apuntadas se encuentra la señora S. , no pudiendo permanecer neutral -sin que ello implique abdicar de su imparcialidad- frente a la situación de cada uno de los litigantes, manteniendo un activismo que le posibilite arribar a un juzgamiento equitativo e igualitario (que consagre lo que se ha dado en llamar la igualdad real) de las partes en el proceso.

5. En lo atinente a las opiniones vertidas a fs.185/187, considero que las mismas no comprometen la posición que sobre el tema sustenta la Iglesia Católica, quedando reducidas a meras expresiones personales frente al discurso pronunciado por S.S. Juan Pablo II

-quien sí por su jerarquía asume el Magisterio dentro de esa Institución- con fecha 2-IV-2004, con un claro sentido contrario a aquellas afirmaciones, lo que deja en absoluta orfandad la solitaria alegación de derecho contenida en la demanda. Por ello considero innecesario extenderme sobre el planteo de la eventual influencia de tal pensamiento respecto del Estado.

Por lo expuesto, con fundamento en lo establecido en los arts. 33 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 11 y 12 de la Carta Magna provincial; 4 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 6 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 6 inc. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y lo concordante que surge del voto de los Ministros que me precedieron, careciendo en consecuencia de todo sustento los agravios formulados por la recurrente, se impone su rechazo, por lo que voto por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

#### **S E N T E N C I A**

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, respecto del recurso extraordinario de nulidad, se lo rechaza. En cuanto al de inaplicabilidad de ley, por mayoría de fundamentos, también se lo rechaza (arts. 289 y 298, C.P.C.C.). En atención a la naturaleza de la cuestión resuelta se imponen las costas por su orden en todas las instancias (art. 68, 2º ap., Cód. cit.).

El depósito previo de \$ 2500 efectuado a fs. 491 queda perdido para el recurrente (art. 294, Cód. cit.), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la Resolución 425/2002 (texto resol. 870/2002).

Notifíquese y devuélvase.

HECTOR NEGRI

FRANCISCO HECTOR RONCORONI

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

ADOLFO ABDON BRAVO ALMONACID

Secretario

**BIBLIOGRAFÍA SOBRE: DISPOSICION SOBRE LA PROPIA VIDA. AUTONOMIA VOLUNTAD. EUTANASIA. DISTANASIA. DISPOSICIONES DE ULTIMA VOLUNTAD.**

- 1) Calogero Pizzolo, "Entre el derecho a la vida y el derecho a la muerte: el derecho a la autodetrminación...", en "La Ley", Suplemento de Derecho Constitucional", Buenos Aires, 24 de febrero de 2003, pág. 68
- 2) Graciela Medina y Carolina Winograd en "El Derecho", 2002-II-979, "El valor de la autonomía de la voluntad ante la decisión de la muerte. El caso de Ms. B.
- 3) "Derechos personalísimos, Reflexiones jurídicas sobre la muerte: justificación del suicidio asistido y de la eutanasia", "Jurisprudencia Argentina", 1998-80A-131
- 4) Kraut, Alfredo J., "El derecho a rechazar un tratamiento", "Jurisprudencia Argentina", 1997-II-898,
- 5) Bergoglio de Brouwer de Koning y Bertoldi de Fourcade, María Virginia en "La Eutanasia, distanasia y Ortotanasia, nuevos enfoques de una antigua cuestión", en "El Derecho", t. 117, 780
- 6) Hooft, Pedro Federico y Manzini, Jorge Luis en "El Caso C. : Eutanasia, Ortotanasia o Encarnizamiento terapéutico?", "El Derecho", 149:947
- 7) "Medios proporcionados y no proporcionados para la prolongación de la vida", Texto del Simposio sobre "Muerte Digna" realizado en Córdoba el 20 de mayo de 1999 en la Academia nacional de Derecho y Ciencias sociales
- 8) Corte Constitucional de Colombia en el caso "P. P. , J. E. s/ Inconstitucionalidad del art. 326, Cód. Penal". en "La Ley", 1997-F, p. 509 y ss., especialmente punto II, C. 1, p. 530
- 9) Germán Bidart Campos, "Autorización solicitada para abortar", Nota a fallo en "El Derecho", 114-184
- 10) Omar F. Hiruela y María del P. Hiruela de Fernández en "El Denominado 'Testamento Vital' y el Derecho a Morir Dignamente", "Jurisprudencia Argentina", 2004-IV, fascículo nº 5;

