



NEUQUEN, 6 de septiembre de 2011

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**D. M. A. S/ DECLARACION DE INCAPACIDAD**" (**EXP N° 39775/9**) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA N 2 a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Patricia CLERICI** y **Federico GIGENA BASOMBRIO**, en subrogancia legal -Acuerdo N° 4689 del TSJ- con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Mónica MORALEJO**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el **Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO** dijo:

1.- La sentencia de primera instancia rechaza el pedido de autorización formulado por las curadoras, hermanas de la persona interdictada según consta en las mismas actuaciones. Autorización cuyo objeto consiste en el "inmediato retiro, cese y abstención de todas las medidas de sostén vital en el cuerpo" de quien, desde hace más de 16 años, sobrevive a un accidente de tránsito en "estado vegetativo permanente" o "EVP" según la sigla con que habitualmente se lo denomina.

La argumentación de la jueza de grado, en síntesis, afinca en la falta de legislación sustancial que contemple la situación de "EVP" y la ausencia de expresión cierta de la voluntad de la persona afectada acerca de la persistencia o no de su vitalidad biológica en ese mismo estado vegetativo permanente.

Es decir, si la persona sujeta a esa afección de la salud, puede ser lícitamente representada, a través de algún tipo de representación legal, para la emisión de una interpretación negativa de su voluntad en cuanto a su continuidad biológica bajo tan extremadamente adversa condición, siendo la respuesta de la magistrada que nos hallamos ante un vacío normativo material insusceptible de ser salvado por la autoridad judicial, esto es, que el caso se encuentra únicamente sujeto a una ponderación deontológica o



de ética profesional por parte de los profesionales de la medicina que brindan su atención a la persona mencionada, que son quienes, en definitiva, deben asumir una decisión al respecto.

Y, en fin, que ello es así por más que los informes de diversos organismos médicos y/o relacionados con la salud que obran en autos e, inclusive, la misma pericia médica llevada a cabo en ellos por el Cuerpo Médico Forense de Neuquén, expresen que la "asistencia debe limitarse a hidratarlo y alimentarlo -al paciente-, y darle los cuidados llamados de 'confort', cambio de ropas de cama, rotarlo para que no se escare, etcétera" y que, en cambio, "todo lo demás está fuera de la ética y no es lícito". La jueza señala que ello es así ya que las "*recurrentes infecciones*" -fs.823vta.- (que se le producen al paciente, "-en general- por el hecho de alimentarse a través de una sonda o por convulsiones", íd.) "*se solucionan con el suministro de medicamentos antibióticos o tratamientos simples... que se usarían para cualquier otro paciente en esa condición, y por ello no puedo interpretar que tales actos constituyen métodos extraordinarios o desproporcionados a la condición de M.*" (fs. 823 vta./824), amén de señalar que el Dr. Losada -Jefe del Cuerpo Médico- "*nada dice*" acerca de dichas prácticas médicas tendientes a la superación de las infecciones.

2.- De su lado, en lo medular, la apelación se sustenta en la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia elaborada por la Corte Suprema de la Nación trayendo a colación diversas causales: grosero apartamiento del derecho vigente, autocontradicción de la sentencia, apartamiento de las constancias de la causa y fundamentación sólo aparente.

Lo primero, pues, en su entender, el fallo omite aplicar normas constitucionales contenidas en la propia Ley Suprema de la Nación -arts. 28, 14 y 19-, también en Tratados



Internacionales e, igualmente, en la Ley Provincial N° 2611 arts. 4 incisos I), N), O), P), y 11 incisos a) y b), dispositivos, todos ellos, que consagran el derecho a una "muerte digna" que mana del "bloque de constitucionalidad federal que conforman la Constitución y los Pactos que tienen estatus constitucional".

La autocontradicción, ya que el decisorio, pese a reconocerles puntualmente legitimación activa a las curadoras para formular la petición, la desconoce a la postre, al denegar la autorización.

En fin, lo restante -apartamiento de las constancias de la causa y fundamentación sólo aparente-, porque la sentencia, dejando de lado los informes de las instituciones científicas y la pericia de la causa, entroniza la opinión meramente subjetiva de la decisora y lo hace sin explicación plausible alguna, sólo trayendo a colación las palabras pronunciadas por el Papa Juan Pablo II en su discurso del 20 de marzo de 2004 a los participantes en el Congreso sobre "Tratamientos de mantenimiento vital y estado vegetativo", amén de la impresión que ella se forjara a partir de la visita personal que le efectuó al paciente.

3.- En mi opinión, en orden al pedido de autorización inicialmente mencionado, la sentencia efectúa una correcta y equilibrada ponderación de la situación vital del interdictado, Sr. M. A. D., como de las diversas opiniones que se vierten en el proceso a través de la pericia médica y de los informes de las Instituciones científicas médico profesionales y/o de salud que en ella se mencionan.

No obstante, antes de nada, consideremos el obstáculo de la supuesta autocontradicción del fallo en lo que concierne a la *legitimación* de las curadoras, tema que ellas proponen como segundo agravio.

Como se dirá más adelante, el presente pedido de autorización, por su misma naturaleza, en realidad entraña un



*proceso voluntario* más que uno contradictorio en tanto que el concepto de *legitimación* refiere específicamente a este último (así, Palacio, "Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, 2ª Edición, T. I, p. 368 y ss., particularmente, p. 383 y ss., p. 387 y ss. y 406/407, donde el autor define a la legitimación como "aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual el proceso versa" y ahí mismo subraya que: la "pauta a la cual es menester atenerse, como principio, a fin de determinar en cada caso la existencia de legitimación procesal, está dada por la titularidad activa o pasiva, de la relación jurídica controvertida en el proceso"; más allá de señalar cierta discrepancia en la doctrina, cf. en términos generales, Morello y colaboradores, "Códigos Procesales...", Editora Platense, 2ª Edición, T. IV-B, p. 219 y ss.; Colombo, "Código Procesal...", Abeledo-Perrot, 4ª Edición, T. I, p. 562 y ss.; distinguiendo entre la legitimación "ad causam" y "ad processum", véase Devis Echandía, "Teoría General del Proceso", Editorial Universidad, Bs. As. 1984, T. I, p. 287 y subsiguientes).

Ahora bien, señalado lo anterior, puede no obstante transpolarse el concepto al proceso voluntario y, siguiendo la terminología propuesta por el primero de los autores citados, resultaría entonces que en ese último *la legitimación activa* remitiría a la persona legalmente habilitada para proponer el pedido de autorización ante el órgano judicial y, dentro de este sentido es donde, incuestionablemente, en aparente paradoja, las peticionantes hallan legitimación en la norma genérica del art. 481 del C. Civil.

Y, efectivamente, pareciera una paradoja, ya que mientras la norma en cuestión alude a la "obligación



*principal*" del curador que consiste en "cuidar que (el incapaz) *recobre su capacidad*", esto es, *su salud* o, en otros términos que la actividad y esfuerzo de aquél *procure primordialmente la curación de la enfermedad que origina la interdicción* (cf. por ejemplo, Llambías: quien la connota como "obligación principalísima" añadiendo que el curador "... debe procurar por todos los medios a su alcance, (para) que aquél se recupere de la enfermedad de que adolece", "Código Civil Anotado", Abeledo-Perrot, T. I, p. 1203; asimismo, CNCiv Sala B 11/3/82, ED 99-360), la autorización impetrada, al apuntar a la supresión del "soporte vital" -causación indirecta de la muerte-, importaría, en lugar de ello, una actitud del curador manifiestamente adversa a la misma salud.

No obstante: aun dentro de la aparente contradicción *recobrar la salud-provocar la muerte*, se ubica también la de *evitar o disminuir el sufrimiento* sea porque directa o indirectamente se provoca la muerte (eutanasia por comisión y por omisión; véase, Domingo Basso OP, "Nacer y Morir con dignidad-Bioética", Depalma, 3ª Edición, ps. 462/465), sea porque, aun sin buscársela, ella sobrevendrá aceleradamente, es decir, seguramente con antelación al momento en que la evolución normal de la enfermedad la habría provocado, a consecuencia del suministro al paciente de drogas narcóticas o paliativas del dolor (ibíd., p. 467 y subsiguientes).

Y aunque es claro que una y otra actitud merecen distintas connotaciones ético-jurídicas, también lo es que sendas conductas, de alguna manera, se relacionan con la salud y la consecuencia de su ausencia expresada por el sufrimiento: hipotéticamente, pues dicho género conductual hallaría explicación (y en algunos casos, también tutela jurídica) bajo la amplia directiva de buscar la salud del paciente.

Pero, como ello mismo permite avizorar, no cualquier proceder en esa dirección hallará el respaldo del Derecho, lo que a su vez transparenta que, de modo semejante a como acaece



en el proceso contencioso, el hecho de que el peticionante/actor cuente con *legitimación* no necesariamente significará que cuente con "*derecho*" en lo que concierne al fondo de su pedido/pretenición o, dicho de otro modo, la legitimación no necesariamente importa la "*fundabilidad*" (así por ejemplo, Palacio: "Ocurrirá lo primero -será "fundada"- cuando la pretensión procesal, en razón de su contenido, resulte apropiada para obtener una decisión favorable a quien la ha planteado; y desde que dicho contenido se halla representado por una concreta situación de hecho a la que se atribuye un determinado efecto jurídico, el examen de *fundabilidad* consiste, fundamentalmente, en determinar si ese efecto jurídico corresponde, o no, a la situación de hecho invocada", *ibíd.*, T. I, ps. 415/416).

Esto es, dentro del esquema de la sentencia recurrida: por más que las peticionantes están "*habilitadas*" para formular la petición, ésta misma carece de sustento en el Derecho y, más concretamente, en nuestro país no hay legislación positiva que valide semejante autorización.

Fuera de ello (que aparece como expresión técnica del sentido de este aspecto parcial del fallo), la intención implícita de éste es reconocer la "*autoridad moral*" de las peticionantes (para peticionar en la forma en que lo hacen) a partir de la preocupación fraterna, evidenciada durante largos años y a través de diversas acciones concretas.

El contexto de la fraseología que a este respecto vierte la sentencia, nítidamente ponderativa de la actitud general de las curadoras (fs. 822 y vta.), así lo pone de manifiesto, pero ¡atención!: claro que autoridad moral no necesariamente equivale a *fundabilidad* del pedido, y por ello, progresando en su lectura, el mismo fallo se encarga de decir:

"No tengo dudas de que esta familia ha hecho, y sigue haciendo, lo que considera mejor para M.. Pero ello no supone... que deba procederse conforme a su convicción" (fs.



823) porque, como se ha anticipado, la conclusión a la que él arriba es que la situación fáctica que se plantea no encuentra respaldo en nuestro Derecho por ausencia de una norma jurídica que valide el proceder que se impetra.

4.- Anticipé que el presente entraña un *proceso voluntario* y añadido ahora que, en efecto, así es en tanto su objeto, la obtención de una "*autorización judicial*", expresa claramente tal sentido, proceso pues que nítidamente presupone una "ley" que avale la autorización.

Así "su iniciación no se halla determinada, como ocurre en los procesos contenciosos, por la finalidad de obtener una decisión que declare la existencia de algún efecto *en contra o frente* a una persona distinta de quien reclama el ejercicio de la actividad judicial, sino por la necesidad de lograr un pronunciamiento al cual la ley condiciona el nacimiento o la eficacia de una determinada relación jurídica. De allí que en los procesos voluntarios las decisiones judiciales se dicten, eventualmente, a favor del peticionario, pero no en contra o frente a un tercero". (Palacio, *ibíd.*, T. I, p. 300, Cf. Devis Echandía, *ibíd.*, T. 1, p. 85: "*La intervención del juez en la jurisdicción voluntaria se hace para llenar la formalidad exigida por la ley con el objeto de precisar o verificar la existencia de relaciones jurídicas, o para el efecto de reglamentar el ejercicio de facultades o derechos o de que éstos puedan producir todos sus efectos jurídicos allí donde la voluntad de los particulares, abandonada a sí misma, sería impotente, inepta, inadecuada, o serviría de instrumento para perjudicar a los débiles o incapaces o para llegar a resultados contrarios al derecho*"; cf. Morello y colabs., *ibíd.*, T. IX-B, ps. 211/212).

Y aquí se pone de manifiesto el aspecto crucial -y en la sentencia determinativo de la denegatoria- de la ausencia de esa legislación pues, como bien se dice ahí, aquélla "*no puede ser suplida por una... provincial como la que ha sido*



sancionada por esta Provincia en el año 2008 (la número 2611)... en virtud del derecho o valor humano en juego" (fs. 821 vta./822).

Es decir: el supremo valor de la vida humana en juego, anterior al de la misma capacidad jurídica y connotado en el Código Civil bajo las rúbricas del *comienzo y fin de las personas de existencia visible* (arts. 51, 63 y ss., especialmente 70 y 103 recordando que este último define que la existencia de las personas termina por su "muerte natural"), frustra la pretensión provincial de ejercitar su jurisdicción legislativa (arg. arts. 75 inc. 12 y 126 CN; véase, Bidart Campos, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", EDIAR, 1989, T. II, p. 173), y así como ambas Salas de esta Cámara -I y II- declaramos la inconstitucionalidad de la Ley Provincial, que establecía la suspensión de las ejecuciones hipotecarias, considerando que se trataba de una materia patrimonial que excedía el ámbito de la norma meramente adjetiva, con tanta mayor razón habremos de hacerlo ahora cuando el *sub examine* transluce nítidamente una cuestión tanto más sustancial como que atañe al mismo "ser" de las personas humanas: el fin de su existencia.

Entonces, en la presente como en aquella ocasión: por más que la cuestión constitucional no se halle expresamente planteada -y aquí tampoco podría estarlo dada la composición del proceso voluntario-, sí lo está de manera implícita, en el sentido de que el juzgador ha de negarse a aplicar la normativa provincial manifiestamente repugnante al sistema constitucional de la atribución de las jurisdicciones nacional y provincial.

5.- Ratificada así la conclusión que el fallo sienta acerca de la inexistencia de legislación que respalde el pedido de autorización que se formula en este proceso (con lo que ciertamente alcanzaría para su íntegra confirmación, dada, como se ha dicho, la calidad de "determinativa" del sentido de





la decisión acerca de esta circunstancia), no obstante, en atención a la intrínseca y señalada gravedad del asunto puesto a juzgamiento y al respeto y consideración que las mismas recurrentes y la postura que ellas plantean merecen a este Tribunal, estimo que ha de seguirse con el análisis de la restante vertiente discursiva del recurso que puede resumirse en un punto: la arbitrariedad de la sentencia por desconsideración infundada de la pericia médica y de los informes de las entidades científicas/profesionales.

Entiendo que a este respecto no debiera ocultarse la ideología o sistema de ideas que pueda motivar en una u otra dirección al intérprete pero, ello en relación específica con una jerarquía de valores racional y lógicamente defendible o verificable en las Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos con vigor en nuestra Patria.

Y así:

ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA, 26 de agosto de 1989:

*"Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional... han decidido exponer, en una declaración solemne, los **derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre...**"*

*"En consecuencia la Asamblea Nacional, reconoce y declara, **en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo**, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano..."*

**"Artículo primero.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.**

**"Artículo 2.- La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".**

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DUDH);



([Asamblea General de las Naciones Unidas](#) en su Resolución 217 A (III), el [10 de diciembre](#) de [1948](#) en [París](#)):

"Preámbulo.

"Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los **derechos fundamentales del hombre**, en la **dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derecho de hombres y mujeres**; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...

"Art. 3.

"Todo individuo tiene **derecho a la vida**, a la libertad y a la seguridad de su persona.

"Art. 6.

"Todo **ser humano** tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su **personalidad jurídica**".

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA:

"Preámbulo.

"Reconociendo que los **derechos esenciales del hombre no nacen del ser nacional de determinado Estado, sino que tienen fundamento en la persona humana**, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos...

"Artículo 4 - Derecho a la vida

"1. **Toda persona** tiene derecho a que **se respete su vida**. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, **a partir del momento de la concepción**. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...

"Artículo 5 - Derecho a la integridad personal



"1. **Toda persona** tiene derecho a que se respete **su integridad física, psíquica y moral...**"

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES:

"Preámbulo:

"Reconociendo que **estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana...**

"Comprendiendo que el individuo, por tener **deberes respecto de otros individuos y de la comunidad** a la que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto..."

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:

"Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de los derechos iguales e inalienables,

"Reconociendo que estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana".

De donde se sigue:

En las Declaraciones, individuo es igual a persona o ser humano;

Todo ser humano **conforma una unidad física, psíquica y moral;**

Todo ser humano, en cualquier lugar, **es persona y por ende sujeto primordial del Derecho, interno como internacional** (en cuanto a esto último -sujeto del Derecho Internacional- véase Bidart Campos - Herrendorf, "Principios de Derechos Humanos y Garantías", EDIAR, p. 245 y subsiguientes);

El ser humano/persona es un **ser trascendente** desde un punto de vista **horizontal**, en relación a los otros seres humanos o personas, pero también **ascensional**, respecto de un Ser Supremo (sea cual fuere su naturaleza o caracterización de



acuerdo a la creencia religiosa en que se sustente; compárese con D. Basso OP, los acápites "La dignidad humana", "La esencia del hombre", en su obra citada, p. 43 y subsiguientes);

*\_Ello significa que, así como el ser humano tiene deberes y obligaciones respecto de los otros y del Ser Supremo, así también merece la tutela o protección de ambos derechos en sendas jurisdicciones -interna e internacional-;*

*\_El sistema de los derechos humanos es una vía - interna e internacional- para garantizar la tutela eficaz de la persona;*

*\_Los derechos humanos son sagrados, anteriores al Estado y, por ende, aun a la misma Comunidad Internacional porque nacen de la misma dignidad del ser humano y su sacralidad refiere al Ser Supremo;*

*\_Y por ello mismo no pueden ser limitados, reducidos ni suprimidos por ningún órgano de aquéllos (Estado, CI) ni por ningún ser humano sino sólo reconocidos y declarados (compárese el contenido de esta tabla con la exposición de Bidart Campos en los capítulos "La persona humana", "La dignidad personal", "La integridad del hombre" y "El derecho a la vida", en su ob. cit., T. III, "Los Pactos Internacionales y la Constitución", EDIAR, 1989, p. 167 y ss.; en cuanto a la primacía de los DDHH en relación al orden interno de los Estados y a la efectividad de aquéllos, en esa misma ob., véanse ps. 111/121).*

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

Y, por ende, la pauta interpretativa de los derechos del hombre y ante todo del de la propia vida, **necesariamente**



*habrá de ser muy rigurosa en su defensa*, o sea, en cuanto al plexo de ellos y, particularmente, *en lo que concierne en el derecho a la vida*.

6.- Desde la plataforma de ese ideario, pues, asumo el análisis del resto del planteo recursivo y, ante todo, de la crítica a un supuesto desplazamiento de la opinión del peritaje médico producido en la causa.

En verdad, no hay tal: la magistrada no desecha la conclusión del experto en el aspecto cuya apreciación centralmente depende de la ciencia médica, esto es la índole del padecimiento de M. D. y de su consecuencia, el estado vegetativo permanente que lo afecta (EVP). (fs.223vta).

La divergencia (apenas parcial si es que la hay, como más adelante veremos) se suscita en relación al aspecto puramente valorativo de cómo proceder ante un enfermo con semejante patología, tema que sin duda se relaciona con la medicina, particularmente desde el punto de vista deontológico pero, igualmente, con la bioética, ámbito éste de nítida conurrencia multidisciplinaria, no limitado sólo a la medicina sino al que también acceden la filosofía, antropología, psicología, sociología... y la ciencia jurídica.

"La **bioética** es la rama de la ética que se dedica a proveer los principios para la correcta conducta humana respecto a la vida, tanto de la vida humana como de la vida no humana (animal y vegetal), así como del ambiente en el que pueden darse condiciones aceptables para la vida.

"En su sentido más amplio, la bioética no se limita al ámbito médico, sino que incluye todos los problemas éticos que tienen que ver con la vida en general, extendiendo de esta manera su campo a cuestiones relacionadas con el medio ambiente y al trato debido a los animales.

"La bioética es una disciplina relativamente nueva, y el origen del término corresponde al pastor protestante,



teólogo, filósofo y educador alemán [Fritz Jahr](#), quien en 1927 usó el término Bio-Ethik en un artículo sobre la relación ética del ser humano con las plantas y los animales.<sup>1</sup> Más adelante, en 1970, el [oncólogo](#) norteamericano [Van Rensselaer Potter](#) utilizó el término bio-ethics en un artículo sobre 'la ciencia de la supervivencia'.<sup>2 3 4</sup>

("...")

"La bioética abarca las cuestiones éticas acerca de la vida que surgen en las relaciones entre [biología](#), [nutrición](#), [medicina](#), [química](#), [política](#) (no debe confundirse con la 'biopolítica'<sup>5</sup>), **derecho, filosofía, sociología, antropología y teología**, etc. Existe un desacuerdo acerca del dominio apropiado para la aplicación de la ética en temas biológicos. Algunos bioéticos tienden a reducir el ámbito de la ética a lo relacionado con los tratamientos [médicos](#) o con la innovación [tecnológica](#). Otros, sin embargo, opinan que la [ética](#) debe incluir lo relativo a todas las acciones que puedan ayudar o dañar [organismos](#) capaces de sentir [miedo](#) y [dolor](#). En una visión más amplia, no sólo hay que considerar lo que afecta a los seres vivos (con capacidad de sentir dolor o sin tal capacidad), sino también al ambiente en el que se desarrolla la vida, por lo que también se relaciona con la ecología.

"El criterio ético fundamental que regula esta disciplina es el **respeto al ser humano**, a sus **derechos inalienables**, a su bien verdadero e integral: **la dignidad de la persona**.

"Por la íntima relación que existe entre la bioética y la [antropología](#), la visión que de ésta se tenga condiciona y fundamenta la solución ética de cada intervención técnica sobre el ser humano.



*"La bioética es con frecuencia asunto de discusión política, lo que genera crudos enfrentamientos entre aquellos que defienden el progreso tecnológico en forma incondicionada y aquellos que consideran que la tecnología no es un fin en sí, sino que debe estar al servicio de las personas y bajo el control de criterios éticos; o entre quienes defienden los derechos para algunos animales y quienes no consideran tales derechos como algo regulable por la ley; o entre quienes están a favor o en contra del aborto o la eutanasia.*

*"Las primeras declaraciones de bioética surgen con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando el mundo se escandalizó tras el descubrimiento de los experimentos médicos llevados a cabo por los facultativos del régimen hitleriano sobre los prisioneros en los campos de concentración. Esta situación, a la que se suma el dilema planteado por el invento de la fístula para diálisis renal de Scribner (Seattle, 1960), las prácticas del Hospital Judío de Enfermedades Crónicas (Brooklyn, 1963) o la Escuela de Willowbrook (Nueva York, 1963), van configurando un panorama donde se hace necesaria la regulación o, al menos, la declaración de principios a favor de las víctimas de estos experimentos. Ello determina la publicación de diversas declaraciones y documentos bioéticos a nivel mundial". (Wikipedia; es.wikipedia.org).*

*Así pues es claro que en el juzgamiento del caso el magistrado puede tener válidamente su propio punto de vista, desde un enfoque específicamente jurídico que, sin desatender los de otras ciencias y siendo diferente al del perito, no signifique fatalmente "arbitrariedad".*

*Y máxime así cuando, como aquí, la opinión divergente cuenta con sólido arraigo, no sólo en la apreciación personal y subjetiva del paciente por parte de la decisora (audiencia de fs. 818) sino, amén de la cita de Derecho Comparado (fs. 825 vta.), en la opinión de una auténtica autoridad religiosa*



como el Papa Juan Pablo II (recuérdese la referencia al Ser Supremo, desde cualquier religión que fuere, también la rogativa del Preámbulo de nuestra CN a "*la protección de Dios fuente de toda razón y justicia*" y, en fin, la expresión del art. 2º de la Carta en cuanto a que "*El Gobierno Federal sostiene el culto católico apostólico romano*") como, también, en la de un prestigioso tribunal como la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (fs. 824 y vta.).

Así pues, cuando la sentenciadora concluye que "la condición o diagnóstico de M. no justifica adecuadamente que se acceda a la autorización solicitada por las curadoras... indicándose que realizar la totalidad de las acciones que el arte de curar indique como cuidados paliativos en pos de la vida del causante y en ello incluyo el suministro de medicamentos para tratar infecciones y convulsiones, procurando las medidas necesarias para atender a su confort psíquico, físico y espiritual, mejorando en la medida de lo posible su calidad de vida" (fs. 825 y vta.), su pronunciamiento, por más que se aparte parcialmente del dictamen pericial, no es caprichoso sino que halla debido sustento en el derecho.

7.- Decía que la discrepancia es parcial ya que, en realidad, el galeno dictamina que "Su asistencia debe limitarse a hidratarlo y alimentarlo y darle los cuidados llamados de confort, cambio de ropas de cama, rotarle para que no se escare, etc. ... Todo lo demás está fuera de la ética y no es lícito" (sentencia, fs. 823 vta.).

Es decir: media acuerdo en la hidratación, alimentación y demás medidas de confort y la diferencia consistiría en la medicación anticonvulsivante y antiinfecciosa, como también en la indicación omniexcluyente: "todo lo demás está fuera de la ética y no es lícito" y aun cuando, según se ha visto, el perito ha omitido expedirse





concretamente acerca del "ítem" pese a que ello le fuera reclamado (sent.: "... *mas nada dice respecto de las prácticas médicas que se ordenaron en autos...*", fs. 823 vta.), dicha exclusión total, incluso pese a la falta de pronunciamiento preciso sobre el punto, ha de ser interpretado como divergencia.

8.- Aceptado pues que media un apartamiento respecto de dicho dictamen (y de los informes de los organismos científicos profesionales) y que *la magistrada ha emitido una opinión propia*, convengamos sin embargo, en consonancia con lo antedicho, que podrá discreparse con él *mas ese criterio se encuentra debidamente sustentado en derecho y, por ello mismo, no es caprichoso ni arbitrario.*

Pero, veamos que la fundamentación radica en que:

"... *la alimentación y la hidratación no son tratamientos médicos o medicamentos, y el suministro de antibióticos u otros medicamentos para abordar infecciones recurrentes o convulsiones, constituyen una asistencia básica de todo ser humano y ello no queda incluido en métodos extraordinarios para prolongar su vida, para impedir su muerte natural o ensañamiento terapéutico. Simplemente, sostienen esa vida tal como está" (fs. 824).*

Pero antes, en esa misma foja, con sagacidad la decisora advertía que:

"*Si tal como sugiere el forense, Dr. Losada, debe sostenerse la alimentación e hidratación de M., cualquier infección producida a raíz de ello o por los episodios propios de su estado, también debería ser mantenida pues por resultar episodios colaterales a tal situación*".

En otras palabras: *si el médico aconseja mantener la hidratación/alimentación y éstas se llevan a cabo por medio de sonda, circunstancia que a su vez favorece las infecciones, **el***



*no combatir las dejaría sin sentido la indicación de hidratación/alimentación, esto es: no suministrar al enfermo la medicación en la forma en que viene haciéndoselo, **desvirtúa la posibilidad de hidratarlo y alimentarlo** contrariando el sentido del mismo dictamen.*

Y así el núcleo argumental de la sentencia para denegar la autorización consiste en:

a) ausencia de manifestación de voluntad del paciente para suprimir el "soporte vital" (aspecto implícito en el fallo al recurrir a la cita del pronunciamiento de la SCBA, fs. 824 vuelta);

b) *la medicación que se le brinda es básica, es decir, no comporta un medio extraordinario de sostener la vida ni, menos aún, supone encarnizamiento terapéutico;*

c) *el no brindar medicación antiinfecciosa impediría a su vez continuar con la hidratación/alimentación lo que provocaría el deceso aun cuando fuere indirectamente, irrumpiéndose así, franca y flagrantemente, en el campo eutanásico repudiado por nuestro Ordenamiento (acción que configura el delito de homicidio por omisión simple; arg. art. 79 del C. Penal; véase por ejemplo, "Oderigo, "Código Penal Anotado", Depalma Editor, 3ª Ed., 1962, ps. 99 y 101 con profusión de citas de doctrina).*

Ahora bien, en tales condiciones, compartiéndola plenamente, refrendo a mi turno dicha argumentación y sólo añadido:

la ausencia de voluntad cierta del paciente, no puede ser suplida por la de sus curadores y, en todo caso, restaría la duda acerca de cuál sería el sentido real de aquélla, duda que, dentro del ideario propuesto, necesariamente inclina el fiel de la balanza hacia el lado de



la **prosecución vital**, o sea a mantener el actual marco asistencial;

así pues, la ausencia de constancia cierta acerca de cuál sería la voluntad del paciente en la situación actual de EVP y el solo hecho de su permanencia en éste, **no autoriza a presumir una voluntad del enfermo contraria a dicha prosecución vital**;

por ende, cabe hacer notar que, evidentemente, en el caso, la conclusión denegatoria de supresión del soporte vital **no avasalla la dignidad de la persona** en orden a la jurisprudencia que admite la voluntad del paciente, debidamente informado (*consentimiento informado*; caso de los testigos de Jehová), de negarse a recibir determinado tratamiento (transfusión de sangre), ya que dicho "consentimiento" simplemente no existe;

y en otro orden, frente a cierta corriente de la doctrina jurídica complaciente con el suicidio asistido y la eutanasia -Santos Cifuentes, "Derechos de los pacientes", en "Derechos y Garantías en el Siglo XXI", Rubinzal-Culzoni Editores, ps. 184/185)-, cabe decir, en palabras de D. Basso OP, como lo hace él mismo frente a renombrados científicos que profesan semejante tesitura que:

*"Aunque siempre han existido casos de eutanasia, en realidad se hubo de esperar el advenimiento del régimen nazi hitleriano para que la humanidad asistiera a su aplicación masiva y planificada. Como señala Monge aquellos procedimientos no fueron el resultado de un fanatismo repentino... Así comenzaron los horrores de todo tipo. La eutanasia no fue solamente aplicada a los enfermos terminales o sujetos a grandes sufrimientos, sino también a los discapacitados y ancianos... La argumentación pro-eutanasia se fundamenta siempre sobre razones humanitarias: piedad o*



*compasión, derecho a morir con dignidad, etc. Por supuesto, detrás de esas consideraciones hay una determinada concepción acerca del valor de la vida humana, del sufrimiento y de la utilidad. La ambigüedad de los términos utilizados, comenzando por la misma palabra eutanasia, salta a la vista..." (ibíd., ps. 459/460).*

En fin: lo anterior viene a cuento **no de la actitud de los peticionantes de la autorización que merecen todo tipo de comprensión y ayuda,** sino de un posible Estado que asumiera como propia la solución eutanásica cediendo en tal sentido frente a presiones supuestamente populares impulsadas por ideologías pseudo intelectuales, porque, a fin de cuentas ***la dignidad del ser humano sufriente*** no se respeta ni acrecienta por una actitud complaciente, simplista y conformista de supresión de una vida en semejante condición, actitud falsamente pietista y que la historia reciente de los DDHH registra, a partir de sus resultados y/o consecuencias, como intrínsecamente perversa enemiga del género humano sino, antes bien, se procura la auténtica tutela de esa dignidad a través de políticas de promoción integral del hombre, de la familia... y también, dentro del campo concreto de una situación como la presente, a la digna asistencia de la persona enferma -como viene llevándose a cabo- y a la contención y ayuda de su núcleo familiar.

Por ello propongo se confirme la sentencia apelada.

Tal mi voto.

La Dra. **Patricia CLERICI** dijo:

I.- He de adherir al voto y resolución propiciados por mi distinguido colega, mas entiendo pertinente formular una serie de apreciaciones en atención a la delicada y dolorosa situación que motiva el pedido de las curadoras del paciente.



En primer lugar, quiero señalar que comprendo el dolor, el cansancio y la frustración de las solicitantes, enfrentadas con la realidad de un hermano que, siendo un hombre joven y como consecuencia de un desgraciado accidente, devino en estado vegetativo, estado que lleva ya más de dieciséis años y que, de acuerdo con los abundantes informes médicos obrantes en autos, resulta irreversible; y cuya vida se mantiene únicamente por medios artificiales: alimentación e hidratación enterales.

Luego, debo reconocer que mucho he pensado respecto a que, así como no tenemos derecho a quitar la vida a una persona, tampoco tenemos derecho a prolongar innecesariamente sus sufrimientos y mantenerla con vida biológica exclusivamente con soportes externos, cuando sabemos que no existen posibilidades razonables de que retorne a un estado de conciencia de sí misma. Y aquí me hago eco de las palabras de Juan Pablo II en la Carta a los Agentes de la Salud -que citara quien fuera titular del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia n° 2 de esta ciudad al fallar la causa "E.C.", en sentencia del 20/3/2006-, quien afirma que el derecho a morir es un derecho real y legítimo, que el personal de la salud está llamado a salvaguardar, cuidando al moribundo y aceptando el natural desenlace de la vida.

En otras palabras, la muerte es parte de la vida y la dignidad de la vida debe extenderse y efectivizarse también en el momento último de la existencia en este mundo y su proceso inmediatamente anterior.

En tercer lugar, no puedo no advertir que en esta sociedad tecnocapitalista en la que nos encontramos inmersos, y en cuestiones atinentes a las ciencias en general, es muy difuso el límite entre el humanitarismo y el negocio económico. Y ello me lleva a reflexionar que si la familia de M. no hubiera tenido los recursos necesarios para asistir a



éste en su ya larga agonía, quizás hoy no nos encontraríamos discutiendo sobre su condición de vida.

Este pequeño prólogo pone de manifiesto lo difícil que resulta adoptar una decisión en situaciones como la de autos, ya que son numerosas y complejas las cuestiones que invaden la mente del magistrado.

II.- Ahora bien, yendo al tema concreto que nos ocupa, debemos situarnos en el marco de la eutanasia, *"en tanto noción genérica con la que se define la abreviación de la vida, pudiendo ésta ser activa (proveyendo o administrando al sujeto sustancias o tratamientos destinados a causar en forma directa su muerte...), pasiva (cuando el equipo sanitario se abstiene de llevar a cabo tratamientos que sólo pueden prolongar una muerte inexorable, definida entonces por una omisión o un no hacer), ortotanásica (sustentada en una concepción ética erigida sobre el derecho a vivir la propia agonía y morir de manera digna) o, en el extremo opuesto, distanásica (prolongando la vida en forma irrazonable, también llamada encarnizamiento terapéutico)"* (cfr. Medina, Graciela - Goggi, Carlos, "Muerte digna" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2010-3, pág. 216).

Las curadoras de M. solicitan el "inmediato retiro, cese y abstención de todas las medidas de sostén vital en el cuerpo" de su curado. Consentir esta petición, de modo tan genérico, llevaría, en forma principal, al cese de la alimentación e hidratación enterales, circunstancia que terminaría con la vida biológica de M. en cuestión de días. Es por tal motivo que el informe del Cuerpo Médico Forense señala que, con excepción de la alimentación e hidratación, todas las demás medidas podrían ser suprimidas.

Si M., en forma conciente, hubiera decidido que ante una situación como la que está atravesando no quiere ser asistido vitalmente mediante soportes externos, no dudaría en



autorizar la supresión de estos soportes, incluidas la alimentación e hidratación. Ello así desde el momento que el art. 19 de la Constitución Nacional ampara el derecho a disponer del propio cuerpo, incluso la aceptación o no de un determinado tratamiento sanitario. Ello ha sido sostenido, hace ya tiempo, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Bahamondez, Marcelo" (Fallos 316:479, sentencia del 6/4/1993). La mayoría del tribunal sostuvo en dicho precedente que *"el respeto por la persona humana es un valor fundamental jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos a la personalidad son esenciales para este respeto de la condición humana. Los derechos que amparan la dignidad y la libertad se yerguen para prevalecer sobre los avances de ciertas formas de vida, impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico...Respecto al marco constitucional de los derechos de la personalidad, los mismos se relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer del propio cuerpo. En rigor, el art. 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de sus propias vidas, de cuanto les es propio...No resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros"*.

Más recientemente se registra en la jurisprudencia argentina la decisión adoptada en autos "M. s/ Acción de Amparo" (sentencia del 25/7/2005, LL 2005-E, pág. 451), donde se respetó la voluntad de la paciente, contenida en el llamado testamento vital o directivas anticipadas, que se oponía a las



intervenciones médicas invasivas, entre ellas la alimentación e hidratación por un tubo.

Pero justamente lo que se encuentra ausente en el presente caso es la voluntad de M., ya que su situación vital nos impide conocerla. Ciertamente es que la ley otorga a los curadores la representación de la voluntad de sus curados, pero ello puede ser tomado sin dubitaciones en cuestiones atinentes a la vida civil y comercial del individuo incapaz, pero no en cuestiones vinculadas con sus derechos personalísimos, donde la decisión del curador ha de ser evaluada con reservas, más allá de la conducta irreprochable que han tenido las hermanas de M. con relación a éste.

*"Nadie puede oponerse al uso de medicinas adecuadas para suprimir el dolor y del mismo modo a la aceptación de la muerte como medio para interrumpir una vida de dolor, renunciando a la ciencia o tecnología avanzada. Pero en el juzgamiento de la cuestión debe atenderse, exclusivamente, a la voluntad del paciente: -la de los médicos puede estar, directa o indirectamente, influenciada por otros intereses..., -la de los parientes, aún en grado íntimo, también"* (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecasas, Miguel, "Derechos del Paciente", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011, pág. 113).

Y precisamente allí radica la dificultad del caso de autos, conforme lo ha puesto de manifiesto el voto del señor Vocal preopinante. Quizás si se tratara de otros tratamientos, la visión podría ser distinta, pero la desconexión de las vías de alimentación y de hidratación es una condena de muerte cierta, ya que el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado de proveer dichas funciones por medios propios o con la ayuda, no mecánica, de terceros. Y tal característica es la que torna sumamente difuso el límite, en el supuesto de autos, entre la eutanasia activa -casi encuadrada en la figura del homicidio- y la eutanasia pasiva -





en cuanto omisión de brindar tratamientos que solamente prolongan el sufrimiento del paciente-. Esta imposibilidad de conocer fehacientemente la voluntad del paciente, también ha sido destacada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("P. c/ Reino Unido", sentencia del 29/4/2002) a efectos de considerar que no existía violación de las normas convencionales por parte del gobierno demandado al negarse a aceptar el suicidio asistido, haciendo hincapié en la especial situación en la que se encuentran los moribundos o incapacitados, como es el caso de M.

Lo expuesto me lleva entonces a rechazar, en autos, la solicitud de desconexión de los soportes vitales.

Respecto del tratamiento con antibióticos en caso de infecciones, y tal como lo señala la a quo, no puede entenderse que ello signifique una práctica invasiva o un soporte vital externo, sino que se encuentra dentro de los procedimientos ordinarios de la medicina e, incluso, podría ser considerado como una práctica paliativa, por lo que no puede ser autorizado su no uso, para el supuesto de ser éste necesario.

En los términos que anteceden, adhiero entonces a la solución propuesta por mi colega de Sala.

Tal mi voto.

Por lo expuesto:

**SE RESUELVE:**

1.- Confirmar la sentencia de fs.819/825 en cuanto fue materia de recursos y agravios.

2.- Regular los honorarios profesionales de esta Instancia al Dr. ..., letrado apoderado de las curadoras, en la suma de pesos ... (art.15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr.Federico GIGENA BASOMBRIÓ - Dr. Patricia CLERICI  
Dra.Mónica MORALEJO - SECRETARIA



**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**

**REGISTRADO AL N° 159 - T° IV - F° 790/804**

Protocolo de **SENTENCIAS -S A L A I-** Año 2011