

EL FIN DE LA VIDA A TRAVÉS DE LA CONSTITUCIÓN. A PROPÓSITO DEL DESLINDE COMPETENCIAL EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO DEL PACIENTE A DECIDIR SU MUERTE DIGNA*

*THE END OF LIFE THROUGH THE CONSTITUTION.
ON THE DISTRIBUTION OF POWERS IN THE REGULATION OF
THE PATIENT'S RIGHT TO DECIDE HIS DIGNIFIED DEATH*

*Guillermo E. Barrera Buteler** y Victorino F. Solá****

Resumen: A pesar de la percepción regular de la ciudadanía en orden a que el Derecho Constitucional invariablemente remitiría al texto de la Constitución Nacional -y hasta, incluso, al sustancioso cuerpo de decisiones judiciales que lo interpretan-, el operador constitucional no podría descuidar que el principio federal, en cuanto método de reparto competencial en cuya virtud se habilite, bajo ciertas condiciones, a los niveles de gobierno general y local a su actuación dentro de un espacio coordinado y, a la vez, independiente, presenta trascendentes consecuencias en relación al ejercicio del derecho constitucional a una muerte digna.

Palabras-clave: Directivas médicas anticipadas - Derecho al retiro de soporte vital - Federalismo - Distribución de competencias.

* Trabajo recibido el 26 de julio de 2018 y aprobado para su publicación el 31 de agosto del mismo año.

**Doctor en Derecho. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular por concurso de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal en la misma Facultad. Entre sus publicaciones se cuentan *Provincias y Nación*, Ciudad Argentina, 1997; *Constitución de la Provincia de Córdoba anotada*, Advocatus, 2007, y *Derecho Constitucional*, 2 tomos, Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad Derecho y C. Sociales UNC, 2015. Exvicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (2012-2015). Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. (Email:barrerabutelerge@hotmail.com).

*** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba-Argentina-UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Especialización en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Blas Pascal). Profesor de Derecho Constitucional (UNC). Profesor de Derecho Público, Ciencias Económicas Universidad Católica de Córdoba. (Email: vsolatorino@yahoo.com.ar).

Abstract: Despite the regular perception of the citizenship in order that the Constitutional Law would invariably refer to the text of the national Constitution -and, even, to the substantial body of judicial decisions that interpret it-, the constitutional operator could not neglect that the federal principle, as a method of division of powers by virtue of which it is enabled, under certain conditions, at the levels of general and local government to act within a coordinated and, at the same time, independent space, has far-reaching consequences in relation to the exercise of constitutional right to a dignified death.

Keywords: Medical treatment advanced directive - Right to withdraw life-sustaining equipment - Federalism - Distribution of powers.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. En torno al escenario normativo de delimitación de las incumbencias federales y provinciales en la regulación del derecho a una muerte digna.- II. Alrededor de los derechos constitucionales involucrados en las legislaciones denominadas “de muerte digna”. *Ars moriendi vis-à-vis Ars vivendi*.- III. Sobre algunas notas del proceso legislativo local y federal en materia del derecho a decidir una muerte digna. ¿Una revolución de las legislaturas y cortes estatales? IV. Competencias de las provincias y del gobierno federal en la materia. Una carta de navegación. IV.1. ¿Derecho Común o Derecho Público? IV.2. ¿Derecho Público y ejercicio del poder de policía en materia de salud? IV.3. ¿Un margen de apreciación provincial? IV.4. ¿Una Constitución fuera de los foros judiciales? V. Algunas consideraciones de cierre: ¿afianzando genuinamente el espacio constitucional subnacional?

“(…) te sorprenderás al ver que el vivir es para todos los hombres una necesidad absoluta e invariable, hasta para aquellos mismos a quienes vendría mejor la muerte que la vida; y tendría también por cosa extraña que no sea permitido a aquellos para quienes la muerte es preferible a la vida, procurarse a sí mismos este bien, y que estén obligados a esperar otro liberador (…) nosotros estamos en este mundo cada uno en su puesto, y que nos está prohibido abandonarlo sin permiso. Esta máxima es demasiado elevada y no es fácil penetrar todo lo que ella encierra. Pero he aquí otra más accesible, y es que los dioses tienen cuidado de nosotros, y que los hombres pertenecen a los dioses”.

Platón, *Phaedo* [Φαίδων ἢ περὶ ψυχῆς], 62a-b, 387 a.C.
[Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 6-7]

“(…) he referido los cuidados que los utopianos tienen con los enfermos; nada escatiman de lo que puede contribuir a su curación, sean remedios o alimentos. Los desgraciados afligidos por males incurables reciben todos los consuelos, todas las atenciones, todos los alivios morales y físicos capaces de hacerles la vida soportable. Pero, cuando a los males incurables se añaden sufrimientos atroces, que nada puede impedir o aminorar, los sacerdotes y jueces se presentan ante el paciente y le conceden la exhortación suprema (…) ‘Ten buena esperanza’ le dicen, ‘rompe las cadenas que te atan y sal de la cárcel de la vida;

o al menos consiente en que otros te liberen de ella. Tu muerte no es negación impía a las ventajas de la existencia, es el término final de un cruel suplicio”.

Sir Thomas More, *De Optimo Reipublicae Statu Deque Nova Insula Utopia*, 98, 1516 [J.M. Dent & Sons, London, 1951]

I. Consideraciones preliminares. En torno al escenario normativo de delimitación de las incumbencias federales y provinciales en la regulación del derecho a una muerte digna

1. Una persona vive bien -escribe Ronald M. Dworkin- cuando percibe y procura una *vida buena para sí misma y lo hace con dignidad*: con respeto por la importancia de la vida de otras personas y por la responsabilidad ética de éstas, como por la suya propia -aunque difícilmente pueda objetarse que el foco más arrebatador de la vida es la muerte- (1).

Tan pronto como se tome con la seriedad suficiente tales aclaraciones, se comprende que los debates en el tiempo de los derechos -advertía Pedro J. Frías evocando el ideario divulgado por el profesor emérito de Filosofía Política de la Universidad de Torino, Norberto Bobbio- *no son tan simples ni de fácil pronóstico* (2); máxime cuando el temario que convoca la atención del lector discurre próximamente -aunque sin identificarse- con una de las cuestiones morales contemporáneas más salvajemente controvertidas -*most savagely debated contemporary moral issues*- alrededor de la idea de que *la vida humana es sagrada e inviolable* (3), al mismo tiempo que involucra a cada uno de los miembros de la sociedad como *protagonistas* de una *gran deliberación colectiva por el resto de sus vidas* (4).

Ahora bien, lo sugestivo es que el registro de los referidos asuntos -con motivo de esta entrega- bien puede proyectarse sobre la arena del Derecho Público provincial en la que regularmente los académicos reprochan la escasa visibilidad -*low visibility*- de las constituciones estadales, propiedad que ha encauzado su adjetivación como el

(1) DWORKIN, R. M. *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, p. 419.

(2) FRÍAS, P. J. *El constitucionalismo actual. Marco conceptual de la Constitución de Córdoba*, ap. FRÍAS, P. J. *et al.*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 5.

(3) DWORKIN, R. M. *Life's Dominion: An argument about abortion, euthanasia and individual freedom*, Knopf, New York, 1993, pp. IX y 3, en la inteligencia de que tanto el aborto como la eutanasia representan alternativas defendidas y condenadas durante milenios, pese a que nunca -como en la actualidad- los argumentos se han revelado tan apasionados, abiertos, divididos y controversiales, a la vez de trasuntar diversos ejes sustantivos -*v. gr.*, el respeto por la autonomía personal del paciente, su mejor interés o el valor intrínseco o santidad de la vida-. Asimismo, en el sentido de colisión entre absolutos, *vide etiam* TRIBE, L. *Abortion. The clash of absolutes*, W.W. Norton & Co., New York-London, 1992.

(4) FINNIS, J. M. "Euthanasia, morality and law", *Loyola of Los Angeles Law School*, 1998, Vol. 31, p. 1123 *et seq.*

lado oscuro de la luna -*dark side of the moon*- (5), acuse que -por cierto- no luce reciente entre nosotros (6), a la par de envarar la percepción de que se arribaría solamente a *consideraciones parciales* -en torno al curso del desarrollo constitucional- si aquéllos marginaran en sus estudios los aportes del constitucionalismo subnacional (7).

En un trabajo ciertamente interesante, uno de los destacados teóricos federales de la segunda mitad del siglo pasado, William S. Livingston, pretendía superar el carácter descriptivo de la disciplina a través de la búsqueda de *referentes extranor-*

(5) KINCAID, J. "Early State History and Constitutions", *ap.* Haider-Markel, D., *The Oxford Handbook of State and Local Government*, Oxford University Press, Oxford, 2014, § 11.

(6) Reténgase que -desde 1914- un destacado profesor de la Universidad de Buenos Aires, Juan P. Ramos, en ocasión de una clásica entrega bajo el epígrafe *El Derecho Público de las provincias argentinas*, daba cuenta del *hecho curioso* -el que, a su juicio, se prestaba a todo género de consideraciones lógicas y en el que concurrían razones semejantes a las aducidas en la obra de un renombrado observador del régimen constitucional federal norteamericano [a tenor de la cita de la versión parisina, divulgada por Giard, M. & Brière, E., de la obra de James Bryce intitulada "(...) *La république américaine*, edición de 1912, tomo 2, página 35, nota 1"]-, en virtud del cual "(...) el conocimiento de la Constitución Nacional ha primado en el espíritu de todos nosotros sobre el conocimiento de las muchas constituciones que han dictado hasta la fecha las Provincias en cumplimiento precisamente del sistema federal, que es la base escrita de nuestro gobierno representativo. Sin embargo, un sistema federal de gobierno debe ser estudiado tanto en su aplicación práctica por la Nación como en las formas que han establecido las Provincias para vivir armónicamente y autónomamente dentro de él. Sólo del estudio pleno de ambos derechos, el nacional y el provincial, puede resultar la verdadera comprensión de nuestro régimen federal actual", *cfr.* RAMOS, J. P. *El Derecho Público de las provincias argentinas*, Tomo I, Estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1914, pp. 5-6.

(7) En este orden de ideas, Sanford V. Levinson ha subrayado que bien podría el lector fácilmente explicar -y hasta justificar- este desprecio por las constituciones de los Estados, si fuera el supuesto que los gobiernos -por ellas establecidos- se abocaran a meras trivialidades -*mere trivialities*- que exorbitan el interés del ciudadano común, o bien, si no abordaran el planteamiento de cuestiones interpretativas -*interpretative issues*- de la categoría que suele obsesionar a los expertos, aunque -a juicio del profesor de la Universidad de Texas- tales aseveraciones resultarían, cuanto menos, absurdas, pues si bien se consiente que una variedad de opciones constitucionales se formulen y ejecuten a la sombra del texto fundamental nacional -*in the shadow of national Constitution* [con cita de COOTER, R. - MARK, S. - MNOOKIN, R., "Bargaining in the shadow of the Law: A testable model of strategic Behavior", *J. Leg. Stud.*, 11 225, 1982]-, se sugiere que un mayor número de aquéllas se pergeñan de manera autónoma a la luz de las normas constitucionales estatales -*made basically autonomously and in light of state constitutional norms*-, o bien, tan pronto como se colige -con apoyatura en un más trascendente provincialismo [*more important provincialism*]- la proposición en virtud de la cual al federalismo se le depararía una protección relativamente débil -*relatively weakly*- de confiarse únicamente al documento constitucional nacional, puesto que asuntos de gran importancia pública -*issues of great public importance*- resultan discutidos y decididos, con consecuencias significativas, dentro de las fronteras constitucionales estatales, *vide* LEVINSON, S. V., "America's other Constitutions: The importance of State Constitutions for our Law and Politics", *Tulsa L. Rev.*, 45, 2013, pp. 813-822, esp. 813-814. Sobre el tópico *vide in extenso* SOLÁ, V. F. "La acción declarativa de inconstitucionalidad en la jurisdicción constitucional subnacional. A propósito de la metáfora de Louis D. Brandeis: ¿los Estados como laboratorios?", *ap.* *Justicia y transparencia, división de poderes, federalismo y desarrollo humano*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional-Contexto, Buenos Aires-Resistencia, 2017, pp. 381 y ss.

mativos en la aproximación constitucional al federalismo, cuya naturaleza esencial debía ser analizada -más que a la sombra de la terminología legal- en las fuerzas sociales, políticas, culturales, etc., que lo tornan necesario (8). Michael Burgess y Alain G. Gagnon (9) también ofrecen como epicentro de sus ensayos la observación de que el federalismo debe erigirse sobre *tradiciones y transiciones que están abiertas a una variedad de interacciones* de catadura empírica -*v. gr.*, politológicas, socio-económicas, ideológicas, etcétera- (10).

A la par, no son pocos los expertos que acuden a un argumentario institucional -más que sustancial- para sustentar la legitimidad, entre otros agentes de interpretación constitucional, de los *legisladores* para decidir si, cuándo y cómo debe ejercitarse el derecho a la muerte digna, modulando el peso de los intereses de la sociedad y de los pacientes que justifiquen -entre otras cuestiones- la práctica del cese de medidas de soporte vital a través de *directivas médicas anticipadas* (11).

En este orden de ideas, Jeremy Waldron no ha cejado de predicar que la actividad legislativa -en cuanto mecanismo de decisión colectiva en circunstancias de desacuerdo- es un modo de gobernar dotado de dignidad y una fuente de Derecho merecedora de respeto:

“(...) la dignidad de la legislación, el fundamento de su autoridad, y su pretensión de ser respetada por nosotros, tienen que ver con el tipo de logro que es. Nuestro respeto por la legislación es en parte el tributo que nosotros debemos pagar al logro de obtener acción colectiva concertada, cooperativa y coordinada en las circunstancias de la vida moderna” (12).

Máxime cuando, en oportunidad reciente, la comunidad académica ha focalizado su atención en el análisis del rendimiento de las instituciones democráticas en los Estados compuestos, su regulación y las formas de interacción entre los diferentes niveles de gobierno (13).

(8) LIVINGSTON, W. S. *Federalism and Constitutional Change*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1956, p. 83.

(9) BURGESS, M. - GAGNON, A. G. *Comparative Federalism and Federation*, Simon & Schuster, Hertfordshire, 1993, p. XIX.

(10) Es que la idea federal -apunta Kenneth Wheare- descansa en la combinación de unidad y diversidad: “(...) unidos, pero no convertidos en un Estado unitario”, aunque integrando elementos divergentes pues “(...) existe un límite al grado de disimilitud que puede permitirse”, de modo que ésta es funcional a la supervivencia del sistema federal -sin perjuicio de que la extrema divergencia colapse su continuidad: *v. gr.*, según el Profesor de la Universidad de Oxford el sistema de esclavitud estadounidense determinó el estallido de la guerra de secesión [*American Civil War*] entre 1861 y 1865-, cfr. WHEARE, K. *Federal Government*, Oxford University Press, Oxford, 1963, p. 48. *Vide etiam* ACKERMAN, B. *Who Are The People. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, pp. 64 y 85.

(11) SUNSTEIN, C. R. “The Right to Die”, *Yale Law Journal*, 1996, Vol. 106, p. 1123 *et seq.*

(12) WALDRON, J. *The dignity of legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 101.

(13) *Vide in profundis* TUDELA ARANDA, J. - KÖLLING, M. - REVIRIEGO PICÓN, F. (coords.), *Calidad democrática y organización territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Precisamente, ante el advenimiento de aquella nueva figura en nuestra tradición jurídica -descartando el amplio lexicón en la especie: *v. gr.*, declaración preliminar de tratamiento, declaración vital, *testament biologique*, *medical treatment advanced directive*, *living will*, carta de autodeterminación del paciente, actos de autoprotección, etc.-, se sitúa el *derecho fundamental a las instrucciones previas sobre la salud, los potenciales tratamientos y el término del proyecto vital* en el contexto del sistema constitucional (14), pues el 16 de mayo de 2012 la Legislatura de la Provincia de Córdoba sancionó la ley 10058 -bajo el título *Declaración de Voluntad Anticipada de Muerte Digna*-, promulgada por decreto 541/2012 y publicada en el Boletín Oficial el 15 de junio del mismo año (15).

(14) No es -advierten algunos expertos- el derecho fundamental a rechazar el tratamiento como expresión del *consentimiento informado*, sino -más bien- el *derecho a una muerte digna*, entendido como la *autodeterminación decisoria* sobre una muerte sin dolor y sin extralimitación del esfuerzo terapéutico, *vide in profundis* MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. *Muerte y Constitución. Los límites del testamento vital*, Marcial Pons, Madrid, 2009. Aquí se impone hacer notar la advertencia -difundida en este campo, a fines del siglo XIX, por el sociólogo francés Émile Durkheim- en torno a que las palabras del lenguaje corriente, al igual que los conceptos que expresan, son frecuentemente *ambiguas*, y el estudioso que las emplease tal como las recibe del uso, sin someterlas a una elaboración ulterior, se expondría a graves confusiones; de modo que primeramente -según la explicaba en 1897 el profesor de la Universidad de *La Sorbonne*- el término *suicidio* refiere a todo *caso de muerte que resulte, directa o indirectamente, de un acto positivo o negativo, ejecutado por la propia víctima, a sabiendas de que habría de producir ese resultado*, cfr. DURKHEIM, E. *Le suicide*, Alcan, Paris, 1965, pp. 1 y s. Elementales exigencias de precisión terminológica, entonces, imponen a la literatura especializada la necesidad de hacer notar los diferentes contenidos significativos -no sin polémicas sobre el área del imperio de cada palabra- entre los vocablos *distanasia*, *ortotanasia* y *eutanasia*: mientras la primera denota el "(...) alargamiento en forma innecesaria y artificial, además de contraproducente, de la vida de una persona, lo cual en fondo resulta del hecho -ciertamente irracional- de la no aceptación de la muerte como una circunstancia inevitable en la vida del hombre", la segunda conlleva la significación de "(...) muerte correcta, a su debido tiempo, sin que se produzca una situación de eutanasia, o sea, sin que se le adelante ni se le procure, pero sin que, tampoco, se la prolongue en situaciones irracionales para el enfermo (...) se trata que el paciente tenga una muerte digna, evitando que se lo trate como a un objeto mediante una atención médica de carácter extraordinaria", a la par de descontar que la tercera voz supone como extensión significativa la de "(...) provocar la muerte de un paciente portador de una enfermedad mortal, a su requerimiento y en su propio beneficio, por medio de la administración de un tóxico o veneno en dosis mortal", cfr. SAMBRIZZI, E. A. *Derecho y eutanasia*, La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 189 y ss. Sobre esta última voz, Richard A. Posner explica que -en rigor- la eutanasia supone el conjunto de eventos médicos -acciones y omisiones- cuyo efecto consiste en producir una muerte antes de lo médicamente inevitable, cfr. POSNER, R. A. *Aging and old age*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1995, p. 236, mientras que Martín D. Farrell entiende que consiste en privar de la vida a una persona sin sufrimiento físico, a su requerimiento, o al menos con su consentimiento, y en su interés, cfr. FARRELL, M. D. *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985 -cabe destacar que la definición, según lo expone el propio autor, adolece de cierto prejuizgamiento normativo pues no engloba casos de eutanasia involuntaria, de intereses de terceros [debido a la virtualidad de los estados de inconsciencia] y los actos en los que el propósito eutanásico puedan ocasionar sufrimiento al propio paciente.

(15) *Diario de Sesiones*, 2012, 10ª Sesión Ordinaria, 04.04.2012, a la 17ª Sesión Ordinaria, 23.05.2012, 19ª Reunión, 16.05.2012, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo II, pp. 899 y ss.

El mencionado producto legislativo, que insumió un prolongado trámite legisferante y resultó aprobado por un amplio consenso en el seno de las comisiones parlamentarias, regula el *derecho de cualquier persona -con plena capacidad de obrar- a expresar en forma anticipada la negativa a someterse a medios, tratamientos o procedimientos médicos de encarnizamiento terapéutico que pretendan prolongar de manera indigna la vida* -artículo 1-, a la par de demarcar el ámbito de aplicación: sus disposiciones -adjetivadas de orden público e interés social- se aplican a todas las personas que, de manera libre y voluntaria, manifiesten expresamente su intención de ejercer el derecho objeto del texto normativo en todo el ámbito territorial de la Provincia de Córdoba -artículo 2-.

Así, el debate cumplía con la sugerencia -auscultada por John M. Finnis- de que la legalización consumara la exigencia primaria de describir el contenido del derecho, identificar quién lo titulariza y delinear sus límites como un derecho que se supone que triunfa sobre otros bienes, intereses y el bienestar o los derechos de los demás (16).

De igual manera, ya habían anticipado una respuesta normativa sobre el tópico diversas asambleas legislativas estadales, tanto de Río Negro en 2007 -a propósito de la ley 4264, en la medida que receptó tempranamente el derecho de *abstención* de los enfermos terminales respecto del retiro de medidas de soporte vital (17)- cuanto del Chaco y Neuquén al año siguiente -al expedir las leyes 6212 contemplando el derecho de *autoprotección* y 2611 considerando el derecho a manifestar *instrucciones previas*, respectivamente (18)-.

También se enlistan aquellas iniciativas provinciales -aunque a cargo de colegios profesionales, en tanto manifestación del poder de policía atinente a sus propias instituciones locales- de creación y reglamentación de *Registros de Actos de Autoprotección: v. gr.*, a la labor pionera de la Provincia de Buenos Aires en 2004, siguieron las contribuciones de Córdoba y Santa Fe en 2006, Chaco y Entre Ríos en 2007, Catamarca, Salta, San Juan, Santa Cruz, Tierra del Fuego en 2009, etc. -incluso, en algunas muestras con reconocimiento legislativo a nivel regional, como aconteció en 2010 con la ley 14154 de la Provincia de Buenos Aires al agregar el Capítulo I bis al Título I - Disposiciones Generales del decreto 9020/1978 (19), o bien la sustitución en 2011 por la Legislatura

(16) FINNIS, J. M. "Euthanasia, morality and Law", *Loyola of Los Angeles Law School*, 1998, Vol. 31, p. 1123 *et seq.*

(17) El acto legislativo provincial se sancionó el 29 de noviembre de 2007, promulgándose con fecha 19 de diciembre del mismo año mediante decreto 341/2007 y publicándose en el Boletín Oficial con fecha 3 de enero de 2008 (B.O. 4582).

(18) La normativa de vertiente chaqueña coronó su sanción el 10 de septiembre de 2008 al introducir modificaciones a los artículos 602, 603, 604 y 779 del Código Procesal Civil y Comercial local, mientras que la fuente neuquina se sancionó el 25 de septiembre de 2008, obtuvo su promulgación con fecha 8 de octubre del mismo año y su publicación en el Boletín Oficial data del 24 del mismo mes (B.O. 3110).

(19) Sancionada el 14 de julio de 2010, la disposición devino promulgada con fecha 30 del mismo mes mediante decreto 1276 y publicada en el Boletín Oficial con fecha 27 de agosto del mismo año (B.O. 26424).

de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante ley 3933, del artículo 171 de la Ley Orgánica Notarial 404 (20)-.

Empero, prácticamente en forma simultánea a este curso legisferante local, el Congreso Federal sancionó la ley 26742, con fecha 9 de mayo de 2012, aunque promulgada tácitamente con fecha 24 del mismo mes y año (21); tras un amplio debate parlamentario (22), el legislador nacional, entonces, reformando la ley 26529 sobre derechos de los pacientes, en la nueva redacción impresa a los artículos 2 inciso e), 5 inciso g) y 6 especialmente, disciplinaba normativamente la misma cuestión -de estar a las modificaciones introducidas por los artículos 1, 2 y 6 respectivamente- (23).

(20) Dictada el 6 de octubre de 2011, la legislación local resultó promulgada -de hecho- con fecha 7 de noviembre del mismo año, publicándose en el Boletín Oficial con fecha 17 del mismo mes y año (B.O. 3793).

(21) Al promediar la segunda mitad del año 2011, una diversidad de proyectos de ley, con trámite legislativo en sendas cámaras del Parlamento nacional, se orientaban a redoblar mayores cuotas de respeto a la autodeterminación personal del paciente -entre tales iniciativas, pueden computarse, *u. gr.*, las de autoría de los diputados Gerardo Milman (4139-D-2011), Ivana M. Bianchi (4214-D-2011), Miguel L. Bonasso (3751-D-2011), Juan C. Vega (4086-D-2011), etc.; o bien, las de factura de los senadores Adriana Bortolozzi de Bogado (0204-S-2009), Samuel M. Cabanchik (0644-S-2011), César A. Gioja (1301-S-2010), Elena M. Corregido (0406-S-2011), etcétera-.

(22) *Vide in extenso Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación*, Reunión 10ª, 7ª Sesión Ordinaria (Especial), 30 de noviembre de 2011; *Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación*, 5ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 9 de mayo de 2012.

(23) Así, según la nueva fórmula del artículo 2 inciso e) de la ley 26529, en relación con la autonomía de la voluntad del paciente, se consigna su derecho a "(...) aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente". A su turno, el artículo 5 de la antedicha legislación entiende por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: "(...) g) el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de

Luego, añadiría una regulación similar en los artículos 59 y 60 del novel Cód. Civ. y Com. de la Nación -aprobado por ley 26994, aunque con vigencia a partir del 1º de agosto de 2015 a tenor de lo dispuesto por el artículo 1 de la ley 27077-, a propósito de las Directivas Médicas Anticipadas (DMA) (24).

2. De allí que, frente a la insinuación local de regular diversos aspectos atinentes a una *Declaración de Voluntad Anticipada* -DVA, según la nomenclatura de sugerencia doméstica-, se suscitara, al menos desde septiembre de 2016, una atrayente discusión en el foro legislativo provincial, la que cuajara en las modificaciones introducidas por

ese estadio terminal irreversible e incurable.” Finalmente, la actual redacción de su artículo 11 admite que “(...) toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

(24) Mientras el artículo 59, bajo el epígrafe *Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud*, estatuye: “(...) el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”, el artículo 60 -intitulado *Directivas médicas anticipadas*- reza: “(...) la persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”.

los artículos 1 y ss. de la ley 10421, sancionada con fecha 21 de diciembre del mismo año y publicada en el Boletín Oficial el 30 de enero de 2017 (25).

Lo sugestivo radica en que algunos legisladores advertían que dicho producto normativo no importaba una modificación de fondo de la ley 10058, sino -en rigor- una *adecuación normativa* a las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación (26). En cambio, otros asambleístas destacaban no sólo que, en virtud del universo de competencias constitucionalmente reservadas al gobierno provincial -artículo 121 y conc. CN-, la ley 10058 lucía dotada de *mayor completitud* que las de raigambre federal, sino también que, con arreglo a la decisión adoptada por los reformadores de 1987 en torno al artículo 59 de la Constitución Provincial, se constataba una tradición de *autonomía fuerte en materia de poder de policía de salud y deontología médica*, de tal modo que sugerían su acomodamiento no por vía general sino de excepción -i.e., con motivo de casos particulares excepcionales en los que la aplicación de medios de soporte vital pudieren significar al propio padeciente un atentado a la dignidad de la persona humana- (27).

Habiéndose consolidado la primera tesis, se legisló que el consentimiento informado debe incluir el derecho que le asiste al paciente a decidir y que a tal fin

(25) *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, pp. 4374 y ss.

(26) Este parecer, *u. gr.*, se colige no sólo de la opinión del miembro informante del proyecto -Legislador Ricardo Vissani- sino también de las intervenciones de los parlamentarios Verónica Gazzoni, Fernando J. Palloni, Liliana Montero, Adolfo Somoza y Daniel A. Passerini, cfr. *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, pp. 4374, 4380, 4381, 4383, 4385, respectivamente. Incluso, en los *Fundamentos* del PL 20838/L/2016 se anotaba el objetivo de "(...) proyectar una norma armónica y compatible con las disposiciones contenidas en todo el ordenamiento jurídico existente", cfr. *ibídem*, Tomo VII, p. 4388.

(27) *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, pp. 4375-77. Del legislador Aurelio García Elorrio, alegando el siguiente respaldo argumental: "(...) en el año 2012 (...) la Nación había sacado la Ley de Derechos del Paciente y, evidentemente, la Provincia de Córdoba (...) no estaba de acuerdo con que esa ley nacional tuviera una notable preeminencia sobre esta Provincia (...) la Ley Nacional de Derechos del Paciente tenía sólo un artículo sobre voluntades anticipadas. La Ley de Córdoba estaba formada por 26, 27 o 28 artículos sobre las voluntades anticipadas (...) en la Convención de 1987 (...) esto era materia reservada, no delegada, del Gobierno de la Provincia (...) por eso no nos movemos con las leyes nacionales de ejercicio de la medicina o con normas deontológicas nacionales, sino con la ley provincial". No es ocioso recordar que durante la discusión de la ley 10058 algunos legisladores habían planteado el dilema con relación al retiro de insumos de sustento vital: "(...) debe ser aplicada la norma nacional con la regulación que establece la norma provincial que tiene competencia no delegada a la Nación para evitar cuestiones de hidratación, nutrición, higiene, oxigenación", cfr. *Diario de Sesiones*, 2012, 10ª Sesión Ordinaria, 04.04.2012, a la 17ª Sesión Ordinaria, 23.05.2012, 19ª Reunión, 16.05.2012, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo II, p. 912. Del legislador Juan M. Cid.

puede realizar una Declaración de Voluntad Anticipada (DVA) -artículo 5 inciso a) *in fine*-, al tiempo de precisar -en el inciso g) de la misma cláusula normativa- que por *medidas mínimas ordinarias* se reputan las acciones tendientes a suministrar higiene y curaciones en la etapa terminal. Sin embargo, en lo que aquí atañe la modificación de mayor repercusión se constata en el artículo 6, pues la estipulación legal consigna -en su bisoña confección- que “(...) toda persona mayor de edad y en pleno goce de sus facultades mentales titulariza el derecho personalísimo de expresar, mediante una Declaración de Voluntad Anticipada (DVA), las instrucciones para ser sometida o no a determinados tratamientos médicos en previsión de la pérdida de la capacidad natural o la concurrencia de circunstancias clínicas que le impidan consentir o expresar su voluntad en ese momento” -aditándose que, con igual alcance, rige para las personas, a partir de los 16 años de edad, considerados como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, con el alcance previsto por el artículo 26 del Cód. Civ. y Com. de la Nación- (28).

Por lo demás, también dispuso la innovación de la letra del artículo 5 inciso b) de la ley 6222 al enlistar entre las obligaciones de las personas que ejercen las profesiones y actividades afines a la salud, existentes o que se creen, la de “(...) b) respetar el derecho del paciente a la vida física y espiritual desde la concepción hasta la muerte, conservándola por medios ordinarios. Para la prolongación de la vida la aplicación de medios extraordinarios quedará reservada a la voluntad del paciente”.

Despejado ello, conviene tener presente -según sugiere Carl J. Friedrich- que para una concepción pragmática del sistema federal, una vez que los representantes del pueblo han asumido el poder constituyente y hecho una Constitución para su totalidad, de la cual no pueden separarse las subdivisiones territoriales, se descubre un solo gobierno y sus poderes están divididos, en consecuencia, entre las autoridades del gobierno central -federal- y de los gobiernos locales de sus miembros -estadales- (29); incluso, la distribución de sus funciones es aún más compleja, al punto que puede sorprender a cualquier observador por la riqueza de sus formas heterogéneas (30).

(28) Igualmente se adecuaría el régimen provincial de *Declaración de Voluntad Anticipada de Muerte Digna*, de conformidad con el artículo 21 *bis*, con la institución de un *Comité ad hoc*, designado por la Autoridad de Aplicación y denominado *Comité Ley N° 10058 - Muerte Digna*, dotándolo de una función consultiva en cuestiones de duda y evidente singularidad acerca del acogimiento o no por el respectivo Registro Único de Voluntades Anticipadas -como así también de cualquier otro asunto emergente de la aplicación efectiva de la ley 10058-, al margen de estatuirse -además- su intervención cuando el paciente no hubiere formalizado su Declaración de Voluntad Anticipada (DVA) y la decisión fuere tomada por los representantes legales en los términos del artículo 24 de la legislación de referencia -según lo establece el artículo 21 *ter*-.

(29) FRIEDRICH, C. J. *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, Blaisdell Pub. Co., Massachusetts, 1968, pp. 638 y ss.

(30) Ronald L. Watts explica que la característica definitoria de las diferentes federaciones finca en la existencia simultánea de poderosos motivos para estar unidos para el cumplimiento de ciertos fines y profundas razones para promover un gobierno regional autónomo para otros propósitos;

Ciertamente, acomodar la diversidad -explica el presidente del *Forum of Federations*, Rupak Chattopadhyay- es la cuestión clave -*key issue*- de nuestro tiempo, signado por debates sobre cuestiones no sólo étnicas, nacionales, lingüísticas, económicas, etc., sino también morales, religiosas, culturales, etc. -al punto que preocupa a los regímenes democráticos establecidos y emergentes por igual-; en esta empresa, las diversidades, sin embargo, no deben considerarse una carga, por el contrario, importan un activo sobre el cual los Estados pueden construir una oportunidad para que se enriquezca su dinámica institucional (31).

De modo que con motivo de la discusión en derredor de las aristas implicadas en la reglamentación local de la Declaración de Voluntad Anticipada (DVA), los legisladores polemizaron en torno a un interrogante de radical trascendencia en este *métier*: *¿cuál es el nivel de gobierno que detenta atribuciones para regular legislativamente cuestiones de tal catadura, en el marco del sistema de reparto de competencias programado por la Constitución Nacional?* Por cierto, tal enunciación no descartaba -indudablemente- otras conexas: *v. gr.*, ¿las esferas competenciales, dentro de las cuales orbita cada uno de los planos de poder según el arreglo institucional, varían en la realidad de la *praxis* federativa según precisas circunstancias de lugar, tiempo, oportunidad, etc.?, ¿podría derivarse, incluso como axioma desde el punto de vista político, que si las funciones del gobierno central se incrementan a expensas de las de los gobiernos locales, el primero acusa una acentuada tendencia hacia la centralización -con el suficiente énfasis para desterrar atisbos de balcanización-?, ¿se avizora, en contraste, un genuino proceso de coordinación de títulos competenciales orientado a la consecución de un equilibrio de los diversos órdenes gubernativos de la federación?, ¿tal propiedad no conllevaría, en la práctica, un solapamiento competencial con potencia para la reducción de oportunidades de apertura, flexibilidad, variedad y participación en la hechura de políticas públicas?, ¿los diseños federales carecen, acaso, de la eficacia usualmente endilgada

esta circunstancia -puntualiza el profesor de la *Queen's University*- se ha traducido en el diseño de un sistema de reparto competencial -afectado normalmente por el proceso por el cual se produce el establecimiento del régimen federativo- en virtud del cual se han asignado competencias al gobierno federal para aquellos fines comunes que son compartidos y competencias a las unidades estatales de gobierno para los objetivos vinculados a la expresión de una identidad local, desaguando en una "(...) combinación dentro de un sistema político único de gobierno compartido y autogobierno", cuya forma específica de distribución de los círculos competenciales ha variado en función de la distinta importancia y tipología de los intereses comunes, del grado de diversidad dentro de la sociedad de que se trate, del influjo de una pluralidad de factores -*v. gr.*, geográficos, históricos, económicos, ecológicos, lingüísticos, culturales, demográficos, etc.- así como su respectiva interrelación -pues, en aras del equilibrio entre unidad y diversidad, las federaciones también han requerido el balance entre independencia e interdependencia de los gobiernos federales y provinciales entre sí-, cfr. WATTS, R. L. *Comparing Federal Systems*, Mc-Gill Queen's University Press, Kingston, 2008, pp. 84 y ss.

(31) CHATTOPADHYAY, R. "Accommodating diversity in federal countries. Some reflections from around the World and Canada", *ap.* TUDELA ARANDA, J. - KÖLLING, M. - REVIRIEGO PICÓN, F. (coords.) *Calidad democrática y organización territorial*, cit., p. 17.

a los de *pedigree* unitaria para garantizar la igualdad de derechos y las diversas manifestaciones de la libertad constitucional?, etcétera.

II. Alrededor de los derechos constitucionales involucrados en las legislaciones denominadas “de muerte digna”. *Ars moriendi vis-à-vis Ars vivendi*

3. Indudablemente, el escenario en el que afloran las declaraciones de voluntad anticipada no sólo descubre un *conflicto de valencia moral* (32), sino también una *cuestión de política pública* (33) en la que confluyen poderosos argumentos blandidos con miras a justificar su implementación por los pacientes. ¿Hasta qué punto, entonces, indaga Ronald M. Dworkin, estas preguntas sobre la muerte nos obligan a pensar también en la vida? (34).

El grueso de los expertos ha hecho notar que el tópico del derecho a una muerte digna involucra -y, normalmente, hasta llega a tensionar- dos derechos, al menos, con catadura constitucional: el derecho a la vida y el derecho a la autonomía o autodeterminación personal.

(32) MILLER, J. - GELLI, A. - CAYUSO, S. *Constitución y derechos humanos*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 838, aunque con la aclaración de que la literatura de filosofía moral relevante al respecto excede el propósito de esta entrega. No obstante, estas situaciones tan serias, en las que están involucradas la vida y la muerte de las personas, plantean problemas e incertidumbres que auscultan un tratamiento prudente y cuidadoso, y -al menos en la práctica constitucional inspirada por principios liberales- impone asignar un papel relevante a dos elementos del debate: (i) el *consentimiento de la persona afectada* y (ii) *las condiciones para el ejercicio de su autonomía*, cfr. NINO, C. S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 254. Incluso, emergen sobre el punto las cuestiones dilemáticas en las que *no puede alcanzarse una solución que no vulnere un elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral*, sin que ello implique que el sistema jurídico en el que se revelan sea *per se* no democrático o inmoral, cfr. ATIENZA, M. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía*, N° 6, 1997, p. 19; ibídem, “Juridificar la Bioética”, *ap. VÁZQUEZ, R. (comp.), Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 64 y ss. Principalmente, tal propiedad se percibe cuando los filósofos morales abordan el problema de la aceptabilidad de las actuaciones eutanásicas, puesto que cualesquiera de las decisiones que se adopten asumen cariz controversial, desde el momento en que -en todo caso- suponen la afectación de determinadas afirmaciones o valores morales relevantes, y, por tanto, exigen muy buenas razones en ocasión de resultar sometidos a otras consideraciones, cfr. RAZ, J. *The morality of freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 360 y ss. Sin perjuicio de ello, también incide la dinámica de los contenidos de moral social, de allí que, *v. gr.*, Herbert L. A. Hart entendía que las obligaciones y deberes reconocidos en las reglas morales pueden *variar de sociedad en sociedad*, o bien, *dentro de una misma sociedad*, en épocas diferentes: “(...) algunos de ellos pueden reflejar creencias totalmente erróneas, o aun supersticiones, sobre qué es lo que la salud o la seguridad del grupo exige; en una sociedad la mujer puede tener el deber de arrojarse a la pira funeraria de su marido, y en otra el suicidio puede ser una transgresión a la moral común. Hay una diversidad entre los códigos morales que puede resultar de las necesidades peculiares, pero reales, de una sociedad dada, o de la superstición y de la ignorancia”, cfr. HART, H. L. A. *The concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 167 y ss.

(33) SUNSTEIN, C. R. “The Right to Die”, *Yale Law Journal*, 1996, Vol. 106, pp. 1123 *et seq.*

(34) DWORKIN, R. M. *Life's Dominion...*, cit., p. 26.

El primero de ellos no luce mencionado explícitamente en el texto histórico de la Constitución Nacional (35), por lo que tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia coincidían en considerarlo entre los anidados en la cláusula de *derechos implícitos* prevista en el artículo 33 de la Ley Mayor (36). Empero, a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la vida reconoce albergue explícito en el bloque de constitucionalidad -a la mejor luz de los pactos internacionales de derechos humanos cotizados con jerarquía constitucional por el artículo 75 inciso 22 de la norma federal de base- (37),

(35) En contraste, los antecedentes constitucionales patrios consignaron referencias explícitas a la *libertad de vivir* y a su expresión jurídica en el *derecho a la vida: v. gr.*, el *Decreto de Seguridad Individual*, aprobado por el Triunvirato el 23 de noviembre de 1811, reconocía *ad litteram* que todo ciudadano titularizaba el *derecho sagrado a la protección de la vida*. Luego, el Proyecto de Constitución elaborado en 1813 por la Sociedad Patriótica declaraba a la vida -en su artículo 5- como uno de los *derechos del hombre*, agregando que "(...) tiene un concepto tan uniforme que no necesita explicación" -de estar a su artículo 6-. A su vez, el Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado de 1815, sancionado por la Junta de Observación, lo enlistaba positivamente en su artículo 1, del mismo modo que lo hacía el Reglamento Provisorio para la Dirección y Administración del Estado de 1817, dado por el Soberano Congreso de las Provincias Unidas de Sudamérica -artículo 1, Cap. I, Sec. I-. En este derrotero constitucional, la Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica de 1819 -en razón de su artículo 109- estipularía que *los miembros del Estado debían ser protegidos en los derechos de su vida* -precepto textualmente reproducido por el artículo 141 de la Constitución de la República Argentina de 1826-, cfr. LINARES QUINTANA, S. V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*, Tomo IV, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, p. 323; BADENI, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 733 y ss.; *et al.* Incluso, en el tramo *material* de las creencias y valores constitucionales domésticos se albergaba la convicción tutelar de la *dignidad de la persona humana* -de la cual los anteriores documentos no importaban más que su proyección-, aunque finalmente -en ocasión del momento constitucional de 1853/60- el texto *formal* de la Constitución federal no escriturara en el catálogo de derechos el relativo a la vida -en tanto contenido antropológico del fenómeno jurídico constitucional-.

(36) En este sentido, *vide in extenso* SAGÜÉS, N. P. *Derecho Constitucional. Estatuto de los derechos*, Tomo III, Astrea, Buenos Aires, 2017, pp. 71 y ss.; BIDART CAMPOS, G. J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, Tomo I-B, Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 283 y ss.; GELLI, M. A. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 487 y ss.; SOLA, J. V. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 47; BADENI, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, cit., p. 735; NINO, C. S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, cit., pp. 223 y 342; MILLER, J. - GELLI, A. - CAYUSO, S. *Constitución y derechos humanos*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 833.

(37) En este entendimiento, algunos constitucionalistas postulan que no correspondería -al menos, a partir de las normas elaboradas por los reformadores de 1994- su encuadramiento en el cupo de derechos no enumerados desde que descubre enunciación *expressis verbis* en una gama de instrumentos internacionales de derechos humanos equipados con superioridad constitucional e integrados al bloque de constitucionalidad, a la par del telón de fondo del artículo 75 inciso 23 § 2 de la Ley Mayor: "(...) hay dos normas incorporadas en 1994 que alteran dramáticamente el panorama (...) se evita así toda controversia acerca de su ubicación en el ordenamiento jurídico", cfr. CARNOTA, W. F. *Instituciones de Derecho Público*, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 82-83; CLÉRICO, L., "Los derechos no enumerados", *ap.* SABSAY, D. A. (dir.) - MANILLI, P. L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo I, 2009, pp. 1223 y ss.; SABSAY, D. A. *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Constitucional. Parte dogmática*, La Ley, Buenos Aires, 2010, Vol. I, p. 195, nota 1. Asimismo -en el parecer de algunos

debido a que así lo contemplan, *v. gr.*, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 -artículo I, en adelante DADDH-, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 -artículo 3, en adelante DUDH-, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 -artículo 6, en adelante PIDCP-, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 -artículo 4, en adelante CADH-, etcétera.

Tampoco podría descontarse de este panorama normativo la incidencia del derecho a la *salud* -en virtud de la habitual lectura de *complemento indispensable* del derecho a la vida- (38), resguardado -también- en el cupo de derechos tácitos, silenciosos o sobrentendidos del artículo 33 de la Carta Magna nacional, sin perjuicio de su tutela patente por cláusulas de documentos internacionales de derechos humanos con rango constitucional: *v. gr.*, artículos 25 de la DUDH, 12 inciso c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 -en adelante, PIDESC-, 5 inciso (iv) del apartado e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 -en adelante, CERD-, 11 § 1 apartado f) y 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 -en adelante, CEDAW-, 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 -en adelante, CDN-, 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 -en adelante, CRPD-, etcétera.

El derecho a la autonomía individual o autodeterminación personal, en cambio, registra un expresa afirmación en la textura del artículo 19 del documento constitucional de cuño federal, en cuanto dispone que las *acciones privadas* de los hombres -en tanto "(...) de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero"- están no sólo reservadas a Dios, sino también exentas de la autoridad de los magistrados. En rigor, la cláusula constitucional de tutela del mundo privado otorga al individuo un *ámbito de libertad* en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de

doctrinantes- se constata una corriente de *cambio de modelo* que conduce desde el patrón de Estados-Nación soberanos hacia un vector de menor soberanía estatal y más abundantes relaciones interestatales de carácter constitucionalmente federal, cfr. ELAZAR, D. J. "From statism to federalism: A paradigm shift", *International Political Science Review*, 1996, Vol. 17, N° 4, pp. 417-429.

(38) CARNOTA, W. F. *El derecho a la salud: entre la implicitud constitucional, la explicitud internacional y la incipiente jurisdiccional*, DT 1996-B-2964. Sucede que -junto con la vida- la salud es un bien íntimamente relacionado con la identidad del individuo; por lo tanto, ambos no sólo configuran condiciones fundamentales para el ejercicio de la autodeterminación sino, incluso, para la propia constitución del individuo como ente, frente al cual debe justificarse cualquier curso de acción o medida que lo pueda afectar, cfr. NINO, C. S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, cit., p. 21. Así -al dirimir el asunto *Mosqueda, S.*- el cimero tribunal de la Nación ha consignado: "(...) el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, desde que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida" (CSJN, Fallos 329:4918, en remisión al Dictamen de la Procuradora General de la Nación, Dra. Beiró de Gonçalvez).

los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros -tal como se previniera en el pronunciamiento de la Corte Federal vertido en el caso *Bahamondez, M.*- (39). Además -dentro del bloque de constitucionalidad- en el artículo 11.2 de la CADH -al igual que en los artículos 12 de la DUDH, V de la DADDH, 17.1 del PIDCP- se resguarda el derecho a recibir protección de la ley contra las injerencias y ataques arbitrarios, abusivos e ilegales en su vida privada.

Sobre estos principios, ciertos especialistas apuntan que de la lectura de tales estipulaciones normativas se deriva un *límite infranqueable* al obrar no sólo del Estado, cualquiera sea el órgano a través del cual actúe -v. gr., legislador, funcionarios de la administración pública, magistrados judiciales, etc.-, sino también de los particulares, sirviendo, entonces, de encuadre normológico a las *directivas médicas anticipadas* (40). Igualmente se consigna que -en el supuesto de los pacientes terminales- del mencionado plexo normativo emerge un genuino *derecho fundamental*, cuyo contenido trasunta la *chance* de rechazar o interrumpir una terapia específica o de rehusar medios extraordinarios disponibles por los adelantos técnicos y científicos para la prolongación vital,

(39) CSJN, Fallos 316:479, “Bahamondez, M.” Del voto en disidencia de los Dres. Augusto C. Belluscio y Enrique S. Petracchi, con la prevención en orden a que tal principio resulta de particular aplicación en aquellos casos en los que “(...) se encuentran comprometidas, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal. Luego, la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional”. En un sentido complementario, en su voto conjunto los Dres. Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra adujeron que el sustento del derecho a la negativa del paciente al sometimiento a tratamientos médicos contra su voluntad se descubría en el “(...) señorío a su propio cuerpo, y en consecuencia de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la CN. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 (...) 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 ese 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”. Del voto conjunto de los Dres. Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra. En el caso, el paciente afectado por hemorragia digestiva, con anemia y melena se resistía -conscientemente y sin que mediaren declaraciones preliminares de salud- a la recepción de transfusiones de sangre por considerarlas contrarias a la creencia del culto Testigos de Jehová que profesaba. *Vide etiam* BILDART CAMPOS, G. J. “La objeción de conciencia frente a los tratamientos médicos”, JA 1993-IV-555; RIVERA, J. C. “Negativa a someterse a una transfusión sanguínea”, LL 1993-D-124; COLAUTTI, C. E. “Precisiones e imprecisiones en el caso Bahamondez”, LL 1994-B-785; *et al.*

(40) CARNOTA, W. F. “La constitucionalidad de las directivas anticipadas”, LL 2005-F-52. *Vide etiam* SAUX, E. I. - AZVALINSKY, A. M. “Vida, muerte y dignidad. Los testamentos vitales. Utilidad y alternativas”, JA 2007-IV-1034; LLORENS, L. R. - RAJMIL, A. B. “Directivas anticipadas de salud (art. 11 de la ley 26.529)”, LL 2009-F- 392.

con el fin de no afectar el respeto debido a la dignidad de la persona humana, afinado dentro del espectro constitucional de tutela de conductas autorreferentes (41).

Incluso, el sustento al que suele remitir la disciplina relativa a las declaraciones de voluntad anticipada estriba en una manifestación particular del *derecho a la libertad* -de allí, además, su habitual conexión por la doctrina civilista con la justificación del consentimiento informado-: la libre determinación del paciente -explica Marco Azzalini- se abastece como el *esencial criterio de elección y ejecución del tratamiento sanitario* (42), descontando aquellas opiniones privatísticas que las cimientan en el derecho personalísimo a la *integridad psico-física* o a la *disposición del propio cuerpo* (43).

Es claro que sendos derechos suponen, por una parte, un deber de abstención, oponible *erga omnes*, de acciones u omisiones que atenten contra la vida u obstaculicen la libertad de cada persona de decidir sobre sí misma, pero -a la par- imponen un deber de obrar a cargo del ente estatal en la inteligencia de que *los derechos fundamentales son una tarea del Estado* (44) -entendimiento que, en definitiva, importa una responsabilidad subsidiaria de éste, que no sólo está obligado a respetarlos, sino también a garantizar su vigencia-. Así, *v. gr.*, se desprende de los artículos 1 de la CADH, 2 del PIDCP y 2.2 del PIDESC-. En su mérito, al deber genérico negativo de abstención ya mencionado, se adita el de dictar las leyes y reglamentos "(...) necesarios para garantizar el pleno goce y ejercicio" de tales derechos y, aun, el de "(...) promover medidas de acción positiva" a tales fines -artículo 75 inciso 23 CN-, fijando y ejecutando así políticas especiales.

(41) GELLI, M. A. "La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad", *ap. MEDINA, G. (dir.) Identidad de género - Muerte digna*, La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 93 y ss. *Vide etiam* EKMEKDJIAN, M. A. "El valor dignidad y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales", *ap. BIDART CAMPOS, G. J. - GIL DOMÍNGUEZ, A. (coord.)*, en *Los valores en la Constitución Argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1999, pp. 9 y ss.; BIDART CAMPOS, G. J. "La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático. Nota a la sentencia en caso 'Parodi'", *ap. Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, pp. 220 y ss.

(42) AZZALINI, M. "Le disposizioni anticipate del paziente: prospettiva civilistica", *ap. RODO-TÀ, S. - ZATTI, P. (dirs.)*, *Tratato di Biodiritto. Il governo del corpo*, Tomo II, Giuffrè, Milán, 2011, pp. 1937 y ss. De la misma manera, la lectura privatista doméstica decanta en similares usos argumentativos: *v. gr.*, las conductas autorreferentes de salud -en orden a la aceptación o rechazo anticipado de procedimientos diagnósticos o terapéuticos- se reputan una secuela del *derecho a la autonomía y autodeterminación* en tanto accionar autodeterminado que expresa convicciones, valores, deseos, creencias, etc., con apoyatura en el derecho a la *dignidad y libertad* personales -artículos 19 y 75 inciso 22 CN-, *cfr. GARRIDO CORDOBERA, L. M. "Directivas médicas anticipadas"*, *ap. GARRIDO CORDOBERA, L. M. - BORDA, A. - ALFERILLO, P. E. (dirs.)*, *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 83.

(43) TOBÍAS, J. W. "Directivas médicas anticipadas", *ap. ALTERINI, J. H. (dir.)*, *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 700.

(44) HÄBERLE, P. "El Estado constitucional europeo", *ap. Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004, p. 96.

4. Sin embargo, la faena de resguardar y garantizar el ejercicio de ambos derechos supone, en ocasiones, la necesidad de armonizarlos y esta tarea no es usualmente sencilla, ni exenta de disputas.

Reténgase que el derecho a la vida es habitualmente glosado por los tratadistas de Derecho Constitucional entre los que detentan carácter indisponible e irrenunciable (45). Nuestro orden constitucional les asigna a algunos derechos tal cualidad en *forma expresa* -en orden, *v. gr.*, a los derechos de la seguridad social del artículo 14 bis CN-, descontando que otros la blanden por su *propia naturaleza* -*v. gr.*, normalmente nadie invocaría su autonomía personal y libertad de comercio para someterse voluntariamente a situaciones de esclavitud y servidumbre, sin perjuicio de que la trata de esclavos, de mujeres, de niñas, niños y adolescentes, etc., resultan prohibidas en todas sus modalidades por cláusulas de documentos constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos-.

En esta última categoría se cuenta el derecho a la vida, derivándose que, pese a no resultar punible en nuestro ordenamiento jurídico la acción de quien se suicida atento la existencia de un espacio situado fuera del Derecho, o al menos jurídicamente libre o exento, en el que el legislador reserva su valoración y deja la conducta del individuo a merced de su decisión personal en conciencia -según la opinión de Klaus Roxin (46)-, aunque también se alegue la concepción del delito como valoración jurídica a través de los tiempos (47) y la inoperancia de la pena como sanción

(45) Como resultante de su semblante de derecho constitucional *fundante, básico y necesario* para la realización de los demás derechos, cfr. SAGÜÉS, N. P. *Derecho Constitucional...*, cit., Tomo III, p. 71. *Vide* sobre el punto la literatura reseñada en ocasión del punto 3 de la presente entrega.

(46) ROXIN, K. *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 567-568, frente a la consideración predominante con arreglo a la cual una conducta típica es, o conforme a derecho o antijurídica, según comprometa o no una causa de exclusión del injusto, de modo que -en el caso del suicidio- se puedan extraer consecuencias jurídicas para el supuesto de salvación en contra de la voluntad del afectado. En este sentido, se precisa: "(...) en el Derecho argentino no es delito el hecho de quitarse la vida, como es obvio, pero tampoco lo es la tentativa de suicidio. El legislador ha entendido que, de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución Nacional, es este un ámbito en el cual el Estado no debe ingresar, ya que la decisión de vivir o no es un acto propio de la conciencia del hombre", cfr. DONNA, E. A. *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pp. 94 y ss.

(47) JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Losada, Buenos Aires, 1958, pp. 23 y ss. Sobre las formas primitivas y los antecedentes bíblicos, romanos, medievales y modernos, sin perjuicio de anotar la costumbre criolla -comentada por INGENIEROS, J. "La piedad homicida", *Revista CMA*, XI, 1911, p. 489- de *despenar* en la población rural argentina ante enfermedades crónicas o en caso de accidentes graves, *vide* ibídem, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 362 y ss. Si bien el suicidio era, en principio, reprobado en la antigüedad por pensadores como Platón, Pitágoras y Cicerón -recordando que en Atenas se mutilaban las manos a los suicidas y en Roma se dejaba sus cadáveres en el patíbulo a merced de las bestias, descontando la práctica sajona de hacer salir al cuerpo por la ventana y no por la puerta de ingreso-, o bien lucía castigado por las *Partidas* de Alfonso X *El Sabio* -Ley XXIV, Tomo I, P. VII- y, entre nosotros luego, a través del Proyecto de Có-

retributiva a tenor del principio *mors omnia solvit* (48), el reproche penal se orienta -y su consiguiente captación en un tipo o figura delictiva- hacia el comportamiento del tercero que *induce* o *auxilia* al suicida a la realización de su propósito (49) -parti-

digo Penal de autoría de Carlos Tejedor durante la segunda mitad del siglo XX -artículos 1 y 2 § 6, Tomo I, L. I, P. II-, privándose de derechos civiles a los suicidas y anulando sus disposiciones testamentarias, es interesante destacar que su concepto ha sufrido una *lenta pero decisiva evolución* -inclusive, exorbitando el campo penal- para desaguar en que generalmente el título suicido, tanto consumado como tentado, ya no se cuenta hoy en la serie de delitos positivados, y se ponga al abrigo de la presunción de furor; empero, aceptada la regla de que el suicido no era delito, se llegaba -explica Francesco Carrara- a una consecuencia que no podía admitirse: *aquellos que por malignidad, interés o misericordia prestaban ayuda al suicida en su desesperada obra*, cfr. CARRARA, F. *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa. Parte especial*, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1945, pp. 164, 166, § 1154-1156. Asimismo se arguye que -en la actualidad- se ha desplazado el tópico hacia problemas de permisibilidad ética o de reproche moral antes que de represión penal: así, *v. gr.*, estas reflexiones iluminaron la prédica liberal utilitarista de Jeremías Bentham en la concepción de que cada individuo es el mejor juez de sí mismo, pues sabe cuándo, cómo y por qué debe permanecer o abandonar esta vida, ideario estrechamente conectado con su estudio sobre las dificultades y facilidades en la comisión delictiva, cfr. BENTHAM, J. *Traité de législation civile et pénale*, Tomo II, Dumont, Paris, 1830, pp. 33 y ss. Ahora bien, también será habitual entre los doctrinantes de la ciencia penal el argumento según el cual, si el suicido no es un delito, tampoco la ley penal puede permitir que una persona arrebatase la vida de otra con su consentimiento, cfr. LEVENE, R. *El delito de homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 142. El autor en la figura delictiva de instigación o ayuda al suicidio -añade Carlos Fontán Balestra- revela con la participación en el suicidio de otro su menosprecio por la vida ajena: "(...) él no mata, pero induce al otro a que se mate o ayuda a que lo haga. Es ese menosprecio por la vida ajena lo que fundamenta la represión penal en este caso. La actividad del suicida, que, inducido o no, auxiliado o no, ejecuta el hecho con su participación de voluntad, es lo que deja el acto fuera del homicidio", cfr. FONTÁN BALESTRA, C. *Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 62.

(48) En la significación de que la muerte no deja subsistente ningún derecho punitivo, cfr. SOLER, S. *Derecho Penal argentino*, Tomo II, TEA, Buenos Aires, 1956, p. 508. En este orden de ideas, MANZINI, V. *Tratado de Derecho Penal. Primera parte. Teorías generales*, Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1950, p. 13, explica que el canon de marras comporta una genuina regla que no sólo supone un corolario del principio de la personalidad, de la imputabilidad y de la responsabilidad penales, sino -al mismo tiempo- el reconocimiento legislativo de la imposibilidad práctica de ejercitar la acción penal y de ejecutar la pena según los presupuestos del moderno Derecho Penal y de las sanciones penales.

(49) Contrariamente a lo que ocurre en la autoría -explica Edmund Mezger- el hecho al que se instiga no es *querido* como propio sino como *de otro*, allí está la diferencia fundamental entre la voluntad del instigador y la del autor, cfr. MEZGER, E. *Derecho Penal*, EBA, 1958, Buenos Aires, p. 314. Si bien los doctrinantes alemanes aducen que inducir -en tanto forma específica de participación- consiste en *determinar a un hecho doloso*, se arguye que la interpretación de la expresión *determinar* asume notas polémicas: también el cómplice necesario -*v. gr.*, aquel que proporciona al autor el único instrumento idóneo, inalcanzable de otro modo- determina en sentido amplio el hecho, ya que convierte la voluntad antes incapaz de realizar el hecho del autor en capaz de realizarlo, del mismo modo que -con mayor razón- determina en sentido amplio quien crea una oportunidad a cuya tentación o compulsión sucumbe otro, según lo esperado. Con miras a evitar tales desbordamientos, una extendida corriente de la dogmática jurídico-penal requiere una *influencia espiritual* sobre el inducido por parte del inductor, valiéndose de un arsenal de medios de inducción -*v. gr.*, desde la comunicación verbal o de otro tipo hasta los medios de autoría mediata-, cfr. JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría jurídica de la imputación*, Marcial

cipación en el suicidio ajeno (50)-, aunque se ejecutare por piedad o con la intención de evitar sufrimientos al padeciente -como, *u. gr.*, algunos autores arguyen respecto de la eutanasia (51)-.

En este sentido, se glosa el pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos -en adelante, CorteEDH-, al zanjar -a comienzos de 2002- el asunto “Pretty, D. *vs* United Kingdom”, reconociendo la facultad de los Estados para amparar la vida de

Pons, Madrid, 1995, pp. 804 y ss. A diferencia de la inducción -en donde el sujeto pasivo es cualquier persona-, cuando la acción típica consiste en la ayuda al suicidio, el sujeto pasivo sólo puede serlo aquel que haya decidido matarse y tenga capacidad para hacerlo, no siendo suficiente sólo la oportunidad, sino que es necesario que el suicida tenga el dominio del hecho, *i.e.*, que comprenda la trascendencia de lo que va a emprender, *cfr.* DONNA, E. A. *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 98. De allí que mientras la instigación -en nuestra doctrina y jurisprudencia, pues el sistema jurídico alemán carece de un precepto de similar factura- se concibe como la acción por medio de la cual el agente procura *persuadir* a un sujeto de que se dé la muerte por sí mismo, la ayuda -que no debe ser comprendida en el sentido técnico del artículo 46 del Cód. Penal- trasunta el sentido de *cooperación material al hecho* del suicidio del tercero, cualquiera que sea su especie o calidad, sin perjuicio de que eventualmente conlleven comportamientos típicos que pueden sumarse en un mismo hecho, sin que por ello se multiplique la delictuosidad, *cfr.* CREUS, C. - BUOMPADRE, J. E. *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 55-57.

(50) El artículo 83 del Código Penal Argentino -dentro del repertorio de delitos contra las personas, insertado en el Título I del Libro I- precisa: “(...) será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”. Tampoco se encuentra sujeto a punibilidad en el sistema jurídico doméstico la tentativa de suicidio, aunque con una carga argumentativa diversa a la que sustenta la ausencia de castigo penal al suicidio consumado: *u. gr.*, en ocasiones se aduce la necesidad de no agregar nuevos móviles para despojarse de la vida al sujeto que ya los albergaba -al punto de haber tentado la propia muerte-, *cfr.* CARRARA, F. *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa. Parte especial*, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1945, pp. 164 y ss., § 1155, mientras que en otras se evoca la ineficacia de la pena frente a quien voluntariamente se ha sometido al último suplicio, *cfr.* PACHECO, J. F. *Código Penal. Comentado y concordado*, Tomo III, Tello, Madrid, 1881, p. 32. Ahora bien, la dogmática penal discute si en la ayuda al suicidio puede incurrirse por omisión de actos de vigilancia o cuidado del sujeto que legalmente asumía la condición de garante de la seguridad personal del suicida, así mientras algunos doctrinarios suscriben un parecer positivo (*vide* NÚÑEZ, R. C. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Lerner, Córdoba, 1988, pp. 139 y ss.; MAGGIORE. *Derecho Penal*, Tomo IV, Temis, Bogotá, 1955, pp. 326-327); otros, en cambio, opinan en sentido adverso (*vide* SOLER, S. *Derecho Penal argentino*, Tomo III, TEA, Buenos Aires, 1956, p. 89; DONNA, E. A. *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 99). Sobre los tipos omisivos, *vide in extenso* ZAFFARONI, E. R. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, pp. 447 y ss.

(51) Reténgase que el Proyecto de Código Penal argentino de 1937, redactado por los profesores Eusebio Gómez y Jorge E. Coll, se inscribió en un modelo de penalidad atenuada: “(...) el que lo cometiera movido por un sentimiento de piedad ante el dolor físico de la víctima, si fuera intolerable y las circunstancias evidenciaren la inutilidad de todo auxilio para salvar la vida del sufriente” -artículo 117.2, de formulación análoga a la del Código de Defensa Social de Cuba de 1936 en su artículo 437, ap. A-. También estaba contemplada en los artículos 114 del Proyecto de José Peco de 1941, 137.1 del Proyecto de 1953, 115 del Proyecto de Sebastián Soler de 1960 y 121 del Proyecto de 1979, *cfr.* GUARDIA, D. “El suicidio”, *ap.* BAIGÚN, D. - ZAFFARONI, E. R. (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo III, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 505 y ss.

las personas bajo su jurisdicción, con prevalencia respecto del derecho a la autonomía personal -incluso, calificando dicha preferencia como emanación de los valores fundamentales de las sociedades democráticas (52)-.

(52) En el *cas d'especie*, la demandante se encontraba en una fase terminal de esclerosis lateral amiotrófica -ELA-, una enfermedad neurodegenerativa incurable que ocasiona parálisis muscular; su deseo consistía en elegir el momento y la forma de morir debido al hecho de que tal estadio de la patología referida le provocaría sufrimiento y pérdida de dignidad. Ahora bien, el cuadro de salud de la demandante le impedía suicidarse por sí misma, por lo que su voluntad estribaba en requerir la ayuda de su cónyuge para ello -en el contexto de la legislación criminal británica de 1961, cuyo artículo 21, si bien no consideraba el suicidio como un delito, sí tipificaba la conducta de ayudar a otros a su comisión-. De allí que la demandante cuestionara la negativa de las autoridades -*Director of Public Prosecutions*- a asumir el compromiso de no procesar penalmente a su cónyuge en el caso de que éste la auxiliara a morir, pretensión que no resultara acogida por el Tribunal de Estrasburgo en el temperamento de que el artículo 2 -derecho a la vida- del CEDH no podía interpretarse en tal sentido, salvo que el exégeta incurriera en una distorsión lingüística de que la derivara el derecho a morir, al mismo tiempo que concluyó que no hubo violación del artículo 3 -prohibición de tratos inhumanos o degradantes- del Convenio de marras: "(...) el Tribunal ha hecho hincapié en la obligación del Estado de proteger la vida. No considera que se pueda interpretar que el 'derecho a la vida' garantizado por el artículo 2 conlleva un aspecto negativo (...) no se puede interpretar, sin distorsión del lenguaje, que el artículo 2 confiere un derecho diametralmente opuesto, a saber el derecho a morir; tampoco puede crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de que conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida (...) no es posible deducir del artículo 2 del Convenio un derecho a morir, ni de la mano de un tercero ni con la ayuda de una autoridad pública (...) apoyado en su opinión por la reciente Recomendación 1418 (1999) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa (...) Al igual que el artículo 2, el artículo 3 del Convenio debe ser considerado una de las cláusulas primordiales del Convenio y que consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa (ver Sentencia 'Soering contra Reino Unido' de 7 julio 1989 [TEDH 1989, 13], serie A núm. 161, pg. 34, ap. 88) (...) en relación con el artículo 3, la obligación que el artículo 1 del Convenio impone a las Altas Partes contratantes el garantizar a toda persona dependiente de su Jurisdicción los derechos y libertades consagrados por el Convenio, les insta a tomar medidas adecuadas que impidan que dichas personas sean sometidas a torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes, incluso administrados por particulares (ver Sentencia 'A. contra Reino Unido' de 23 septiembre 1998 [TEDH 1998, 55], Repertorio 1998-VI, pg. 2699, ap. 22) (...) el sufrimiento debido a una enfermedad que sobreviene de forma natural, tanto si es física como mental, puede depender del artículo 3 si se encuentra o si corre el riesgo de verse intensificada por un trato -tanto si éste se debe a las condiciones de detención, a una expulsión u otras medidas- del que las autoridades pueden ser consideradas responsables (ver Sentencias 'D. contra Reino Unido y Keenan contra Reino Unido' previamente citadas y Sentencia Bensaid contra Reino Unido [TEDH 2001, 82], núm. 44599/1998, secc. 3, TEDH 2001-I) (...) La demandante alega más bien que el rechazo del DPP a aceptar el compromiso de no procesar a su marido si éste le ayudaba a suicidarse y la prohibición del suicidio asistido establecida por el Derecho penal se consideran un trato inhumano y degradante cuyo responsable es el Estado en la medida en que no la protege de esta forma de los sufrimientos que tendrá que soportar si su enfermedad alcanza la fase final. Esta queja contiene, sin embargo, una interpretación nueva y ampliada de la noción de trato que, como estimó la Cámara de los Lores, va más allá del sentido ordinario de la palabra. Aunque el Tribunal debe ser flexible y dinámico al interpretar el Convenio, que es un instrumento vivo, también debe velar por que toda interpretación que haga de él cuadro con los objetivos fundamentales del tratado y preserve la coherencia que éste debe tener como sistema de protección de los derechos humanos. El artículo 3 debe ser interpretado en armonía con el artículo 2, que hasta ahora siempre se ha considerado que refleja los valores fundamentales respetados por las sociedades democráticas. Tal como se señalara más arriba, el artículo 2 del Con-

Cabe agregar que, si bien en el muestrario del Derecho Constitucional Comparado (53) las prácticas eutanásicas han sido legalizadas en algunos órdenes jurídicos nacionales -como se constata, *v. gr.*, en Holanda desde 2001, Bélgica a partir de 2002, Luxemburgo cuando en 2009 abreva en la modelación precedente, etc. (54)- cuanto estaduales -según, *v.gr.*, las soluciones legislativas de diversos Estados miembros de la federación norteamericana, de estar a la primigenia reglamentación de la *Dead with Dignity Act* de Oregón, sancionada en 1994, aunque aprobada por referéndum popular en 1997, y a las sucesivas regulaciones de Washington en 2008, Montana en 2009, Vermont en 2013 y, recientemente, California en 2015-, y hasta reputadas legítimas por la jurisprudencia de ciertos foros judiciales -*v. gr.*, como se expidiera, en 2006, el Tribunal Federal (*Bundesgerichtes*) de la Confederación Suiza sobre el derecho a la autodeterminación a través de la figuración del *suicidio asistido* (55), o bien la Corte Constitucional de Colombia, desde 1997, respecto del *homicidio por piedad* (56)-, lo cierto es que en

venio consagra en primer lugar, y ante todo, la prohibición del recurso a la fuerza o de cualquier otro comportamiento susceptible de provocar el fallecimiento de un ser humano y no confiere al individuo el derecho a exigir del Estado que permita o facilite su muerte”, *vide* ECHR, “*Pretty vs United Kingdom*”, A. N° 2346/02, § 39-40, 49, 51-52, 54, III-2002, 29.04.2002.

(53) La Corte Constitucional de Colombia ha explicado la diversidad de fuentes normativas que concurren sobre el punto: “(...) en algunos Estados la discusión fue pública y se despenalizó la eutanasia a través de mecanismos de democracia directa como referendos. Otra alternativa fue directamente la vía legislativa. Sin embargo, en la gran mayoría de casos la dimensión subjetiva del derecho a morir dignamente se dio a través de decisiones judiciales. Así, los jueces optaron por dos vías. En primer lugar, aceptar que existe una correlación muy estrecha entre el derecho a la vida, a la dignidad humana y a la autonomía personal. Así, desde una interpretación sistemática de los derechos fundamentales, sostuvieron que era posible que una persona decidiera autónomamente, bajo ciertas circunstancias, provocar su propia muerte. Es de allí que nace el derecho a morir dignamente. En segundo lugar, los jueces, ante la tensión existente, decidieron despenalizar la eutanasia como una manera de garantizar la vigencia de los derechos constitucionales. Así, la penalización de esta práctica médica se convertía en un obstáculo. No obstante, la despenalización no fue absoluta. Se establecieron unas condiciones sin las cuales provocar la muerte de una persona sería igualmente considerado un delito”, *vide in extenso* CC, Sent. T.-940, de fecha 15 de diciembre de 2014.

(54) BREMER, C. “The Euthanasia Law in Belgium and the Netherlands”, *Lancet*, 2004, Vol. 362, pp. 1239-40.

(55) En tal trance afirmó que derivaba del derecho de las personas a decidir -en pleno uso de sus facultades mentales- independientemente de su estado de salud, aunque -al menos, desde 2013- ha ampliado expresamente el elenco de peticionantes a personas sanas -sin afección por enfermedades terminales- en razón del simple deseo del padeciente a la finalización de un sufrimiento vital, *cfr.* TF, Sent. N° 67810/10, de fecha 14 de mayo de 2013.

(56) Así, *v. gr.*, con motivo de una demanda de inconstitucionalidad, a través de la Sent. C-239, de fecha 20 de mayo de 1997, decidió la exequibilidad de la norma censurada -artículo 326 del Código Penal-, oportunidad en la que no sólo sostuvo que el homicidio pietístico o eutanásico, bajo determinadas condiciones, no conllevaba la configuración de un delito, puesto que -además- reconoció que el derecho a morir dignamente devela la categoría de fundamental: “(...) quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerles fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista, y es esa motivación la que ha llevado al legislador a crear un tipo autónomo, al cual atribuye una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de homicidio simple o agravado. Tal decisión no desconoce el derecho fundamental a la vida, pues la conducta, no obs-

tante la motivación, sigue siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta; pero en consideración al aspecto subjetivo la sanción es menor, lo que se traduce en respeto por el principio de culpabilidad, derivado de la adopción de un derecho penal del acto. La medida de esa pena que, se insiste, como tal, comporta reproche por la materialización de un comportamiento que desconoce el bien jurídico protegido de la vida, pero que, de otra parte, considera relevante la motivación del acto, sólo puede ser determinada en abstracto por el legislador, sin que le sea dable al juez constitucional desconocer los criterios de utilidad que lleva implícita esa elección”, al tiempo de agregar que con arreglo al artículo 1 del texto constitucional colombiano de 1991 el principio de respeto de la dignidad de la persona humana “(...) significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad (...) como el Estado no es indiferente a la vida humana, sino que tiene el deber de protegerla, es necesario que se establezcan regulaciones legales muy estrictas sobre la manera como debe prestarse el consentimiento y la ayuda a morir, para evitar que en nombre del homicidio pietístico, consentido, se elimine a personas que quieren seguir viviendo, o que no sufren de intensos dolores producto de enfermedad terminal. Esas regulaciones deben estar destinadas a asegurar que el consentimiento sea genuino y no el efecto de una depresión momentánea. El Estado, por su compromiso con la vida, debe ofrecer a los enfermos terminales que enfrentan intensos sufrimientos, todas las posibilidades para que sigan viviendo, por lo cual es su obligación, en particular, brindarles los tratamientos paliativos del dolor (...) los puntos esenciales de esa regulación serán sin duda: 1. Verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir; 2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso; 3. Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc.; 4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico, y 5. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones”. En una oportunidad más próxima, la Sent. T.-940, de fecha 15 de diciembre de 2014, se ocupó de prevenir en orden a que “(...) las definiciones sobre eutanasia son múltiples y actualmente no se cuenta con alguna totalmente aceptada. No obstante, lo que sí está claro es que en este procedimiento deben concurrir los siguientes elementos: (i) el sujeto pasivo que padece una enfermedad terminal; (ii) el sujeto activo que realiza la acción u omisión tendiente a acabar con los dolores del paciente quien, en todos los casos, debe ser un médico; (iii) debe producirse por petición expresa, reiterada e informada de los pacientes. Así, la doctrina ha sido clara en señalar que cuando no existen de los anteriores elementos, se estará en presencia de un fenómeno distinto que no compete en sí mismo a la ciencia médica. Sin embargo, cuando se verifican en su totalidad, la eutanasia puede provocarse de diferentes maneras”, a la vez de emitir un decisorio despenalizador no absoluto de la eutanasia “(...) cuando quiera que (i) medie el consentimiento libre e informado del paciente; (ii) lo practique un médico; (iii) el sujeto pasivo padezca una enfermedad terminal que le cause sufrimiento. En esos eventos, la conducta del sujeto activo no es antijurídica y por tanto no hay delito. En caso de faltar algún elemento, la persona será penalmente responsable por homicidio”, con apoyatura en una consideración del derecho fundamental a morir dignamente como “(...) garantía [que] se compone de dos aspectos básicos: por un lado, la dignidad humana y por otro, la autonomía individual. En efecto, la dignidad humana es presupuesto esencial del ser humano que le permite razonar sobre lo que es correcto o no, pero también es indispensable para el goce del derecho a la vida. El derecho a morir dignamente es un derecho autónomo, independiente pero relacionado con la vida y otros derechos. No es posible considerar la muerte digna como un componente del derecho a la autonomía, así como tampoco es dable entenderlo como una parte del derecho a la vida. Sencillamente, se trata de un derecho fundamental complejo y autónomo que

nuestro ordenamiento constitucional -de estar a su diseño actual- importa un claro atentado contra el bien jurídico de la vida, incompatible, incluso, con los términos de la respuesta brindada por la legislación infraconstitucional (57).

5. Sentado ello, se advierten hipótesis en las que la autonomía de la voluntad resulta susceptible de colisionar con el derecho a la vida, tornando dificultosa la tarea a cargo

goza de todas las características y atributos de las demás garantías constitucionales de esa categoría. Es un derecho complejo pues depende de circunstancias muy particulares para constatarlo y autónomo en tanto su vulneración no es una medida de otros derechos”.

(57) Entre nosotros, entonces, es habitual la glosa doctrinaria con arreglo a la cual el denominado derecho a morir con dignidad -apunta María A. Gelli- no se confunde ni asimila a la eutanasia, entendida ésta como toda acción destinada, de modo directo, a procurar la muerte de otro, por piedad y con ayuda de terceros. Aquel derecho implica, en cambio, reservar para el enfermo -o para sus familiares o representantes, si carece de conciencia- la decisión acerca del tratamiento a seguir, o de no continuar ninguno o de ingerir medicinas para atemperar el dolor, aunque, colateralmente, ello lleve a debilitar o extinguir la vida personal. Es, entonces, un derecho a vivir -y vivir los últimos instantes de la existencia- con dignidad, cfr. GELLI, M. A. “La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad”, *ap.* MEDINA, G. (dir.), *Identidad de género...*, cit., pp. 93 y ss. Sin perjuicio de su tipificación delictiva por la legislación penal vigente expuesta en el punto 4 de la presente entrega, huelga asentar que la voz eutanasia (εὐθανασία) está compuesta de dos voces griegas que significan *buena muerte*, vocablo auspiciado -a partir del siglo XVII- principalmente por Francis Bacon, al estudiar en uno de los capítulos de sus conocidas obras el tratamiento de los enfermos incurables -*Historia vitae et mortis*, Lancisi, 1623-: el oficio del médico no es solamente restablecer la salud, también suavizar el dolor y los sufrimientos ligados a la enfermedad; y esto no sólo en tanto esa disminución del dolor conduce a la convalecencia, más aún, a fin de procurar al enfermo, cuando no tiene esperanza, una muerte dulce, apacible, *vide in extenso* JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 435 y ss. En la discusión sobre la permisibilidad o impermisibilidad moral de la eutanasia -según principios liberales-, se impele a ponderar de manera cuidadosa dos extremos esenciales: (i) el requerimiento libre y consciente de la persona involucrada y (ii) el juicio fehaciente de los expertos médicos sobre la irreversibilidad del estado de inconsciencia profunda del paciente o de la condición que le provoca sufrimientos extremos, de allí que aun cuando algunos especialistas concluyan en torno su permisibilidad moral, lo cierto es que tal juicio parece contradecirse con la aseveración de que en el caso de pena de muerte el consentimiento del individuo no podría convalidar la privación de la vida, salvo que se arguya que la diferencia está dada por la distinción entre requerimiento y consentimiento: el primero es expresión del ejercicio de la autonomía personal e indica que el estado de cosas en cuestión se conforma con el proyecto vital del individuo, frente a lo cual deben ceder consideraciones relacionadas con la necesidad de una continua justificación frente a esa persona; en cambio, el consentimiento meramente refiere la disposición del individuo a ceder parte de su autonomía por razones que pueden o no estar asociadas al ejercicio de su autonomía en persecución de un plan de vida -con tal alcance, los filósofos morales polemizan alrededor de si el mero consentimiento basta para justificar la eutanasia, o, por el contrario, debe mediar expresión inequívoca del sujeto acerca de que la eliminación de la vida es de su más alto interés-, cfr. NINO, C. S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, cit., pp. 253-254. En definitiva, aquellas circunstancias en las que la aplicación de conductas eutanásicas parecería justificada pueden ser caracterizadas como *casos trágicos*, *i.e.*, singularizados porque *sitúan al sujeto frente a auténticos dilemas morales*, en los que cualquiera de las alternativas supone el sacrificio de valores considerados relevantes, *vide in extenso* FARRELL, M. D. “La justificación de la pena en los casos de eutanasia: un análisis ético”, *Doctrina Penal*, 1983, p. 6.

del Estado en orden a establecer parámetros hermenéuticos razonables que tiendan a concordar el *peso* de ambos derechos.

La jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado algunos lineamientos que sirven de guía en la búsqueda de tal producto exegético. Así, *v. gr.*, durante la década del sesenta del siglo pasado con motivo de la saga de pronunciamientos en los asuntos “Cuello, H. L.” (58), “Dri, A.” (59), “Santoro, A. V. y otros” (60), “Caja Nacional de Ahorro y Seguro” (61), etc., el Alto Tribunal había sentado doctrina en orden a que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución detentan *igual jerarquía* y que el propósito de la interpretación constitucional estriba en *armonizarlos*.

Pese a la tesis expuesta precedentemente, la misma Corte estima que hay ciertos derechos y garantías constitucionales que son *renunciables*, aunque limita tal abdicación únicamente a los que amparan *contenidos patrimoniales*, puesto que no comprende aquellos derechos -y sus consecuentes garantías- “(...) vinculados con el estatuto personal de la libertad” (62). Afirmer -aduce Néstor P. Sagüés- que todos los derechos son iguales pero que algunos pueden dimitirse y otros no, importa el reconocimiento de una *des-igualdad* -y su indicador el acto de abandonar un derecho, el renunciable, que cabe suponer menos significativo que otro, el no renunciable- (63).

Al mismo tiempo, un arraigado *corpus jurisprudencial* de la Corte Nacional reseña -al menos, con apoyatura en la estela trazada desde los casos “Cuello, H. L.” y “Dri, A.”- que en supuestos de conflicto entre dos o más derechos o tensión de valores jurídicos contrapuestos, se impone indagar el modo de *armonizarlos* (64), de manera que puedan *coexistir* -en lo posible sin prevalencia de uno en detrimento del otro-. Tal resultado interpretativo -en el discurso del tribunal cimero de orden federal- luce dado por un canon de interpretación orgánica y sistemática de la Constitución, no de normas aisladas sino coordinadas con las restantes (65). El hermeneuta, entonces, debe evitar

(58) CSJN, Fallos 255:293.

(59) CSJN, Fallos 264:94.

(60) CSJN, Fallos 272:231.

(61) CSJN, Fallos 310:2709.

(62) CSJN, Fallos 279:283.

(63) SAGÜÉS, N. P. *Derecho Constitucional...*, cit., Tomo III, p. 64.

(64) CSJN, Fallos 264:94, con cita de la doctrina auspiciada en Fallos 255:293 y 258:267 respectivamente. Asimismo, una proyección de tal patrón hermenéutico se remonta al asunto “Larocca, S.” en la inteligencia de que, cuando los derechos constitucionales, base del orden jurídico, se ejercen en su auténtico sentido, media entre ellos una *coexistencia que permite a cada uno ser realizado sin lesionar el ejercicio de otros derechos*, cfr. CSJN, Fallos 259:403.

(65) CSJN, Fallos 240:319. En este curso de exégesis, al sentenciar el caso “Ribas, R. y otros”, ha argüido que los *preceptos constitucionales deben ser interpretados concertadamente*, de manera que los armonice y no los oponga respectivamente, cfr. CSJN, Fallos 258:267.

-según la directiva sentada tempranamente en el asunto “Procurador Fiscal *vs* Calvete, B.” - que los preceptos constitucionales se autodestruyan entre sí (66) y hasta cuidar que su actividad exegética no altere el equilibrio de su conjunto (67).

Sin embargo, no se margina el advenimiento de situaciones en las que no resulte posible un ajuste armonizante y se torne necesario que alguno de los derechos ceda frente a otro procurándole primacía; en tales supuestos, se torna forzosa -de estar a la lectura patrocinada en los casos “Mayantz, B. y otros y Ultramar Petrolera SA” - una ponderación de los valores jurídicos en contrapunto y una dación de preferencia al de mayor jerarquía -la doctrina es aplicable, en particular, a los que *revisten indudable y serio interés público*- (68), teniendo en miras que -en cuanto sea posible- la preeminencia de un derecho sobre otro no implique la supresión lisa y llana de este último (69).

En este orden de ideas, los constitucionalistas -con frecuencia- impelen en sus obras a tener en cuenta que “(...) los derechos en sí no son todos iguales, porque hay unos más valiosos que otros” (70) y, sin lugar a dudas, el derecho a la vida ocupa un lugar preeminente en el estatuto de los derechos. Si se admite -según esta tesis- que los derechos son, en su valoración, *dispar*, surge de inmediato el problema de su *cotización* -la que, por cierto, dependerá sustancialmente de la ideología que manipule el intérprete-operador de la Constitución- (71).

En este uso argumentativo, inclusive, se colige la coincidencia de propósitos con una línea jurisprudencial del Alto Tribunal, pues éste ha caracterizado al derecho a la vida -en ocasión del precedente “Saguir y Dib, C. G.”- bajo la figuración del “(...) pri-

(66) CSJN, Fallos 1:300.

(67) CSJN, Fallos 296:432.

(68) CSJN, Fallos 255:330; 263:453 respectivamente, aunque aditando en el último de los pronunciamientos que “(...) la aplicación de la ley no ha de practicarse en forma que se agote con la consideración indeliberada de su letra. Por lo contrario, la interpretación judicial debe establecer la versión técnicamente elaborada de la norma aplicable al caso, por medio de una sistemática, razonable y discreta hermenéutica, que responda a su espíritu y observe y precise la voluntad del legislador, en la común tarea de éste con los jueces, de la búsqueda de las soluciones justas y adecuadas para la adjudicación de los derechos”.

(69) CSJN, Fallos 264:416.

(70) BIDART CAMPOS, G. J. *Tratado Elemental...*, cit., Tomo I-A, p. 728; ídem, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 494; EKMEKDJIAN, M. A. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 475 y ss.

(71) SAGÜÉS, N. P. *Derecho Constitucional...*, cit., Tomo III, pp. 64-65., con la siguiente aclaración: “(...) si la Corte acepta que hay conflictos entre valores e intereses (constitucionales), y que para resolverlo hay que intentar primero la vía de la cohabitación entre ellos, y de no ser ello posible, la ruta de la preferencia de un valor o interés sobre otro (aunque sin destruir al vencido), tal directriz debe traspasarse inevitablemente al campo de los derechos, ya que, al fin de cuentas, cada derecho constitucional se reconoce en función de uno o más valores o intereses (...) en conclusión, no todos los derechos tienen la misma valuación. Algunos son más preciados que otros y, en caso de oposición, habrá que preferir los derechos más importantes sobre los menos significativos”.

mer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes” (72). Al propio tiempo, ha apadrinado una *comprensión integral* de los valores materiales y espirituales unidos inescindiblemente en la vida humana -a cuyo resguardo debe tender la justicia- (73).

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante, Corte IDH- ha sentenciado al efecto: “(...) el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él” (74).

Ahora bien, en aquellos supuestos en los que se encuentra comprometida la salud e integridad psicofísica y ante la posibilidad del propio padeciente de rechazar un tratamiento específico -o bien, de seleccionar una forma alternativa de tratamiento-, el tribunal cimero de orden federal -al despacharse, en 2012, en el asunto “Albarracini Nieves, J. W.” - ha concluido que tal hipótesis ha de resolverse a la luz de la *autodeterminación y autonomía personal*, en virtud de que los pacientes tienen *derecho hacer opciones de acuerdo con sus propios valores y puntos de vista* -incluso, cuando parezcan

(72) CSJN, Fallos 302:1284, allegando -a la par- el siguiente estándar interpretativo: “(...) no se trata de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea inorgánica incompatible con la naturaleza del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia”, en la figuración de que “(...) la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del Derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma”.

(73) CSJN, Fallos 303:820; 310:2103; 312:1597; 327:3753; 334:223.

(74) CorteIDH, caso “Villagrán Morales y otros vs Guatemala” (de los Niños de la calle), Sent. Serie C/ Nº 63, de fecha 19.11.1999, p. 144, con cita -en p. 145- del *Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, Comentario General Nº 6/1982, p. 3; ibídem, Comentario General Nº 14/1984, p. 1, al consignar: “(...) la protección contra la privación arbitraria de la vida, que es explícitamente exigida por el tercer párrafo del artículo 6.1 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] es de suprema importancia”.

irracionales o imprudentes- como así también a que esa *libre elección deba ser respetada*, idea que ha sido receptada por el legislador en la ley 26529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos *con o sin expresión de causa* -artículo 2 inc. e)-. No obstante, en tal decisorio ha prevenido en orden a que la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, pueda ser *válidamente limitada* en aquellos casos en que exista algún *interés público relevante en juego* y siempre que la restricción al derecho individual sea la *única forma de tutelar dicho interés* (75):

“(...) 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, ya que mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo (Fallos 328:2966, disidencia de la Dra. Highton de Nolasco); una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior (Fallos 316:479, disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi)”

III. Sobre algunas notas del proceso legislativo local y federal en materia del derecho a decidir una muerte digna. ¿Una revolución de las legislaturas y cortes estadales?

6. Las delicadas cuestiones que se plantean alrededor de la atención médico-asistencial, principalmente cuando se relacionan con el final de la vida, se manifiestan en toda su dramaticidad ante la coyuntura de establecer el valor jurídico -y sus límites- de

(75) CSJN, Fallos 335:799. Del voto conjunto de los Dres. Juan C. Maqueda y Elena I. Highton de Nolasco, del voto por sus fundamentos del Dr. Carlos S. Fayt (con remisión a su voto en la causa “Bahamondez, M.”, CSJN, Fallos 316:479, con excepción de lo manifestado en el último párrafo del considerando 13 y la parte resolutive) y del voto por sus fundamentos del Dr. Enrique S. Petracchi (con remisión a su pronunciamiento en disidencia conjunto con el Dr. Augusto C. Belluscio en el caso “Bahamondez, M.”, CSJN, Fallos 316:479). Interesa hacer notar que en el asunto ventilado ante los estrados del Alto Tribunal, a diferencia del precedente “Bahamondez, M.”, el progenitor de un paciente mayor de edad -en estado crítico, con pronóstico reservado, internado en el área de terapia intensiva, como consecuencia de un hematoma intraparenquimatoso y de una lesión inguinal secundaria- solicitó una medida precautoria a efectos de que se autorizase a los médicos tratantes a efectuarle una transfusión de sangre que resultaba necesaria para su restablecimiento. El decisorio desestimatorio de la tutela cautelar -que motivara el remedio extraordinario federal contra el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A- obedeció a la circunstancia de conferirle primacía a la decisión que -con antelación a la hospitalización- fuera adoptada por el propio paciente en declaraciones preliminares de tratamiento, a través de un documento titulado *Directivas anticipadas designación de un representante para la atención médica* -certificado por escritura pública-, según el cual se manifiesta: “(...) Soy testigo de Jehová y NO ACEPTO TRANSFUSIONES de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas plasma, bajo ningún concepto, aunque el personal médico las crea necesarias para salvarme la vida” -el destacado pertenece al original-.

las directivas médicas o declaraciones de voluntad anticipadas (76). Y en este *métier* la delimitación de la habilitación competencial de los centros de producción normativa coexistentes en el regazo del esquema federal no es de entidad menor.

En este orden de ideas, algunos académicos han explicado que la discusión devela un *foro especialmente adecuado* en el sistema federativo, donde se pueden realizar *experimentos apropiados*, susceptibles de proporcionar información valiosa sobre los *riesgos subyacentes*, máxime cuando se estima particularmente importante que se aborde el problema -sin descuido ni indiferencia- a través de un *intenso debate* en cada uno de los Estados -sin perjuicio de prevenirse que no siempre resulta conveniente que los tribunales de justicia se adelanten tempranamente a tales procesos de discusión pública, especialmente ante el hecho de que no existe una barrera sistemática para una audiencia justa de cualquier grupo afectado- (77).

Sentado ello, la forma federal de Estado que adopta nuestra Constitución -artículos 1, 5, 6, 121 y conc., CN-, en virtud de la cual tanto los gobiernos locales como el gobierno central titularizan potestades legislativas, determina -pese al esfuerzo del constituyente por delimitar el ámbito competencial de cada esfera gubernativa- la emergencia de *zonas grises o de penumbra* donde la línea divisoria no suele vislumbrarse de modo tan diáfano. Ello provoca, en ocasiones, que una misma cuestión resulte disciplinada por material normativo local y federal, aunque no siempre coincidentes en su integridad. Tal nota se percibe *ab initio*- por el lector que decida emprender una pesquisa en los anales legislativos sobre el derecho a decidir una muerte digna.

Al margen de advertir previamente que los métodos de reparto de competencias asumen propiedades disímiles en las diversas federaciones, no es un dato menor a tener en cuenta que en los Estados Unidos de Norteamérica la primera legislación en la materia exuda un origen estadual. Así, *v. gr.*, el Estado de California sancionó la *Natural Death Act* -con fecha 30 de septiembre de 1976- ante el impacto que provocó en la opinión pública el caso de Karen Ann Quinlan, una paciente de 21 años a quien se le había diagnosticado estado vegetativo persistente y cuyos progenitores habían solicitado la suspensión de las medidas de soporte vital. El mencionado plexo normativo

(76) TOBÍAS, J. W. "Directivas médicas anticipadas", *ap.* ALTERINI, J. H. (dir.), *Código Civil y Comercial...*, cit., Tomo I, pp. 696 y ss. *Vide etiam* HIGHTON, E. I. - WIERZBA, S. M. *La relación médico-paciente. El consentimiento informado*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1991. Reténgase que la Ley de Quebec 52 sobre Cuidados al final de la vida, del 24 de junio de 2014, consigna los siguientes principios que deben guiar la prestación: "(...) 1° el respeto a la persona al final de la vida y el reconocimiento de sus derechos deben inspirar cada uno de los actos realizados. 2° la persona al final de la vida debe, en todo momento, ser tratada con comprensión, compasión, cortesía y equidad, respetando su dignidad, su autonomía, sus necesidades y su seguridad. 3° los miembros del equipo responsable de los cuidados de la persona al final de la vida, deben establecer y mantener con ella una comunicación íntegra y abierta" -artículo 2-.

(77) SUNSTEIN, C. R. "The Right to Die", *Yale Law Journal*, 1996, Vol. 106, pp. 1123 *et seq.*

estadual precedió a la sanción de la *Patient Self-Determination Act* (PSDA) por parte del Congreso Federal en 1990 -aunque en vigencia desde el 1 de diciembre de 1991- (78).

En rigor, ante la propagación en la década de los años setenta del siglo pasado, las cortes estatales norteamericanas ya se habían embarcado en un esfuerzo tendiente a desarrollar directrices interpretativas -con sustento en juicios de significado constitucional- que proveyeran a los pacientes el derecho a *controlar*, bajo determinadas condiciones y con sujeción a precisos recaudos, las *circunstancias de su muerte* (79), de tal modo que resultara constitucionalmente permisible; esta corriente jurisprudencial concluyó que las diversas legislaciones locales que implementaban *advance directives for health care service* eran compatibles con reglas y principios de raigambre constitucional, al punto que -en 1994- 47 Estados de la Unión habían sancionado alguna forma de *living wills Legislation* y reglamentado el derecho al retiro de soporte vital -*right to withdraw life-sustaining equipment*-. Basta así reparar que, *v. gr.*, en el trance del citado caso “Quinlan, K.A.”, la Corte Suprema de New Jersey había reconocido al guardián de una paciente en estado vegetativo persistente el ejercicio del derecho constitucional a rechazar el tratamiento médico bajo las particulares circunstancias en las que se encontraba (80), mientras que en 1986 el Supremo Tribunal de Massachusetts -al fallar el caso “Brophy vs New England Sinai Hospital”- se atuvo al *informed refusal* del afectado -prestado mientras era *mentally competent*- de que no deseaba ser forzado a vivir con soporte vital en estado de inconsciencia de modo que se le removiera la alimentación e hidratación artificial (81). Incluso, en este repertorio bien puede agregarse -nuevamente con el protagonismo, un año antes, de la Superior Corte de New Jersey- el reconocimiento del derecho de Claire C. Conroy al cese de los medios de soporte vital si podía acreditarse que su intención se hubiera manifestado en un estado *mentally competent* (82).

Otros tribunales estatales han encontrado que la ley estatal asume relevancia crucial para la resolución del problema: en 1988 la Corte de Apelaciones de California -al expedirse en el caso “Conservatorship of Drabic”- autorizó la extracción de una sonda de alimentación nasogástrica a un paciente de 44 años que se encontraba en estado comatoso perseverante como resultado de un accidente automovilístico,

(78) *Vide in extenso* ANDRUET, A. S. “Fisiología y algunas patologías de la ley 26742 y su decreto reglamentario 1089/2012 - Epicrisis del autonomismo médico, consentimiento informado y las directivas anticipadas”, *ap. Directivas anticipadas en Argentina (Muerte digna). Derecho y bioética*, UNVM, Villa María, 2015, pp. 101 y ss.

(79) *Vide in extenso* BARON, C. “The Right to Die”, *ap. RODOTÀ, S. - ZATTI, P. (dir.), Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, Tomo II, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 1841 y ss.

(80) 70 N.J. 10; 355 A.2d 647 (1976).

(81) 398 Mass. 417, N.E. 2d 626 (1986).

(82) 98 N.J. 321; 486 A.2d 120 (1985), en el caso se trataba de una paciente de 84 años *mentally incompetent* que no se encontraba en estado vegetativo permanente, ni padecía de una enfermedad terminal.

argumentando que el derecho a rechazar el tratamiento se basaba tanto en reglas de consentimiento informado del *Common Law* como en el derecho constitucional de privacidad, sin perjuicio de aseverar que el respeto que la sociedad concede a las personas como individuos no se pierde ante la incompetencia y se preserva mejor al permitir a otros "(...) tomar una decisión que refleje los intereses [de un paciente] más de cerca que una decisión puramente tecnológica de hacer lo que sea posible" (83). En sentido similar se pronunció -en 1984- la Corte Suprema de Minnesota en el caso "Conservatorship of Torres" (84).

Luego del estándar sentado en el "Quinlan's case", la mayoría de los tribunales estatales -explica Laurence Tribe- han abastecido razones que confieren fundamento al derecho de rechazar el tratamiento, sea sobre el derecho al consentimiento informado con arreglo a precedentes del *Common Law*, sea sobre el derecho de privacidad de *pedigree* constitucional, sea combinando una apelación a sendos derechos (85).

De allí que no sorprenderá que -a mediados de 1990- cuando la Corte Suprema de los americanos del Norte se expida en el asunto "Cruzan *vs* Director, Missouri Department of Health", exprese que el principio de que una persona competente tiene un interés de libertad constitucionalmente protegido para negar el tratamiento médico no deseado -*refusing unwanted medical treatment*- puede inferirse de decisiones anteriores (86),

(83) 200 Cal. App. 3d 185, 245 Cal. Rptr. 840 (1988).

(84) 357 N.W.2d 332 (1984).

(85) TRIBE, L. *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1988, p. 1365.

(86) Antes del advenimiento del siglo XX, la Suprema Corte Federal había declarado que el derecho que se considera *más sagrado*, o bien, cuidadosamente protegido en mayor medida por el *Common Law*, es el derecho de cada individuo a *la posesión y el control de su propia persona*, libre de toda restricción o interferencia de otros, a menos que sea por una autoridad de la ley clara e incuestionable, cfr. "Union Pacific R. Co. *vs* Botsford", 141 US 250, 251 (1891). Empero, la noción de integridad corporal -*body integrity*- trasunta una doctrina que el *Justice* Benjamin N. Cardozo -mientras integraba la *Court of Appeals* de New York- había descripto acertadamente: "(...) todo ser humano de edad adulta y mente sana tiene derecho a determinar qué se hará con su propio cuerpo, y un cirujano que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión, por la cual es responsable de los daños", cfr. "Schloendorff *vs* Society of New York Hospital", 211 N.Y. 125, 12930, 105 N.E. 92, 93 (1914). Sin embargo, en el precedente *Cruzan* no sólo hará una reseña del "Quinlan case" pues revistará una saga de decisiones de la justicia constitucional subnacional: evocando, *v. gr.*, que el Tribunal Supremo de Massachusetts se sustentó tanto en el derecho a la privacidad como en el derecho al consentimiento informado para permitir la suspensión del procedimiento de quimioterapia respecto de una persona discapacitada de 67 años de edad que padecía leucemia, con la argucia de que un sujeto incompetente retiene los mismos derechos que un individuo competente "(...) porque el valor de la dignidad humana se extiende a ambos", al propio tiempo que adoptó un estándar de juicio sustituido -*substituted judgment*- por el cual los tribunales debían determinar qué decisión adoptaría una persona incompetente bajo tales las circunstancias, cfr. "Superintendent of Belchertown State School *vs* Saikewicz", 373 Mass. 728, 370 N.E. 2d 417 (1977). A su turno, la Corte de Apelaciones de Nueva York desestimó el fundamento del derecho a rechazar el tratamiento sobre un derecho constitucional de privacidad, dado que consideró que el referido derecho "(...) cuenta con el apoyo adecuado" en la doctrina del consentimiento

al tiempo de argüir que la lógica de los casos abarcaría las dramáticas consecuencias involucradas en el ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido de rechazar hidratación y nutrición -*constitutionally protected right to refuse lifesaving hydration and nutrition*- (87).

Sin embargo, la justicia constitucional norteamericana se ha resistido a englobar el llamado *right to die* en acciones de enfermos terminales tendientes a obtener el suicidio médico asistido -*physician assisted suicide*- (88); al menos desde 1997 la Suprema Corte revocó pronunciamientos de tribunales federales inferiores que habían declarado inconstitucionales legislaciones estatales que establecían la prohibición del suicidio asistido arguyendo la violación de las cláusulas de debido proceso (*due process clause*) e igual protección ante la ley (*equal protection clause*) previstas en la *Fourteenth Amendment* de su Ley Mayor -de estar a los fallos recaídos en los casos “*Washington vs Glucksberg*” (89) en orden a la decisión de la *Court of Appeals* de Noveno Circuito

informado, cfr. “*Storar*”, 52 N.Y. 2d 363, 420 N.E. 2d 64, mientras que en el caso de un hombre de 83 años que había sufrido daño cerebral determinante de su estado vegetativo y, por lo tanto, incapaz de consentir la extracción de su respirador, el tribunal en cuestión consideró innecesario abordar el asunto en torno a si sus derechos podrían ser ejercidos por terceros en función de la evidencia clara y convincente de declaraciones formuladas por el paciente cuando resultaba competente en relación al propósito de que “(...) no quería que se mantuviera en coma vegetativo” mediante el empleo de un mecanismo de respiración artificial, cfr. “*Eichner*”, 380, 420 N.E. 2d, at 72; por lo demás, la Corte Suprema de Illinois consideró que una mujer -de 76 años de edad- reputada incompetente por una serie de accidentes cerebrovasculares detentaba el derecho a la interrupción de la nutrición e hidratación artificiales -al advertir que, en su parecer, los límites de un derecho, de raigambre federal, de privacidad eran inciertos-, de suerte que el Tribunal confirió andamiaje al derecho a rechazar el tratamiento en la doctrina del consentimiento informado, cfr. “*Estate of Longeway*”, 123 Ill. 2d 33, 549 N.E. 2d 292 (1989); *et al.*

(87) 497 US 261 (1990), en el parecer mayoritario -encabezado por el *Chief Justice* William Rehnquist, al que adhirieron Sandra Day O’Connor, Antonin Scalia, Anthony Kennedy y Byron R. White- se concluyó que -como lo demostraba la casuística estadual- la doctrina del *Common Law* sobre el consentimiento informado se consideraba -en general- comprensiva del derecho de una persona competente a rechazar un tratamiento médico, sin perjuicio de apuntar que más allá de las decisiones jurisprudenciales de los tribunales de los Estados que demostraban *similitud y diversidad* en su enfoque, lo cierto es que coincidían sobre un *planteo con connotaciones morales y éticas inusualmente fuertes*, en cuyo abordaje los jueces estatales tienen a disposición para su decisión una variedad de normas dimanantes de constituciones estatales, leyes comunes y estatutos específicos -lo que, regularmente, no están disponibles para la Corte Federal-.

(88) *Vide* sobre el tópico POSNER, R. A. *Aging and old age*, cit., pp. 236-237.

(89) 521 US 702 (1997), reténgase que en la opinión mayoritaria -*majority opinion*- elaborada por el *Chief Justice* William Rehnquist -a la que adhirieron Sandra Day O’Connor, Antonin Scalia, Anthony Kennedy y Clarence Thomas- se auspició el entendimiento de que el suicidio asistido no comportaba una libertad fundamentalmente tutelada, ni resultaba especialmente amparado por los términos de la XIV Enmienda -con reseña del precedente “*Moore vs City of East Cleveland*” [431 US 494 (1977)], explicándose que los derechos que no luzcan “(...) profundamente enraizados en la historia de la nación” o “(...) en las tradiciones y conciencia populares” no resultan susceptibles de catalogarse como un interés de libertad fundamentalmente protegido, al mismo tiempo que ponderó la significancia de las penas del *Common Law* asociadas al suicidio asistido y de los privilegios largamente reconocidos por éste como esenciales -*v.gr.*, la confiscación de la propiedad

como en “*Vacco vs Quill*” en relación a la sentencia de la *Court of Appeals* del Segundo Circuito- (90).

del suicida reportaba una sanción habitual entre los Estados de la Unión, denotando la resistencia que durante siglos éstos abrigaban a su ejercicio-: “(...) un examen de nuestra historia, tradiciones legales y prácticas demuestra que el Common Law angloamericano ha castigado o desaprobado la asistencia al suicidio durante más de 700 años; esa asistencia sigue siendo un crimen en casi todos los Estados; que tales prohibiciones nunca han contenido excepciones (...) que las prohibiciones se han reexaminado en los últimos años, en su mayor parte, reafirmando en varios Estados (...) El Common Law se cree que surgió a través de la expansión de las instituciones pre-normandas en algún momento del siglo XII [J. Baker, *An Introduction to English Legal History* 11 (2d. ed., 1979)]. Inglaterra adoptó la prohibición eclesiástica del suicidio cinco siglos antes, en el año 673 en el Consejo de Hereford, y esta prohibición fue reafirmada por el Rey Edgar en 967 [G. Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law* 257 (1957)] (...) En el siglo XIII, Henry de Bracton, uno de los primeros escritores de tratados jurídicos, observó que ‘así como un hombre puede cometer un delito grave al matar otro, puede hacerlo matándose a sí mismo’ [2 *Bracton on Laws and Customs of England* 423 (f. 150) (G. Woodbine ed., S. Thorne transl., 1968)]”. Además del standard de *liberty protection interest*, consideró que la prohibición contemplada por la regulación del Estado de Washington -*Natural Death Act of 1979*- resultaba constitucionalmente razonable en la medida en que fomentaba intereses estatales tan apremiantes como la preservación de la vida humana, la protección de los enfermos mentales y discapacitados contra la negligencia médica y la coacción, etc., sin perjuicio de modular que si declaraba que el suicidio asistido por un médico era un derecho constitucionalmente protegido, se impulsaría la eutanasia voluntaria -y, tal vez, la de sesgo involuntario-.

(90) 521 US 793 (1997), oportunidad en la que el parecer mayoritario determinado -*ex novo*- por el *Chief Justice* William Rehnquist -al que se adhirieron Sandra Day O’Connor, Antonin Scalia, Anthony Kennedy y Clarence Thomas- concluyó que la proscripción de la legislación estadual de Nueva York en contra de la figura del *physician-assisted suicide* gozaba de una *fuerte presunción de validez* de modo que el Estado detentaba autoridad constitucional para su implementación -con reseña del precedente “*Heller vs Doe*”, 509 US 312 (1993)-, debido a que no incurría en una violación de derechos reputados fundamentales por la ley constitucional federal -al margen, de que tampoco se argüía por los actores el carácter fundamental del derecho a morir [*right to die*]-; con este enclave, se evocó la pauta interpretativa con arreglo a la cual el Poder Judicial debe *mirar a la Constitución más que a la importancia declarada de un derecho* con miras a determinar si tal derecho asume, de hecho, entidad fundamental -con cita del pronunciamiento “*San Antonio vs Rodríguez*” 411 US 1 (1973)-. Igualmente expuso la tesis de intención personal -*person’s intent*- en aras de distinguir actos con idénticas consecuencias físicas aunque con móviles diferentes: *v. gr.*, un facultativo que retira el soporte vital a pedido de su paciente únicamente revela el objetivo de respetar los deseos de éste, y ello conlleva un agudo contraste con el facultativo que honra la solicitud de un paciente de terminar con su vida, lo que necesariamente requiere más que un intento de respetar sus anhelos, pues -además- demanda el propósito de matar al paciente; una diferencia importante -se añade- se descubre, entonces, en los dos escenarios perfilados: mientras el primero puede causar que el deceso del paciente por causas subyacentes, el último hará que el paciente lo haga por el proceder médico. En su voto concurrente -*concurring opinion*- la *Justice* Sandra Day O’Connor aplicó el estándar de control de constitucionalidad facial -*facial challenger or on its face*-, *i.e.*, un juicio objetivo de compatibilidad internormativa entre las disposiciones enjuiciadas y el texto constitucional en virtud de que -en su opinión- el Estado de Nueva York tenía intereses -como proteger a aquellos que no son realmente competentes o que enfrentan una muerte inminente o cuyas decisiones no serían genuinamente voluntarias- de tal gravedad que validan su legislación en pos del resguardo de aquéllos. Incluso, aseveró la inexistencia de conflicto constitucional en la medida que un paciente era libre de buscar medicación para aliviar su sufrimiento, incluso con riesgo de salud, y ésta representaba una alternativa constitucionalmente aceptable en ausencia del suicidio asistido legalizado. Adita que aun en la medida en que todos los ciudadanos han de transitar experiencias

En puridad, Cass R. Sunstein había pregonado -con antelación- en torno a la inconveniencia de que la Corte Federal invalidara las leyes de los Estados que vedaban el suicidio asistido por un médico a través de una premisa argumentativa institucional: el tribunal debía desconfiar de reconocer derechos calificados de fundamentales y declinar la validez de las normas estatales enjuiciadas: (i) en medio de cuestiones complejas de hecho y valor, al menos si las personas razonables podían decidir esos

semejantes -sea para ellos mismos, sea para un ser querido-, es el *proceso democrático* el cauce por el cual han de obtenerse un resultado de equilibrio apropiado de los intereses en disputa. A su turno, el *Justice* John P. Stevens sustentó su juicio de compatibilidad constitucional en el temperamento de que -no habiéndose demostrado, como lo requería el desafío de *facial validity*, que la acción prohibida estuviera constitucionalmente protegida en el sentido de que las estipulaciones del documento supremo federal comprenden el derecho a suicidarse, o bien, a recibir asistencia para hacerlo- se colegía que *el valor para los demás de la vida de una persona es demasiado valioso para permitirle al individuo reclamar un derecho constitucional para completar la autonomía al tomar la decisión de terminar con esa vida*. Sin embargo, no dejó de señalar la distinción entre encontrar una ley *generalmente* aceptable y hallarla aceptable *en todos los casos*, pues advirtió la *chance* de supuestos en los que la ley infringiera injustamente la libertad personal de un paciente. Finalmente, los *Justices* David Souter, Ruth B. Ginsburg y Stephen Breyer apelaron al bagaje interpretativo de “*Washington vs Glucksberg*”, aunque el último objetara al pronunciamiento de la mayoría -independiente de la semántica de si media un derecho a suicidarse con la ayuda de otra persona [*right to commit suicide with another’s assistance*] o, por el contrario, luce más apropiado el rótulo de un derecho a morir con dignidad [*right to die with dignity*]- en la medida que desechara terminantemente el carácter fundamental o no, pues en el futuro casos con circunstancias sustancialmente diferentes podrían despeñar una reconsideración de su decisión por parte del Supremo Tribunal de la Federación. No es ocioso recordar que en el modelo de justicia constitucional estadounidense se registran dos modalidades de declaración de inconstitucionalidad: (a) *on its face*: en virtud de un juicio de *confronte internormativo* entre el precepto cuestionado y la Constitución, se enjuicia que la norma impugnada resulta *inaplicable* -no solamente para el caso concreto, pues la revisión constitucional se ejercita en forma incidental- sino bajo ninguna circunstancia en particular -*always, and under all circumstances, unconstitutional*-. Tal formato de control internormativo se activa ante dos supuestos: (a.i) cuando el vicio constitucional que padece la norma no es susceptible de ser subsanado mediante la separación de los aspectos constitucionales y los inconstitucionales de la norma, en razón de extenderse el déficit a toda aplicación posible de aquélla; en suma, la aplicación de la norma resultaría inconstitucional en cualquier circunstancia imaginable [“*United States vs Salerno*”, 481 US 739 (1987)]; (a.ii) cuando la norma impugnada es *overbroad, i.e.*, cuando la norma tiene tanto aplicaciones constitucionales como inconstitucionales, pero existen razones de política constitucional -*constitutional policy*- que desaconsejan ir delimitando los contornos constitucionales de la norma caso por caso y llevan a que el tribunal declare la inaplicabilidad total de la norma, *i.e.*, su inconstitucionalidad *facial* [TRIBE, L. *American Constitutional Law*, cit., p. 1022]; (b) *as applied*: el juicio de inconstitucionalidad por el juez se ciñe al perímetro intersubjetivo dado por su aplicación del precepto en el caso concreto, de modo que una norma es inconstitucional tal como la aplica en un determinado caso -*as applied*-; ello implica que los órganos del Estado pueden continuar aplicando esta norma en *circunstancias diferentes* a las que motivaron su declaración de inconstitucionalidad, pues el cateo *as applied* se sustenta en la presunción de que las aplicaciones constitucionales e inconstitucionales de una norma son separables [DORF, M. C. “*Facial Challenges to State and Federal Statutes*”, *Stanford Law Review*, 1994, Vol. 46, p. 235]. Aunque cabe anotar que el propio Alto Tribunal americano ha advertido que el testeado de invalidación facial es manifiestamente una medicina fuerte -*strong medicine*- que debe ser empleada como *última ratio -last resort-*, cfr. “*Broadrick vs Oklahoma*”, 413 US 601 (1973). *Vide etiam*, “*New York vs Ferber*”, 458 US 747 (1982).

asuntos, como así también si (ii) no resulta posible identificar el mal funcionamiento en el sistema de democracia deliberativa que justificaría un rol judicial más agresivo (91).

También respecto de España -sistema que sin reconocerse explícitamente federal alberga un régimen de amplias autonomías locales- (92) se anota que en 12 provincias se dictaron -entre los años 2000 y 2003- normaciones que regulan manifestaciones de voluntad anticipadas similares a las emanadas de las Cortes Generales (93): *v. gr.*, la Comunidad Autónoma del País Vasco -ley 7/2002, de 12 de diciembre-, de Aragón -decreto 100/2003, 6 de mayo-, de Castilla-La Mancha -ley 6/2005, de 7 de julio-, de La Rioja -ley 9/2005, de 30 de septiembre-, de Canarias -decreto 13/2006, de 8 de febrero-, etc., -sin perjuicio de que, desde el año 2010, la Comunidad Autónoma de Andalucía cuenta con la Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de Muerte- (94).

(91) SUNSTEIN, C. R. "The Right to Die", cit., evocando el tratamiento clásico de John H. Ely -en ocasión de su célebre *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980- en aras de una lectura democrática de la Constitución -i.e., un documento destinado a fortalecer los procesos democráticos de toma de decisiones colectivas mediante la representación política, la participación de todos los involucrados y el respeto de minorías discretas e insulares-, al propio tiempo que el *Llewellyn Distinguished Professor* de la Universidad de Chicago patrocina un papel judicial cauteloso -*cautious judicial role*- en el entendimiento de que, en parte, los juicios de los magistrados pueden ser incorrectos y, por otro lado, ocasionar consecuencias sociales graves -incluso, asistidos de la razón-.

(92) Es el parecer de Daniel J. Elazar al sufragar que "(...) España es una federación en todo, salvo en lo concerniente a su denominación", ELAZAR, D. J. *Federal systems of the world: a handbook of federal, confederal and autonomy arrangements*, Longam, Essex, 1994, p. 223. De la misma manera, se expide WATTS, R. L. *Comparing Federal Systems*, Mc-Gill Queen's University Press, Kingston, 2008, pp. 1 y s: "(...) como resultado de la Constitución de 1978 se ha convertido en la práctica en una completa federación salvo en la denominación". En la nomenclatura de Gumersindo Trujillo se acude al rótulo de *Estado federo-regional*, cfr. TRUJILLO, G. "Federalismo y regionalismo en la Constitución Española de 1978: el Estado federo regional", *ap.* TRUJILLO, G. (coord.), *Federalismo y regionalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 14-20.

(93) Asimismo desde el 1 de enero del 2000 entró en vigor el *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina* -Convenio de Oviedo, aprobado por el Consejo de Europa-, cuyo artículo 9 consigna: "(...) serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de poder expresar su voluntad" (BOE N° 251, 20.10.1999). Igualmente, otra pieza legislativa de gravitación es la ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE N° 274, 15.11.2002).

(94) BERBERE DELGADO, J. C. "El fin de la distanasia. Comentario sobre la modificación a la ley 26529", *ap.* MEDINA, G. (dir.), *Identidad de género...*, cit., p. 91. Aunque ciertas legislaciones españolas autónomas introduzcan diversas limitaciones a las directivas anticipadas -*v. gr.*, el ordenamiento jurídico vigente, la no correspondencia de la situación clínica, la contradicción con la *lex artis* o la buena práctica clínica, la crisis con la ética profesional, etc., sin perjuicio de que -como lo apunta la normativa de la comunidad autónoma de Baleares- "(...) la norma no ampara, bajo ningún concepto, la eutanasia activa y directa" - Preámbulo, ley 1/2006, de 3 de marzo). Por lo restante, el Tribunal Constitucional español ya había sentenciado -en los proemios de la década del noventa

Asimismo, ya se ha anticipado cómo en nuestro país la normatividad provincial precedió a la de raigambre federal, de estar a las muestras legisferantes de los derechos de abstención, autoprotección e instrucciones previas de Río Negro (2007), Chaco y Neuquén (2008), respectivamente; o bien, las iniciativas locales de creación y reglamentación de *Registros de Actos de Autoprotección* -a tenor del protagonismo señero de la Provincia de Buenos Aires (2004), emulado luego por sus pares de Córdoba y Santa Fe (2006), Chaco y Entre Ríos (2007), Catamarca, Salta, San Juan, Santa Cruz, Tierra del Fuego (2009), etc., descontando -además- la muestra de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2011), etcétera-.

La decisión normativa federal sobre la temática recién se adoptaría al promediar la finalización del año 2009, con motivo de la sanción de la -también ya reseñada- ley 26529 de Derechos del Paciente -aunque reformada en 2012 por la ley 26742-, cuyos contenidos resultarán -más tarde- reproducidos en líneas generales por los artículos 59 y 60 del Cód. Civ. y Com. de la Nación -aprobado en 2014, aunque con vigencia desde el 1 de agosto de 2015-.

Entre los más importantes factores que afectan el éxito -y hasta la supervivencia- de un Estado Federal se identifica su capacidad de respuesta a los cambios -como a los retos a ellos asociados-; es que los arreglos constitucionales dentro de un sistema federal distribuyendo poderes, resolviendo disputas, salvaguardando derechos, proveyendo reformas y renovaciones, etc., resultan cruciales en la coyuntura de la contestación que se brinde a aquéllos, máxime cuando los especialistas analizan la arquitectura

del siglo pasado- que el derecho a rechazar un tratamiento forma parte del derecho a la integridad física y moral -artículo 15 del texto constitucional de 1978-: "(...) este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional", cfr. STC N° 120/1990, de fecha 27.06.1990, *f.j.* 8. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional anotada -explica Francisco Fernández Segado- ha sido tajante cuando el ciudadano no se halla en una situación de dependencia absoluta de los poderes públicos -los que no podrían admitir, mediante una actitud puramente pasiva, el suicidio-, sino que es capaz de decidir por sí mismo, pues en este supuesto el derecho constitucional a la integridad física y moral resultará afectado ante la ejecución de asistencia médica coactiva -constituyéndola así en limitación vulneradora del derecho constitucional, a no ser que revele justificación constitucional-; en cambio, el derecho a la vida -añade el Profesor de la Universidad de Santiago- exhibe un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya la propia muerte, dado que en el citado pronunciamiento del Tribunal Constitucional se puntualiza: "(...) la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir", cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 215-216.

constitucional de tal sistema desde *abajo -below-*, desde el punto de vista del constitucionalismo subnacional (95).

7. En lo que aquí atañe, el principal registro normativo sobre el tópico de la Provincia de Córdoba luce contemplado -desde 2012- en la ley 10058 -bajo el epígrafe *Declaración de Voluntad Anticipada de Muerte Digna-*, modificada recientemente por la ley 10421 -a fines de 2016, aunque con vigencia desde el 30 de enero de 2017- (96).

Despejado ello, interesa apuntar que sendos órdenes normativos son coincidentes en líneas generales, aunque bien cabe enfatizar los siguientes aspectos:

(i) Ambos garantizan el ejercicio de la autonomía personal, reconociendo el derecho de toda persona a negarse a ser sometida a medios, tratamientos o procedimientos médicos de encarnizamiento terapéutico -artículos 1 ley 10058; 2 inciso e) y 5 inciso g) ley 26529; 59 y 60 del Cód. Civ. y Com.-;

(ii) Ambos contemplan la posibilidad de adoptar tales decisiones de manera anticipada -artículos 1 ley 10058; 11 ley 26529; 60 del Cód. Civ. y Com.-;

(iii) Ambos resguardan el derecho a la vida, proscribiendo terminantemente las prácticas eutanásicas -artículos 3 ley 10058; 11 ley 26529- (97).

(95) BURGUESS, M. - TARR, G. A. "Subnational Constitutionalism and Constitutional Development", *ap.* BURGUESS, M. - TARR, G.A. (eds.), *Constitutional Dynamics in Federal Systems: Sub-national Perspectives*, Forum of Federations, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston - London - Ithaca, 2012, p. 3.

(96) Descontando, por supuesto, el funcionamiento en el ámbito del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba del *Registro de Actos de Autoprotección*, de conformidad con lo dispuesto por Resolución de su Honorable Consejo Directivo, aprobada en Acta N° 77, de fecha 23.10.2006, y su postrera reglamentación -también a cargo del H. Consejo Directivo de la institución colegial local- con fecha 18.12.2007, cuyo artículo 2 precisa: "(...) el 'Registro de Actos de Autoprotección' tendrá por objeto la toma de razón de las escrituras públicas que contengan actos jurídicos de autoprotección mediante los cuales se dispongan, estipulen o revoquen decisiones tomadas por el otorgante para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí, cuando la causa que motivare esa imposibilidad, sea alguna afección en la salud del otorgante. Excepcionalmente, y solamente en virtud de orden judicial expresa, se registrarán testimonios judiciales que contengan actos jurídicos de autoprotección". Se impone hacer notar que, con arreglo al artículo 3, el antedicho Registro no actúa de oficio, puesto que la inscripción solamente podrá ser rogada por: (i) el otorgante del acto -en cuyo supuesto su firma ha de estar certificada notarialmente-; (ii) el notario autorizante de la respectiva escritura o cualquier otro notario que tenga competencia para actuar en el mismo registro notarial; y -finalmente- (iii) en virtud de orden judicial. Incluso, en sede local -durante el debate legislativo de la ley 10421- se advierte que "(...) hubo casos emblemáticos que empujaron a los legisladores (...) en 11 provincias argentinas que han legislado y adecuado su normativa", *cfr.* *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, p. 4385. Del legislador Daniel A. Passerini.

(97) Sobre el punto prevalece el parecer de los legisladores que intervinieron -primeramente- en la sanción de la ley 10058, pues la materia regulada era "(...) la muerte a su tiempo u ortotanasia", *cfr.* *Diario de Sesiones*, 2012, 10ª Sesión Ordinaria, 04.04.2012, a la 17ª Sesión Ordinaria, 23.05.2012, 19ª Reunión, 16.05.2012, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo II, p. 900. Del legislador Norberto Podversich, cuanto en su modificación por la ley 10421 en orden a la proscripción

Empero, también se corroboran, al menos, dos diferencias significativas que son necesario destacar, aunque la primera de ellas se haya morigerado en razón de la reciente reforma legislativa provincial -sin perjuicio que, como se expondrá más adelante, tampoco luce exenta de asimilaciones polémicas-:

(i) La norma provincial establece que el ejercicio de los derechos reconocidos en ella "(...) no afectan en forma alguna (...) las medidas mínimas ordinarias que serán provistas para asegurar el respeto a la dignidad y a la calidad de vida del enfermo" -artículo 4, ley 10058-, entre las que incluía explícitamente -de estar a la versión originaria- las "(...) acciones tendientes a suministrar hidratación, higiene, oxigenación, nutrición y/o curaciones al paciente en etapa terminal" (artículo 5, inciso g), del texto primigenio de la ley 10058). No obstante, en la fórmula acuñada por el cambio legislativo impulsado por la ley 10421, el mismo precepto excluye del radio de las medidas mínimas ordinarias al suministro de hidratación, oxigenación y nutrición, debido a que sólo contempla en la actualidad las atinentes a "(...) higiene y curaciones al paciente en etapa terminal". Asimismo el reformador provincial de 2016 modificó el artículo 5 inciso b) de la ley 6222, al consignar -entre las obligaciones de las personas que ejercen las profesiones y actividades afines a la salud-, la de respetar el derecho del paciente a la vida física y espiritual desde la concepción hasta la muerte, "(...) conservándola por medios ordinarios", sin perjuicio de advertir que para la prolongación de la vida "(...) la aplicación de medios extraordinarios quedará reservada a la voluntad del paciente". En lo que a la legislación federal respecta, se colige que contaba -*ab initio*- con la previsión expresa en orden al rechazo por el paciente de procedimientos de hidratación y alimentación siempre que los mismos produjeran -como único efecto- el aplazamiento en el tiempo de su estadio terminal irreversible e incurable -artículos 2 inciso e) y 5 inciso g) ley 26529; 59 inciso g) del Cód. Civ. y Com.- (98).

de proceder eutanásicos: "(...) tanto el Código como la Ley 10058 (...) son no eutanásicos", cfr. *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, pp. 4378, 4380 y 4385. De los legisladores Aurelio García Elorrio, Verónica Gazzoni, Daniel A. Passerini. Incluso, en los *Fundamentos* del PL 20838/L/2016 se anotaba el objetivo de "(...) la presente ley en su art. 3 establece que la aplicación de las disposiciones establecidas no permite ni faculta, bajo ninguna circunstancia, la realización de conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida, la eutanasia o la provocación de la muerte por piedad", cfr. *ibidem*, Tomo VII, p. 4388. Las señaladas hipótesis deben distinguirse de aquel supuesto en el que la persona encomienda a un tercero la adopción de decisiones futuras concernientes a la salud para el caso en que se encuentre imposibilitado de hacerlo -intitulada habitualmente *procura sanitaria*, *health care durable power of attorney*, *designation of health care surrogate*, *appointment of health care agent*, etc.-, pues no hay en esta figura instrucciones previas relativas a la propia salud sino *amplitud de facultades* a un tercero a fines de que *actúe en su nombre*. Entre los registros de Derecho Comparado lo descarta expresamente la Ley de Quebec N° 52 sobre Cuidados al final de la vida, del 24 de junio de 2014, pues refiere en su artículo 62: "(...) las voluntades relativas a cuidados expresados en un mandato dado en previsión de la incapacidad de una persona no constituyen directivas médicas anticipadas", *vide* "Directivas médicas anticipadas", *ap. ALTERINI, J. H. (dir.) Código Civil y Comercial...*, cit., Tomo I, pp. 699-700.

(98) TOBIÁS, J. W. "Directivas médicas anticipadas", *ap. ALTERINI, J. H. (dir.), Código Civil y Comercial...*, cit., p. 713.

(ii) El precepto provincial regula los efectos de la declaración de voluntad del paciente mismo que se dispone “(...) con plena capacidad de obrar” -artículo 1-, i.e., “(...) mayor de edad y en pleno goce de sus facultades mentales” -artículo 6-, o bien, del representante debidamente identificado y designado antelación por el paciente -artículo 11-. La normativa federal, por el contrario, admite que la decisión sea implementada por “(...) las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24193”, las que “(...) podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido”, vale decir, por las personas autorizadas para dar testimonio de la última voluntad del fallecido respecto de la donación de sus órganos(99), de modo que la ambigüedad del texto del último párrafo del artículo 59 del Cód. Civ. y Com. podría envarar el resultado interpretativo según el cual cualquiera de las personas allí mencionadas -i.e., “(...) el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente” - lucirían habilitados para otorgar el consentimiento -advértase que ya no se alude aquí al acto de *otorgar testimonio* de la voluntad del paciente- para que se le prive a éste de la alimentación e hidratación, lo que equivaldría a permitir que una persona con un vínculo casual, accidental o transitorio, *decida* sobre el fin la vida de otra(100). Tal resultado interpretativo -extremo, por cierto, en cuanto a sus consecuencias- no resultaría admisible, ni siquiera dentro de la teleología federal de la legislación del Congreso Nacional(101).

(99) Según la norma citada se encuentran habilitados para efectuar tal manifestación de voluntad: (i) el cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de 3 años, en forma continua e ininterrumpida; (ii) cualquiera de los hijos mayores de 18 años; (iii) cualquiera de los padres; (iv) cualquiera de los hermanos mayores de 18 años; (v) cualquiera de los nietos mayores de 18 años; (vi) cualquiera de los abuelos; (vii) cualquier pariente consanguíneo hasta el 4º inclusive; (viii) cualquier pariente por afinidad hasta el 2º inclusive; (ix) el representante legal, tutor o curador.

(100) Al respecto, la Ley de Quebec Nº 52 sobre Cuidados al final de la vida, del 24 de junio de 2014, establece en su artículo 1 § 2 la directriz de *primacía* de las voluntades relativas a los cuidados *expresadas clara y libremente por la persona*, especialmente por el establecimiento del régimen de directivas médicas anticipadas, de modo que -en su artículo 62 § 2- consagra la siguiente solución: en caso de conflicto entre las voluntades relativas a los cuidados expresados en un mandato dado en previsión de la incapacidad de una persona y las expresadas en las directivas médicas anticipadas, *prevalecen estas últimas*.

(101) En el parecer de la doctrina civilista, la naturaleza de los intereses comprometidos -vida y salud- determinan que la persona sea el *árbitro único e irremplazable de la situación*: es el paciente quien se expondrá a los riesgos, los sufrimientos, la inamovilidad, a la posibilidad de un proyecto vital signado por deficiencias y limitaciones, etc. Ahora bien, independientemente del equívoco de la referencia por el texto federal al término *mandato* -pues éste alude a una figura contractual y de naturaleza patrimonial cuya regulación es incompatible con actos relacionados a la propia salud-, y que no puede encuadrarse en un caso estricto de directivas médicas anticipadas, se concluye en torno al carácter problemático de la hipótesis: al menos su validez misma en razón de que al versar sobre derechos personalísimos decanta en la nota de inherencia a la persona y -en principio- su ejercicio es insusceptible de desplegarse por representación, cfr. TOBÍAS, J. W. “Directivas médicas anticipadas,” *ap.* ALTERINI, J. H. (dir.), *Código Civil y Comercial...*, cit., Tomo I, p. 715. Igualmente se corroboran usos argumentativos similares entre los doctrinantes constitucionales: así, *u. gr.*, Gregorio Badeni arguye que la concepción personalista que impera en las democracias constitucionales

Aun prescindiendo de esta última interpretación -en atención al absurdo en el que desagua-, es claro que ambas diferencias son trascendentes y que, dentro del mismo espíritu que anima a ambos planos normativos, *i.e.*, el de armonizar los derechos a la vida y a la autonomía de la voluntad de la persona como medio para garantizar su dignidad esencial, conducen en determinados casos a soluciones contrapuestas.

La primera de ellas, *i.e.*, la inclusión o no -entre las acciones, tratamientos y procedimientos médicos y/o biológicos que pueden resistir las personas que se encuentren en situaciones límites- de la hidratación, oxigenación y nutrición, descubre un auditorio sobre el cual se perciben premisas argumentativas rivales -incluso, abastecidas por razones provenientes de las ciencias médicas y de la bioética-. Precisamente ciertas opiniones calificadas encuadran tal oposición en un ejercicio legítimo del derecho a la autonomía o autodeterminación personal y a la disposición sobre el propio cuerpo. Así, *u. gr.*, entre sus portavoces se enrola la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en ocasión de sentenciar, a mediados de 2015, el caso “D., M.A. s/Declaración de Incapacidad”-:

“(…) no fue intención del legislador autorizar las prácticas eutanásicas, expresamente vedadas en el artículo 11 del precepto, sino admitir en el marco de ciertas situaciones específicas, la ‘abstención’ terapéutica ante la solicitud del paciente (conf. Fallos: 335:799, considerando 16) (...) si bien M.A.D. no padece una enfermedad, lo cierto es que, como consecuencia de un accidente automovilístico, ha sufrido lesiones que lo colocan en un estado irreversible e incurable (...) hay coincidencia entre los profesionales que lo han examinado en cuanto a la irreversibilidad o incurabilidad de su situación,

otorga a cada individuo, de manera exclusiva, la titularidad del derecho a la vida: toda persona que tenga capacidad jurídica plena tiene derecho a no ser sometida a tratamientos médicos destinados a prolongar penosamente su vida, sin que nadie puede subrogarse en su voluntad adoptando una decisión de tal entidad, cfr. BADENI, G. *Tratado de Derecho Constitucional*, cit., Tomo I, pp. 778-779. Por lo demás, la solución del novel Código Civil y Comercial ya había sido propiciada *de lege ferenda* por las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario de 2003: “(...) debe incorporarse como art. 479 bis del Código Civil la posibilidad de que los mayores de edad, frente a su eventual incapacidad, designen un representante por escritura pública”. El Código Civil de Quebec también establece la validez de la procura en sus artículos 11 y 12. Por el contrario, otros autores privatistas no objetan la posibilidad de plasmar un encargo que se hace a un tercero obligándose a cumplir -mediante su aceptación- las instrucciones recibidas de la persona capaz para ser observadas en casos de senectud o enfermedad, y hasta la aceptación de prestar el consentimiento informado por su nombre y cuenta -así, *u. gr.*, puede designarse al propio curador u otorgar mandatos por la incapacidad del mandante o que estén dirigidos a tener efectos en casos de incapacidad-, *vide* HOOFT, I. “Directivas médicas anticipadas”, *ap.* RIVERA, J. C. - MEDINA, G. (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo I, p. 236. Por aplicación de la princiología liberal de nuestra práctica constitucional esta comprensión extendería -*mutatis mutandi*-, en el parecer de ciertos teóricos constitucionales, la solución prevista para hipótesis en las que el sujeto no puede expresar su consentimiento o requerimiento, admitiendo su admisibilidad si éste ha dejado de ser irreversiblemente una persona moral o no lo será nunca por haber perdido o no haber podido adquirir las diferentes capacidades que hacen posible el goce de sus derechos; en estas situaciones -explica Carlos S. Nino- la falta de intereses que puedan adscribirse razonablemente al individuo -debido a lo fútil del ejercicio de sus derechos- hacen permisible tomar en cuenta los intereses de otras personas -*u. gr.*, integrantes del núcleo familiar-, cfr. NINO, C.S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, cit., p. 253.

sin que se hayan expresado fundamentos médicos -según los estándares científicos reconocidos a nivel internacional- o acompañado antecedentes que permitan suponer que tenga posibilidades de recuperarse de su actual estado. Esta circunstancia llevó a uno de los profesionales médicos que relevó su situación a manifestar que se trata de un paciente desahuciado en estado terminal (...) por este motivo que resulta posible encuadrar su estado, así como la petición formulada de retiro de medidas de soporte vital, dentro de lo contemplado en los artículos 2º, inciso e), y 5º, inciso g), de la ley 26.529 (...) abonan esta conclusión las expresiones de los legisladores que participaron del debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.742, que introdujo la actual redacción de los artículos 2º, inciso e), y 5º, inciso g), de la ley 26.529. En esa oportunidad (...) al regular lo atinente a los procedimientos de alimentación e hidratación artificial en los términos ya reseñados, se consideró que estos también pueden ser rechazados cuando ‘...produzcan, como único efecto, la prolongación, en el tiempo, del estadio terminal irreversible o incurable. De esta forma, abarcamos todos los tipos de procedimientos mencionados, a los efectos de que claramente rija la autonomía de la voluntad para rechazarlos y que la muerte se produzca naturalmente sin necesidad de prolongarla de manera artificial, dando lugar así al encarnizamiento médico [...] o al alargamiento de situaciones de vida vegetativo’ (conf. diputada Ibarra, Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación, Reunión 10 - 7ª Sesión Ordinaria (Especial) - 30 de noviembre de 2011)”(102).

De allí que -de estar al entendimiento asumido por el Máximo Tribunal de orden nacional- la solicitud de las hermanas del paciente en virtud de la cual se pretendía el cese de procedimientos de hidratación y alimentación artificial encuadraba en los supuestos contemplados en los artículos 2 inciso e) y 5 inciso g) de la ley 26529, en tanto brindan al padeciente soporte vital, y constituyen, por consiguiente, “(...) en sí mismos una forma de tratamiento médico”. En efecto, el *esquema argumental* (103) en el que el Alto Tribunal cimienta tal conclusión se nutre, además de los *datos normativos* revisados, en *registros jurisprudenciales* glosados a partir del relevamiento de un *corpus* de

(102) CSJN, Fallos 338:556, en el *sub examine* -al confirmar la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén- la Corte Federal debió expedirse respecto de la situación del paciente *M.A.D.* que, como consecuencia de un accidente automovilístico, se encontraba postrado desde el año 1995, con graves secuelas debido a la desconexión entre ambos cerebros, destrucción del lóbulo frontal y severas lesiones en los lóbulos temporales y occipitales. Desde hace más de 20 años no hablaba, ni evidenciaba respuestas gestuales o verbales, tampoco vocalizaba ni gesticulaba ante estímulos verbales y visuales. Según la prueba científica producida, carecía de conciencia del medio, de capacidad de elaborar una comunicación, comprensión o expresión a través de lenguaje alguno, al tiempo de no presentar evidencia de actividad cognitiva residual. Dado el estado reseñado, demandaba atención permanente para satisfacer necesidades básicas, incluso, resultando alimentado por una sonda gástrica.

(103) En el esquema de un argumento -enseña Stephen Toulmin- se encuentra una distinción establecida entre la *afirmación* o conclusión cuyo valor se trata de establecer y los elementos de justificación allegados como base de la afirmación realizada, a los que se denomina *datos*, cfr. TOULMIN, S. *Los usos de la argumentación*, Península, Barcelona, 2007, p. 133. En este orden de ideas, Riccardo Guastini entiende por argumento interpretativo la razón -premisa de un razonamiento- que un intérprete ofrece para sostener una tesis interpretativa, sea cognitiva o decisoria, cfr. GUASTINI, R. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milán, 2011, p. 267.

jurisprudencia comparada, lo que -a su juicio- demostraría que las medidas de hidratación y alimentación han sido reconocidas bajo el rótulo tratamientos médicos, aun en ausencia de previsiones normativas expresas; entre los distintos precedentes dictados por los tribunales extranjeros de máxima instancia al decidir peticiones -similares a las planteadas en el asunto “D., M. A. s/Declaración de Incapacidad” - respecto a pacientes afectados por *carencia de conciencia* de sí mismo y del mundo exterior y cuyos *estados* resultaban también *irreversibles*, se enlistan pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1990 (104), de la *House of Lords* del Reino Unido en 1993 (105), de la Corte Suprema de Casación de Italia en 2007 (106), de la Suprema Corte de la India en 2011 (107) y del Consejo de Estado de Francia en 2014 (108).

(104) USSC, “Cruzan vs Director Missouri Department of Health”, 497 US 261 (1990), *Justice Sandra D. O’Connor -concurring opinion-*, 25.06.1990.

(105) House of Lords, “Airedale NHS Trust vs Bland”, [1993] 1 All ER 821, 04.02.1992.

(106) Corte di Cassazione, “Englaro Beppino”, Sent. N° 21748/07, 16.10.2007, acudiendo a la reseña de referencias comparatistas de índole normativo -*u gr.*, artículos 5 y 6 del Convenio de Oviedo, 3 del CEDH, etc.- y jurisprudencial -*u gr.*, la doctrina judicial sentada por la Corte Suprema de New Jersey en los casos “Quinlan” [355 A.2d 647, 672 (N. J. 1976)] y “Jobes” [529 A.2d 434, 427 (N. J. 1987)], por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el asunto “Vacco vs Quill”, por la *House of Lords* en la causa “Bland”, por la Corte EDH en el pronunciamiento “Pretty vs United Kingdom”, etc., concluyó sobre la necesidad de *balancear* la protección de la vida del paciente con su concepción de una vida digna y decorosa [en el sentido de una muestra de la afirmación actual de la técnica de *cross fertilization*, *vide in profundis* CHECHI, A. *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes*, Oxford University Press, New York, 2013, pp. 223 y ss.]. *Vide in extenso* BARSOTTI, V. - CAROZZA, P. G. - CARTABIA, M. - SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, New York, 2016, pp. 132 y ss.; GENTILI, G. - GROPPPI, “Italian Constitutional and Cassation Courts: When the Right to Die of an Unconscious Patient Raises Serious Institutional Conflicts Between State Powers”, *LSA Journal of International & Comparative Law*, 2011, Vol. 18, pp. 73 *et seq*; MORATTI, S. “Italy”, *ap.* GRIFFITHS, J. - WEYERS, H. - AADAMS, M. (eds.), *Euthanasia and Law in Europe*, Hart, Oxford, 2008, pp. 395 y ss.; HUXTABLE, R. *Law, Ethics and Compromise at the Limits of Life: To Treat Or Not to Treat?*, Routledge, New York, 2013, pp. 54-55; *et al.* Conviene tener presente que en la dogmática constitucional italiana se inserta el *derecho a morir con dignidad* dentro de la categoría de nuevos derechos -*nuovi diritti*-, englobando aquellos cuya tutela resulta acordada progresivamente por el legislador y la jurisprudencia -inclusive, a nivel comunitario e internacional-, en razón de su desenvolvimiento en la conciencia social, a particulares situaciones que con anterioridad no resultaban dotadas de análoga protección; la novedad de tales derechos deriva -en puridad- de su amparo a pesar de su exclusión del expreso reconocimiento por la Carta Constitucional; con tal meta asume dirimencia la lectura del artículo 2 del texto constitucional de 1947 como cláusula cerrada o abierta -*fattispecie chiusa o, viceversa, aperta*-: mientras en la primera hipótesis los nuevos derechos pueden configurarse como desarrollo de la *potencialidad implícita* de las disposiciones constitucionales mediante una interpretación extensiva y evolutiva, en el segundo supuesto la estipulación constitucional del artículo 2 se adjetiva idónea *per se* para extender la tutela constitucional a los nuevos derechos que se consideran inviolables del cuerpo social y resultan, por tanto, merecedores del reconocimiento por legisladores y jueces -y hasta con motivo de documentos internacionales-, cfr. MEZZETTI, L. *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 2017, pp. 491 y ss.

(107) Supreme Court of India, “Aruna Ramchandra Shanbaug vs Union of India & Ors.”, WPC N° 115/2009, 07.11.2011.

(108) Conseil d’État, *arrêt*, “Madame E.I. et autres (Vincent Lambert)”, N° 375081, 375090 y 375091, 24.06.2014.

Descontando -por supuesto- del elenco precedente la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos al expedirse en el caso “Lambert and Others *vs* France” (109), oportunidad en la que el Tribunal de Estrasburgo consideró que las normas internas de limitación del esfuerzo terapéutico, en hipótesis en que se reputa que el tratamiento es fútil o puede causar un sufrimiento innecesario al propio paciente que por su estado no puede expresar su voluntad, no sólo no conllevan vulneración alguna al derecho a la vida previsto en el artículo 2 del CEDH, sino que lucen amparadas por el *margen de apreciación nacional* a los Estados -atento las diferentes soluciones identificadas en los países del Consejo de Europa sobre el abordaje de las cuestiones que surgen en el final de la vida-, aunque bajo el recaudo de que la regulación deba ser precisa y clara, y -a la par- los procesos decisionales particularmente exigentes, analizando los planos en conflicto y ofreciendo posibilidades de intervención a los potenciales afectados:

“(...) el artículo 2 se considera una de las disposiciones más fundamentales de la Convención, una que, en tiempo de paz, no admite derogación en virtud del artículo 15 y que conduce a interpretar estrictamente las excepciones allí definidas (véase, entre otros, Giuliani y Gaggio c. Italia [GC], N° 23458/02, §§ 174-77, ECHR 2011 [extractos]) (...) en el contexto de las obligaciones positivas del Estado, al abordar cuestiones científicas, jurídicas y éticas complejas relativas, en particular, al comienzo o al final de la vida, y ante la falta de consenso entre los Estados miembros, el Tribunal ha reconocido un cierto margen de apreciación (...) en esta esfera del fin de la vida, como en el caso del comienzo de la vida, se debe otorgar a los Estados un margen de apreciación, no sólo para permitir o no el retiro del tratamiento de sostén artificial de la vida y el detalle de los arreglos que rigen tal cese, sino también con respecto a los medios para lograr un equilibrio entre la protección del derecho a la vida de los pacientes y la protección de su derecho al respeto de su vida privada y su autonomía personal (...) sin embargo, este margen de apreciación no es ilimitado (ibíd., § 238) y la Corte se reserva la facultad de revisar si el Estado ha cumplido o no con las obligaciones que le impone el artículo 2.”

No obstante, desde la doctrina hay portavoces de un entendimiento diverso al hasta aquí apuntado, en la medida que arguyen: *“(...) la alimentación e hidratación no constituyen un acto médico, sino un medio ordinario y proporcionado para la conservación de la vida, puesto que se trata de conductas normales y necesarias que practican todas las*

(109) ECHR, “Lambert and Others *vs* France”, A. N° 46043/14, § 144-148, 05.06.2015, según las premisas fácticas circunstanciales, Vincent Lambert sufrió graves traumatismos en el cráneo, como resultado de un accidente automovilístico, con fecha 29 de septiembre de 2008, confinándolo a un cuadro tetrapléjico de completa dependencia; de acuerdo con el informe médico ordenado por el *Conseil d'État* -a comienzos de 2014-, se encontraba en estado vegetativo crónico o mínimamente consciente, recibiendo nutrición e hidratación artificial por vía enteral. En julio de 2011, el paciente había sido evaluado por una unidad especializada del Hospital Universitario de Liège -*Coma Science Group*-, diagnosticando un estado neurovegetativo crónico, incluso -en línea con las recomendaciones de tales galenos-, recibió sesiones diarias de fisioterapia -desde septiembre de 2011 hasta finales de octubre de 2012-, pero sin resultados positivos, del mismo modo que se le suministraron 87 sesiones de terapia del habla y el lenguaje -entre marzo y septiembre de 2012- pero envarando intentos fallidos de establecer un código de comunicación.

personas, estén o no enfermas, o se encuentren o no en estado vegetativo" (110). En este orden de ideas, los voceros de este uso argumentativo estiman que más bien implican "(...) *necesidades básicas del paciente*" (111), o bien, conllevan "(...) *cuidados básicos debidos a todo ser humano*" cuyo retiro importa una acción que provoca la muerte y, por tanto, una injerencia indebida y desproporcionada que afecta el derecho a la vida (112). Tal comprensión, inclusive, había dominado -durante los debates suscitados en la primera mitad del año 2012- la *mens legis* de los forjadores locales de la ley 10058 -al menos, antes de su modificación en 2016 por ley 10421- (113).

Con tal contenido significativo, los expertos que adhieren a tal lectura de las medidas de hidratación, oxigenación y nutrición desechan su calificación de procedimientos de encarnizamiento terapéutico y, por tanto, aseveran que su suspensión configuraría un supuesto de eutanasia prohibido tanto por el artículo 3 de la legislación provincial, como por el artículo 11 de la normativa nacional -con la salvedad de que trasuntaría una hipótesis de eutanasia pasiva y no activa, máxime cuando las estipulaciones legales citadas no distinguen entre una y otra, de modo que la expresión "(...) prácticas eutanásicas" cobijaría la alusión a ambas-.

Incluso, tampoco han de marginarse los posicionamientos con arreglo a los cuales la repulsa a métodos de sustento asistencial exige distinguir el supuesto en el que su suministro se considera atinente al cuidado y confort debido a todo paciente -resultando obligatorio su otorgamiento-, de la hipótesis en la que su administración requiere una serie de instrucciones, dosis, contraindicaciones, etc. -propias del soporte vital básico o tratamiento médico general- en los que resultaría legítimo su rechazo, sin perjuicio de admitirse que desde que la alimentación tiene un alto valor

(110) SAMBRIZZI, E. A. "Muerte digna: Modificación de la ley 26529 sobre derechos del paciente", *ap.* MEDINA, G. (dir.) *Identidad de género...*, cit., p. 91.

(111) En este temperamento, *vide* CECHETTO, S. *Curar o cuidar. Bioética en el confín de la vida humana*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 88; BARONE, D. "La bioética, la muerte anticipada y el Derecho", ED 218-1059; *et al.*

(112) En este entendimiento, *vide in extenso* LAFFERRIÈRE, J. N. "Entre el derecho a la vida y la autonomía de la voluntad. Comentario a la Ley 26742", *ap.* GIL DOMÍNGUEZ, A. (dir.), *Muerte digna*, La Ley, Buenos Aires, 2013. *Vide etiam* ibídem, "El caso 'M. D.': eutanasia a petición de las curadoras del enfermo", ED 252-881; LAFFERRIÈRE, J. N. - VIAR, L. A. "La Corte Suprema y la cuestión del retiro de la alimentación y la hidratación. Comentario al fallo 'D.M.A.'", MJD 7320, 14.07.2015; LAFFERRIÈRE, J. N. - PUCHETA, L. L. "El final de la vida y las paradojas del consentimiento por representación. Un comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso 'D.M.A.'", ED 264, 08.09.2015, N° 13807; *et al.*

(113) *Diario de Sesiones*, 2012, 10ª Sesión Ordinaria, 04.04.2012, a la 17ª Sesión Ordinaria, 23.05.2012, 19ª Reunión, 16.05.2012, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo II, pp. 901, 907, 909, 912 y ss., en orden a las intervenciones del miembro informante de la *Comisión de Salud Humana* -al fundamentar el PL N° 548/L/08- Norberto Podversich, cuanto de los legisladores Luis Brouwer de Koning, Aurelio García Elorrio y Juan M. Cid respectivamente.

simbólico la decisión sobre su cese conlleva implicancias éticas aun del enfermo en estado vegetativo (114).

Despejado ello, la segunda diferencia que se ha señalado también exuda trascendencia pues -en contraste de la norma provincial- la legislación nacional admite para la expresión de voluntad una "(...) *sustitución del paciente imposibilitado de declarar su consentimiento o su negación*", lo que importa que "(...) *en no pocas ocasiones, lo que proyecta dicho consentimiento no es el imaginario del imposibilitado sino el propio de quien lo expresa y con ello se produce una notable confusión de roles y proyectos de vida*" (115).

Precisamente el tribunal cimero de orden federal, al resolver el asunto "D., M. A. s/Declaración de Incapacidad", ha insistido en las siguientes consideraciones:

"(...) en supuestos en que el paciente se encuentre imposibilitado de expresar su consentimiento a causa de su estado físico o psíquico, el art. 6º de la ley 26529 -que remite al art. 21 de la ley 24.193- determina qué personas vinculadas a él -y en qué orden de prelación- pueden hacer operativa la voluntad de aquél y resultar sus interlocutores ante los médicos a la hora de decidir la continuidad del tratamiento o el cese del soporte vital, sin que pueda considerarse una transferencia a aquellas de un poder incondicionado para disponer la suerte del paciente mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia (...) la autorización que la ley asigna a personas vinculadas al paciente -impedido para expresarse por sí y en forma plena debido a su discapacidad- a hacer operativa su voluntad no significa autorizarlos decidir la cuestión en función de sus propios valores, principios o preferencias sino que por el contrario, ellas sólo pueden intervenir exclusivamente dando testimonio juramentado de la voluntad de aquél con el objeto de hacerla efectiva y garantizar la autodeterminación de aquél en plena correspondencia con los principios del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los

(114) GELLI, M. A. (2008) *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., Tomo I, pp. 492-493.

(115) ANDRUET, A. S. "Anatomía del fallo sobre muerte digna de la Corte Suprema: el caso 'D., M. A.'", DFyP 2015-207. En este orden de ideas, no es ocioso retener que Émile Durkheim -aunque dentro del campo empírico del suicidio- reflexionaba al respecto: desde que las causas de la muerte están situadas fuera de nosotros más que en nosotros mismos, ¿diremos que sólo hay suicidio cuando el acto que ocasiona la muerte ha sido ejecutado por la víctima con miras a este resultado?, ¿que sólo se mata verdaderamente quien ha querido matarse, y que el suicidio es un homicidio intencional de uno mismo?, ¿cómo saber cuál fue el móvil que impulsó al agente, y si, al tomar la decisión, era la muerte lo que deseaba, o tenía algún otro propósito?, etc., cfr. DURKHEIM, E. *Le suicide*, cit., pp. 1 y s. Asimismo se ha censurado el texto legislativo nacional en el entendimiento de que la autonomía de la voluntad se presenta como el derecho bajo el cual se enmarca la posibilidad de rechazar el encarnizamiento terapéutico, empero se problematiza en torno a si un enfermo terminal que vivencia diversas presiones, junto con lo dramático de la situación, puede disminuir su verdadera y plena libertad para tomar decisiones. A la vez, se añade que, en los casos de personas con falta de capacidad, no existiría tal *autonomía*, pues las decisiones son tomadas por otras personas en su nombre. De allí que se postule que el enfoque debería ser un balance equilibrado entre los deberes médicos y la libertad y responsabilidad del paciente, en lugar de un acento tan marcado y unilateral en la autonomía de la voluntad, cfr. LAFFERRIÈRE, J. R. "La dificultad de legislar sobre el fin de la vida", ap. MEDINA, G. (dir.), *Identidad de género*, cit., pp. 93 y ss.

Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 26.378, que integra el bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto en la ley 27.044 (...) no deciden ni en el lugar del paciente ni por el paciente, sino comunicando su voluntad” (116).

Empero, se alerta que no siempre resulta sencillo discernir hasta dónde esta particular modalidad de consentimiento *retroproyectivo* -según la calificación apadrinada por Armando Andruet-, en la que se reconstruye históricamente lo que sería una voluntad proyectiva -hacia el futuro- del paciente, es una realidad o, en cambio, una justificación teórica, a través de razonamientos abstractos que procuran generar una apariencia de ejercicio de la auto-determinación, cuando -en rigor- trasunta una hipótesis de hetero-determinación.

Persiste también la duda respecto de cuál sería la solución que contempla la normatividad nacional para el caso en que el paciente en estado terminal irreversible e incurable es un niño, niña o adolescente; acaso, ¿es posible admitir que el intérprete se enfrenta, en pureza, a una hipótesis de ejercicio del derecho de autonomía personal si el representante legal promueve el retiro de medidas de soporte vital?, o bien, problematizar en torno a si tal decisión ¿luciría genuinamente compatible con las cláusulas de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 -en adelante, CDN-, en especial con la previsión de su artículo 6.1, según el cual “(...) los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida?”, ¿respetaría, así, el mandamiento contenido en el artículo 2, inciso e), § 2 de la ley 26529, en virtud del cual los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir, en los términos de la ley 26061, a los fines de la adopción de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud? (117), etc. Por el contrario, hay voces doctrinarias que pre-

(116) CSJN, Fallos 338:556.

(117) Téngase presente que el artículo 2 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes establece que la CDN es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad, de modo que -adenda- las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos, sin perjuicio de que el artículo 3 reglamenta que el interés superior -en la medida que importa la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la legislación de marras- impone el respeto a su condición de sujeto de Derecho -inciso a)-, de su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta -inciso b)-, al pleno desarrollo personal de sus derechos -inciso c)-, a su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales -inciso d)-, etc. Lo expuesto, sin perjuicio de reconocerles -a lo largo de su plexo- el derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida -artículo 8-, a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo, a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio, como así también a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante, descontando el derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral -artículo 9-, a la garantía de acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad, a programas de asistencia integral, rehabilitación e integración, como asimismo de

gonan la autonomía progresiva de los menores para la toma de decisiones atinentes a su propia salud -conforme con la denominada *Gillick competence* (118)- y hasta conjeturan que tal criterio luce receptado en el novel Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 26, de modo que sugieren -del juego armónico de sus artículos 26 y 61- que un adolescente a partir de los 16 años resultaría habilitado para anticipar directivas en materia de salud, mientras que tratándose de una adolescente entre 13 y 16 años correspondería distinguir los siguientes supuestos: (i) tratamientos no invasivos o que no comprometan la salud o se encuentre en riesgo la integridad y vida del menor, pues aquí el artículo 26 de la legislación de fondo presume la competencia del adolescente -arguyéndose que no habría óbice en tanto no se desvirtuó la presunción legal-; (ii) tratamientos no invasivos o que no comprometan la salud o se encuentre en riesgo la integridad y vida del menor, en cuyo caso la citada norma del artículo 26 exigiría el consentimiento del adolescente con asistencia de sus progenitores, previéndose que en caso de conflicto ha de ser resuelto según su interés superior y con base en dictámenes médicos (119).

Tampoco la cuestión se despoja de su carácter controversial en la atención que demanda la perspectiva del Derecho de la Vejez, pues si bien algunos especialistas califican a las manifestaciones anticipadas de voluntad como una práctica saludable para el ejercicio de los derechos subjetivos de autonomía (120), otros expertos -como lo ha prevenido Richard A. Posner- se han ocupado de auscultar la delicada problemática y su delimitación con acciones de eutanasia y gerontocidio (121).

atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia, campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos dirigidas a la comunidad a través de los medios de comunicación social, de atención prioritaria en toda institución de salud, sin perjuicio del derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud -artículo 14-, etc.

(118) House of Lords, "*Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*" (1986), 1 AC 112, 17.10.1985, propiciando el entendimiento en orden al cual el derecho de los progenitores a seleccionar un tratamiento médico -o bien, su interrupción o continuidad- de sus hijos concluye en el caso que éstos se encuentren en condiciones de aprehender la opción propuesta, de tal manera que la expresión anotada en el texto alude a aquella persona que ha alcanzado suficiente aptitud para comprender e inteligencia para expresar su voluntad respecto del tratamiento específicamente propuesto, cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "El derecho del niño a su propio cuerpo", ap. BERGEL, S. D. - MINYERSKY, N. (coords.), *Bioética y Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pp. 115-119.

(119) En este sentido, *vide* HOOFT, I. "Directivas médicas anticipadas", ap. RIVERA, J. C. - MEDINA, G. (dir.), *Código Civil y Comercial...*, cit., Tomo I, p. 238; GARRIDO CORDOBERA, L. M. *Directivas médicas anticipadas* ap. GARRIDO CORDOBERA, L. M. - BORDA, A. - ALFERILLO, P.E. (dirs.), *Código Civil y Comercial. Comentado...*, cit., Tomo I, p. 83.

(120) DABOVE, M. I. - BARBERO, D. O. "Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección: nuevas razones para la acción a favor de los derechos de los grupos vulnerables", IDI, 1 (2009) 13-46.

(121) POSNER, R. A. (1995) *Aging and old age*, cit., pp. 256 y ss.

Parece, entonces, muy difícil sostener respuestas desembarazadas de disputas y lecturas exentas de un debate robusto a tales inquietudes (122). El desacuerdo luciría para el filósofo neozelandés Jeremy Waldron con el título de *evidente* y lo sería en diferentes niveles: desde que no hay acuerdo acerca de lo que significa decir *que algo es un derecho*, pasando por las discrepancias sustantivas sobre *qué derechos se tienen y cuál es su fundamento*, hasta las disputas en lo que respecta a la *aplicación concreta y detallada* si hubiera un consenso; por el contrario, resultaría un *misterio -puzzling-* que los teóricos traten a los derechos como si éstos estuvieran de algún modo *más allá de toda disputa*, debido a que ellos desgranar -con toda seguridad- cuestiones importantes, complicadas y difíciles sobre las que personas razonables habitualmente discrepan. Ello, en última instancia, es una señal -la mejor posible en las modernas circunstancias- de que los derechos se toman en serio -*take rights seriously-* (123).

IV. Competencias de las Provincias y del Gobierno Federal en la materia. Una carta de navegación

8. En oportunidad de los debates legislativos desenvueltos en el seno de la Legislatura local, la coexistencia de una ley nacional -ley 26529 reformada por ley 26742- con otra de cuño subnacional -ley 10058 modificada por ley 10421- generó en la labor de los operadores jurídicos diversas vacilaciones, incógnitas y hasta controversias en torno a la identificación de la normativa aplicable en el ámbito de la Provincia de Córdoba. Luego, la inclusión del tema en los artículos 59 y 60 del novel Cód. Civ. y Com. profundizaron los desacuerdos.

En este orden de ideas, bien podría retenerse que los derechos reconocidos por la Constitución se ejercen “(...) conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”, aunque no resulte dable predicar *a priori*, ni de manera general y absoluta, que la atribución

(122) Así, *v. gr.*, reténgase que con motivo de la XXXI Jornada Notarial Argentina, celebrada en 2014 en Córdoba, se concluyó: “(...) las directivas anticipadas de salud constituyen una especie dentro del género de los actos de autoprotección. Por mayoría: Se reconoce el derecho del menor a ser oído en los tratamientos médicos que lo involucren. Las directivas anticipadas de salud, sólo pueden ser otorgadas por personas capaces, mayores de edad, conforme lo establecido por el art. 11 de la ley 26529 modificada por ley 26742. Por minoría: Es posible el otorgamiento de directivas anticipadas de salud por menores de edad, según el grado de madurez y desarrollo, sin efecto vinculante (Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Chaco)”. Asimismo, ciertos especialistas patrocinan, con prescindencia del binomio clásico de capacidad-incapacidad, el empleo de un aparato conceptual dotado de una mayor cuota de complejidad al blandir la noción de *competencia bioética*: centrada en la existencia de un discernimiento suficiente para recibir información acorde con la edad y tomar una decisión libre, se orienta a testear si el sujeto resulta dotado de un entendimiento acabado en virtud del cual razone alternativas, enjuicie valores, pondere consecuencias, etc., de modo que *pueda entender lo que es bueno o malo para su salud, independientemente del régimen de capacidad vigente*, cfr. BALLARINI, L.A. “Autonomía de la voluntad en materia de salud de niños, niñas y adolescentes (en la ley 26529, texto según ley 26742)”, ED 257-725; CIRUZZI, M. S. La autonomía del paciente pediátrico, ¿mito, utopía o realidad?, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2011, p. 31.

(123) WALDRON, J. *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 11-12.

de reglamentar el ejercicio de los derechos constitucionales corresponda a tal o cual nivel de gobierno dentro del Estado Federal. Más bien podría sostenerse que tanto el Gobierno Federal, como los Estados provinciales, albergan poderes regulatorios para la ejecución de contenidos de derechos fundamentales dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales: “(...) de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75)” (124).

De allí que es conveniente recapitular, aun de manera sintética y esquemática, la fisonomía del sistema de reparto de competencias que establece nuestra Constitución Nacional entre los Estados Provinciales y el Gobierno Federal, la que pivota sobre el artículo 121 CN -según el cual “(...) las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”-.

Tal estipulación constitucional -según Joaquín V. González- “(...) ha consagrado todo el Derecho histórico argentino contenido en los estatutos y pactos anteriores. Esta es la regla general y comprensiva para dirimir en todo caso los conflictos posibles entre los dos órdenes de gobierno y según ella, el de la Nación, siendo conferido por las provincias, es expreso, limitado y excepcional” (125). De modo que -por aplicación de la cláusula reseñada precedentemente- José M. Estrada aseveraba: “(...) corresponde a las Provincias toda la suma de atribuciones inherentes a la idea de gobierno, con excepción de las facultades conferidas al gobierno federal” (126).

Por lo demás, es harto frecuente la reseña por los tratadistas de Derecho Constitucional en relación a que dentro del cúmulo de poderes delegados al gobierno central se enlista el de dictar las leyes que conforman el Derecho Común; este tercer género de leyes -aun dictadas por el Congreso de la Nación- se diferencia de las leyes federales pues su aplicación corresponde “(...) a los tribunales federales o provinciales según que

(124) CSJN, Fallos 304:1186; 312:1437; 329:976; 332:66, entre muchos otros.

(125) GONZÁLEZ, J. V. *Manual de la Constitución Argentina*, ap. *Obras completas*, Congreso de la Nación Argentina, Buenos Aires, 1935, Tomo III, p. 571.

(126) ESTRADA, J. M. *Curso de Derecho Constitucional*, Imprenta del Pueblo, Buenos Aires, 1887, Tomo I, p. 297. Lo expuesto se enmarca en la conformación del Estado Federal, en el que “(...) la unidad y la diversidad, la centralización y la descentralización se resumen en una unidad dialéctica caracterizada por una específica conexión de las relaciones de coordinación, supra y subordinación e inordinación, de tal manera que todas ellas se condicionan y complementan recíprocamente” (GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editores, Madrid, 1993). Los sujetos de esta relación, en nuestro medio, son “...Las unidades orgánicas e indestructibles con poderes inherentes, que componen la Nación” (GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. *Derecho Constitucional*, Imprenta Buenos Aires, G. Kraft, 1943). Y es la organización del gobierno autónomo de las provincias dentro del Estado Federal, lo que determina los objetos, formas y condiciones en el ejercicio de la autoridad local”, cfr. CSJN, “Nobleza Piccardo SAICYF vs Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, CSJ 188/2006 (42-N)/CS1, de fecha 27.10.2015. Del voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Juan C. Maqueda.

las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones" -artículo 75 inciso 12 CN-, a diferencia de estas últimas que habilitan la competencia federal en razón de la materia -artículo 116 CN-.

IV.1. ¿Derecho Común o Derecho Público?

9. Sentado ello, tampoco es ocioso apuntar que el Derecho Común luce integrado por las leyes que regulan materias propias de los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social. Pero, entiéndase bien, no se trata de la mera inclusión o exclusión formal en uno de estos cuerpos normativos, sino que la materia legislada se corresponda con las que arriba se mencionan. Este punto quedó resuelto explícitamente luego de la reforma de 1994 al añadirse al texto histórico del artículo 75 inciso 12 de la Carta Magna la expresión "(...) *en cuerpos unificados o separados*". En consecuencia, la misma razón determinante de que una ley no incorporada formalmente a un ordenamiento codificado -*v. gr.*, ley 19550 al regular el régimen de sociedades comerciales, o bien, la ley 20744 al disciplinar el contrato de trabajo- revista el carácter de Derecho Común por la *materia regulada*, conduce a la insuficiencia de la inclusión de una norma en uno de los cuerpos normativos enlistados por el constituyente a fines de que adquiriera ese carácter, si la materia reglada no acusa tal investidura.

La advertencia en cuestión es de fundamental gravitación con miras a abordar la cuestión suscitada entre los legisladores locales, puesto que, de lo contrario, la sola inclusión en el Código Civil y Comercial de los artículos 59 y 60 habría eliminado toda hipótesis de duda. En rigor, es por demás disputable que el contenido de esas normas incorporadas a la reciente codificación civil y comercial integre el dominio normativo del Derecho Privado, que es la materia propia de la codificación civil y comercial cuya legislación fue delegada por las provincias en el Congreso de la Nación.

Hace ya tiempo Arturo M. Bas destacaba: "(...) *es sin duda uno de los puntos más delicados en el deslinde de poderes entre la Nación y las Provincias, el que se refiere a las materias respecto a las que pueden chocar en su aplicación los códigos fundamentales que debe sancionar el Congreso y las leyes administrativas que corresponde a las provincias dictar, en ejercicio de la facultad constitucional de organizar sus propias instituciones, con absoluta prescindencia del Gobierno Federal*" (127).

Sin embargo, el Derecho Privado -por vía de principio- regula las relaciones entre personas jurídicas, privadas o públicas, que se vinculan en un plano de igualdad, a diferencia del Derecho Público que disciplina los vínculos que surgen en relación y con motivo del ejercicio por parte del Estado de su potestad de *imperium, i.e.*, como poder público. Y lo cierto es que en las normas emanadas del Congreso de la Nación que ocupan la reflexión del lector -artículos 59 y 60 Cód. Civ. y Com.; leyes 26529 y 26742-

(127) BAS, A. M. *El Derecho Federal argentino - Nación y provincias*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1927, Tomo II, p. 309.

hay algunas estipulaciones que resultarían más bien inherentes al espacio del Derecho Común, empero la prevalencia de aquellas que regulan las relaciones de las personas físicas particulares con el sistema de salud y, por ende, con el Estado provincial en tanto sujeto empoderado para fiscalizarlo y regularlo, como así también para asegurar el uso adecuado, igualitario y oportuno de las tecnologías de salud y los recursos terapéuticos -artículo 59 Cód. Penal- (128).

Lo expuesto fuerza al hermenauta constitucional a discernir celosamente, dentro de tales cuerpos normativos, cuáles son las disposiciones que pueden reputarse de calibre propio del Derecho Común y, por ende, albergan la propiedad de superioridad normológica que les confieren los criterios de identificación de normas sentados en las cláusulas de los artículos 31 y 75 inciso 22 CN-, los que remiten a la regla maestra final de reconocimiento -*ultimate master rule of recognition*- (129) y subordinan la valencia

(128) La cláusula pergeñada por los reformadores estaduales de 1987 reza: "(...) la salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social. El Gobierno de la Provincia garantiza este derecho mediante acciones y prestaciones promoviendo la participación del individuo y de la comunidad. Establece, regula y fiscaliza el sistema de salud, integra todos los recursos y concerta la política sanitaria con el Gobierno Federal, Gobiernos Provinciales, municipios e instituciones sociales públicas y privadas. La Provincia en función de lo establecido en la Constitución Nacional, conserva y reafirma para sí la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud. El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, e incluye el control de los riesgos biológicos sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción. Promueve la participación de los sectores interesados en la solución de la problemática sanitaria. Asegura el acceso en todo el territorio provincial, al uso adecuado, igualitario y oportuno de las tecnologías de salud y recursos terapéuticos".

(129) DWORKIN, R. M. *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 41. En rigor, los comentaristas de los trabajos de Herbert L. A. Hart sostienen que la regla de reconocimiento -con miramiento hartiano- no entraña una regla primaria del sistema sino una de índole *secundaria* -en tanto proporciona los criterios últimos de validez jurídica, sin que, a su vez, luzca subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas, de tal modo que traza los límites del ordenamiento al identificar como normas de éste las contenidas en la Constitución y en las fuentes reconocidas o instituidas por ella, y sirve de guía de conducta para los órganos de producción y aplicación del Derecho y los ciudadanos al ordenar obedecer las normas así identificadas- y de raigambre *social* -en la medida que colecta, configurándola, los criterios compartidos por tribunales, legisladores, funcionarios, juristas, ciudadanos, etc., en la identificación de las normas que componen el sistema jurídico-. En efecto, en el parecer del profesor de la Universidad de Oxford la regla de reconocimiento implica *una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios*, cfr. HART, H. L. A. *The concept of Law*, cit., pp. 100 y ss. En la significación de una *customary rule*, ajena a la formulación canónica de un texto constitucional escrito, por ende, no legislada ni positivizada -de modo que la propia Constitución formal debe ser validada por la regla de reconocimiento-, *vide in extenso* GREEN, L. *Notes, ap.* HART, H. L. A. *The concept of Law*, cit., p. 317. De allí que -descontando la problemática común subyacente tanto a la noción kelseniana de *Grundnorm* como a la hartiana de *Rule of Recognition*, en tanto ambas refieren a cuestiones de unidad del sistema jurídico y de obligatoriedad de sus fuentes últimas- se observa que la versión apadrinada por el filósofo oxoniense -a diferencia de la figura de una norma *presupuesta* por los juristas teóricos que constituye condición de *posibilidad* de una *ciencia jurídica pura*- se orienta hacia la idea de

jurígena de la legislación provincial, y cuáles, por el contrario, regulan con fuste local las políticas públicas de salud y, en consecuencia, resultan materia extraña al Código Civil y Comercial, aunque hayan sido formalmente incorporadas a él. Respecto de estas

una norma que *existe* en cuanto *socialmente aceptada* y que constituye condición de *existencia* de un *sistema jurídico*, cfr. ATIENZA, M. - RUIZ MANERO, J. “La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución”, *REDC*, 1996, Vol. 47, p. 29. Incluso, otros filósofos jurídicos auspician un entendimiento de la regla de reconocimiento como una *regla conceptual* que exhibe tan sólo carácter definicional y hasta carece de contenido normativo, *i.e.*, un conjunto de criterios de identificación del Derecho válido (*v. gr.*, 1. *El conjunto de normas [N1, N2... N3] es el sistema originario [primera Constitución] de O_i*; 2. *Si una norma N_j es válida en un sistema S_i, que pertenece a O_i y N_j faculta a la autoridad x a promulgar la norma N_k, y x promulga en el momento t la norma N_v, entonces N_v es válida en el sistema S_{i+1} [es decir, en el sistema correspondiente al momento siguiente a t] y S_{i+1} pertenece a O_i*; 3. *Si una norma N_j es válida en un sistema S_i, que pertenece a O_i y N_j faculta a la autoridad x a derogar la norma N_k, que es válida en S_i y x deroga N_k en el momento t, entonces N_k no es válida en el sistema S_{i+1} [correspondiente al momento siguiente a t] que pertenece a O_i*; etc.), y no de una norma *social* que dispone, en general, obedecer a las normas identificadas mediante dichos criterios, de tal suerte que los partidarios de esta tesis sufragan al objetivo de distinguir el problema *conceptual* de identificación de un orden jurídico -cualquier conjunto de normas, que contenga al menos una norma de competencia, puede ocupar la posición de una primera Constitución y dar lugar a un orden jurídico- del problema *empírico* de saber qué órdenes son vigentes -por supuesto, no todos los órdenes jurídicos son igualmente interesantes, a veces los juristas están interesados en aquel orden jurídico que es efectivo o vigente en una sociedad dada en un tiempo determinado-, cfr. BULYGIN, E. “Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero”, *Doxa*, 1991, N° 9, p. 311. *Vide etiam*, ibídem, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa*, 1991, N° 9, p. 257, con la aclaración de que las reglas que constituyen un criterio de identificación de un orden jurídico son reglas conceptuales, *i.e.*, aquellas que regulan el uso de un concepto y no normas de conducta, pues estas últimas denotan reglas que prohíben, permiten u ordenan ciertas conductas o estados de cosas resultantes de las conductas -las de índole conceptual, en cambio, no prohíben ni permiten nada, describiéndose de esta manera a las reglas matemáticas, lógicas, del lenguaje, sintácticas y semánticas, como típicos ejemplos-. No obstante, algunos teóricos jurídicos y constitucionalistas discuten atractivamente el punto, *vide* GREENAWALT, K. “The Rule of Recognition and the Constitution”, *Michigan Law Review*, 1987, Vol. 85, p. 621; GARDNER, J. “Can There be a Written Constitution”, *ap.* GREEN, L. - LEITER, B. (eds.) *Oxford Studies in Philosophy Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, Vol. I, pp. 162 y ss.; ibídem, *Law as a leap of faith*, GARDNER, J. (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 89 y ss.; TRIBE, L. “Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation”, *Harvard Law Review*, 1995, Vol. 108, pp. 1221, 1246-47; FRIED, Ch. “Foreword: Revolutions?”, *Harvard Law Review*, 1996, Vol. 109, pp. 13, 26; MICHELMAN, F. I. “Constitutional Authorship”, *ap.* ALEXANDER, L. (ed.) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 70-72; PECES-BARBA, G. *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 97, aunque con alusión al sistema constitucional español de 1978: “(...) como norma básica material (el art. 1.1) es norma de identificación de las demás normas en cuanto a su contenido material. Es decir, una norma se considera del ordenamiento, se identifica como del ordenamiento, si realiza -perspectiva positiva- o si no contradice -perspectiva negativa- los valores superiores. Precisamente lo que añade la Constitución material a la identificación de las normas en los ordenamientos jurídicos es precisamente que ésta no se produce sólo por criterios formales -órgano competente y procedimiento adecuado para producir la norma-, sino también por criterios de contenido. El artículo 1.1 es la norma básica de identificación material del ordenamiento (con matices, lo que Hart llama ‘regla de reconocimiento’, dándole a ésta un sentido material)”. Entre nosotros, algunos especialistas identifican la Constitución como último parámetro de validez y pertenencia con la regla de reconocimiento, cfr. SOLA, J. V. *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires,

últimas será necesario un discernimiento más profundo y sutil, para concluir en qué medida ellas pueden coexistir o, en caso contrario, cuál ha de prevalecer en razón de su mayor peso normativo.

En lo que aquí interesa parece claro que reglamentan materia propia del Derecho Común y, por tanto, han sido dictadas en ejercicio de poderes delegados al Gobierno Federal, las estipulaciones normativas previstas en los artículos 11 de la ley 26529 y 60 del Cód. Civ. y Com., en cuanto sistematizan el alcance, contenido y forma de las directivas médicas anticipadas y la modalidad anómala de expresión de la voluntad por terceros que dan testimonio de ella -artículo 21 ley 24193-. También podría categorizarse de la misma forma la disposición del artículo 11 bis de la ley 26529 en la medida que establece: “(...) ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.” Sin embargo, los demás preceptos de tales plexos normativos parecen estar destinados más a reglar la relación del paciente con el sistema de salud y con el Estado que lo normativiza y fiscaliza en ejercicio de su potestad pública, que a disciplinar las relaciones interpersonales de sujetos vinculados en un plano de igualdad. En consecuencia, el lector bien podría concluir que -en principio- resultan foráneas al perímetro del Código Civil y Comercial como al radio del Derecho Común.

Lo que resulta interesante es la necesidad de un criterio riguroso al analizar este punto; al respecto Juan A. González Calderón se ocupó de prevenir en orden a la envergadura del asunto: “(...) para saber si un poder corresponde al gobierno federal es

2009, Tomo I, pp. 65-66. También Carlos S. Nino -en sus *Fundamentos de Derecho Constitucional*- brinda una muestra de esta tendencia argumentativa: “(...) el hecho de que la Constitución incorpore la regla de reconocimiento del sistema jurídico, parece proveer una forma directa y sencilla de dar cuenta de la simple relevancia de la Constitución en el razonamiento práctico: simplemente la Constitución tendría la relevancia que Hart la asigna a la regla de reconocimiento de un sistema jurídico. Según este autor, la regla de reconocimiento permite determinar la unidad del sistema jurídico y la validez o pertenencia de las normas al sistema. Esto parece, en efecto, dar cuenta de nuestras instituciones en cuanto a que la Constitución es sumamente importante porque ella mantiene unido al sistema jurídico, y no sólo es la ley suprema, sino que permite determinar cuáles son las demás leyes”, cfr. NINO, C. S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, cit., p. 23. Y hasta ciertos autores acuñan la terminología *regla de reconocimiento constitucional*, vide GIL DOMÍNGUEZ, A. “Neoconstitucionalismo y regla de reconocimiento constitucional”, ap. *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Ediar, Buenos Aires, 2009, pp. 103 y ss.; ídem, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 25. En esta línea argumental también se coligen registros jurisprudenciales como, *u gr.*, el voto del Dr. Ricardo L. Lorenzetti -en oportunidad de pronunciarse en el caso “Simón, J. H. y otros” en el 2005-: “(...) la afirmación de que la fuente normativa es el Derecho Internacional Humanitario positivizado, permite seguir admitiendo una regla de reconocimiento de lo que es legal y de lo que no lo es (Herbert L. Hart, *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961) (...) la fuente del derecho a la que debe recurrirse para calificar a los delitos de lesa humanidad, es la Constitución Nacional (art. 31 Constitución Nacional) en tanto norma fundamental de reconocimiento del Estado de Derecho, para estos fines, debe ser entendida como un sistema jurídico integrado por las reglas que componen su articulado y los tratados que, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional)”, cfr. CSJN, Fallos 328:2056. Del voto por sus fundamentos del Dr. Ricardo L. Lorenzetti.

preciso encontrarlo expresamente prohibido a las Provincias o delegado a aquél", en virtud de las siguientes premisas argumentativas:

"(...) ha hecho mucho el Congreso contra la realidad de las autonomías provinciales, disminuyéndolas y sometiéndolas bajo la coerción de leyes usurpadoras de sus más esenciales derechos, para imponerles normas o reglamentaciones unitarizantes. Con el pretexto de que puede dictar los códigos substantivos, civil, penal, comercial y de minería (art. 67 inc. 11) [75 inciso 12] considera lícito llevarse por delante y extinguir la personalidad histórica y constitucional de las provincias, ignorando que la misma ley suprema le señala limitaciones y restricciones jurídicamente inquebrantables (...) lo alarmante para quien mira sin apasionamiento la expansión progresiva del poder central, es comprobar cómo se destruyen desde el Congreso no ya los cimientos jurídicos y políticos de nuestras instituciones federales, sino también la posibilidad de que la legislación local pueda consultar con más conocimiento del ambiente y con más eficacia, las peculiaridades de cada provincia en beneficio de sus habitantes, fomentando el progreso y el bienestar colectivos ¿Qué quedará de las autonomías provinciales si se les arrebatan sus poderes de policía? ¿Para qué servirán después esas autonomías? ¿Cuáles serán las razones de su existencia constitucional?" (130).

IV.2. ¿Derecho Público y ejercicio del poder de policía en materia de salud?

10. Huelga recordar que, en principio, el poder de policía de seguridad, salubridad y moralidad corresponde a las provincias (131), toda vez que es una facultad que se han reservado -artículo 121 CN- y, por tanto, su ejercicio no puede ser invalidado, salvo en aquellos casos en que: (i) la Constitución conceda al Congreso, en términos expresos, un poder exclusivo; (ii) el ejercicio de idénticos poderes, haya sido expresamente prohibido a las provincias; (iii) que exista una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas (132).

La Constitución de la Provincia de Córdoba ha reivindicado con especial énfasis las atribuciones provinciales en este terreno, pues el artículo 59 § 2 reza: *"(...) la Provincia, en función de lo establecido en la Constitución Nacional, conserva y reafirma para sí, la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud"*

Tal inquietud habría de advertirse -nítidamente- en los proyectos que -en tal evento- se sufragaban sobre la materia (133), como así también en los juicios vertidos por

(130) GONZÁLEZ CALDERÓN, J. A. *Doctrina Constitucional*, J. Lajouane Editores, Buenos Aires, 1928, pp. 111-120.

(131) CSJN, Fallos 277:147.

(132) CSJN, Fallos 3:131; 239:343; 302:1181; 320:619; 322:2331; entre muchos otros.

(133) Reténgase, *v. gr.*, las diversas propuestas normativas en referencia a la regulación de la responsabilidad estatal en garantizar el derecho a la salud, de la obligación estatal de accesibilidad y contralor de medicamentos como bien básico social, de la oferta de salud, de condiciones de igualdad y equidad del sistema sanitario, etc., aunque -en lo que aquí incumbe- se impone hacer notar la atinente al régimen del poder de policía provincial con miras a "(...) resguardar el principio federal",

los reformadores provinciales de 1987 orientados a forjar la “(...) *salud como un tema central*” (134) y hasta alcanzar, inclusive, el talante de un “(...) *eje axiológico*” (135), de modo que se sufragaba el siguiente entendimiento:

“(...) *el principio de nuestra forma organizativa federal (...) señala que los Estados provinciales conservan todo el poder que no han delegado en la Nación (...) la inclusión de esta norma, más que una trascendencia jurídica tiene una importancia histórica y su sentido de reafirmación del federalismo y de las autonomías provinciales (...) esta reafirmación no obsta, por supuesto, el ejercicio de una adecuada coordinación entre las jurisdicciones nacionales, provinciales y municipales, para completar las acciones requeridas del sistema de salud en su conjunto*” (136).

No hay duda, entonces, de que tal cláusula del documento constitucional local descubre absoluta consonancia con la letra y espíritu de las disposiciones de la Ley Mayor en la inteligencia de que en ninguna de sus estipulaciones envara un juicio de delegación en la esfera del gobierno federal sobre atribuciones legislativas en materia

en virtud de la cual la Provincia de Córdoba “(...) conserva y reafirma para sí, la plena potestad y poder de policía en materia de legislación de salud” -descontando la mención por los autores de la iniciativa, entre los antecedentes, de la “(...) posición sustentada por Pedro J. Frías”, o bien de los distintos fallos de la CSJN “(...) juicios de Pravaz y Bredeston”, cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente. Año 1987*, 29.12.1986 a 30.04.1987, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo I, pp. 294-297.

(134) *Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente. Año 1987*, 29.12.1986 a 30.04.1987, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Sesión N° 21, de fecha 22.04.1987, Tomo II, p. 1647. Del convencional constituyente Costamagna, R. M.

(135) *Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente. Año 1987*, 29.12.1986 a 30.04.1987, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Sesión N° 21, de fecha 22.04.1987, Tomo II, p. 1667. Del convencional constituyente Sabattini, I. Asimismo se enfatizaba la repercusión de la estipulación constitucional debido a la circunstancia que “(...) recién en la Constitución reformada en 1923, se sanciona el deber del gobierno municipal de velar por la salud pública a través del art. 157 inciso 2”, cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente. Año 1987*, 29.12.1986 a 30.04.1987, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Sesión N° 22, de fecha 23/24.04.1987, Tomo II, p. 1717. Del convencional constituyente Bertarelli, C.A. En rigor, el artículo 39 de la norma de base provincial de 1949 consignaba -tangencialmente, debido a la remisión al menú de derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, etc., consagrados por el reforma constitucional nacional de 1949- que en el ejercicio de su autonomía y de poderes no delegados o de los que fueren concurrentes con los del gobierno de la Nación, las autoridades provinciales ajustarían sus actos a “(...) los principios, definiciones y orientaciones contenidas en el Capítulo III de la Primera Parte de la Constitución Nacional” -entre los que se insertaba, de estar al artículo 37.I.5 del malogrado texto constitucional federal, el derecho a la salud, pues el “(...) cuidado y preservación de los individuos debe ser una preocupación primordial y constante de la sociedad”-, cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente. Año 1949*, 04.04.1949 a 09.06.1949, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Reunión N° 12, de fecha 09.06.1949, p. 858. Vide MELO, C. R. *Constituciones de la Provincia de Córdoba*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, § CCXXVI, 1950.

(136) *Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente. Año 1987*, 29.12.1986 a 30.04.1987, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Sesión N° 22, de fecha 23/24.04.1987, Tomo II, p. 1709. Del convencional constituyente Pereyra, L. A.

sanitaria. No es, entonces, un poder delegado, sino *conservado* por el Estado provincial, aunque se admita, en virtud del mandato genérico de “(...) *proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias*” (artículo 75 inciso 18 CN), que al gobierno central se le reconozca en materia sanitaria una *incumbencia concurrente y de cooperación* -siempre que actúe respetando las limitaciones que la Ley Fundamental le impone- (137). Empero, el tribunal cimero de orden federal ha dejado bien claro que -en asuntos de tutela de salud- las obligaciones que incumben a la Nación *no son exclusivas ni excluyentes* de las que competen a las provincias en sus esferas de actuación y que, en Estados federados, pesan sobre ellas *responsabilidades semejantes* (138), pues -de lo contrario- las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino *enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad* (139).

De allí que, en el caso de facultades concurrentes, la Corte Nacional ha admitido que una potestad legislativa nacional y una provincial pueden ejercerse sobre un mismo objeto o una misma materia sin que de esa circunstancia derive violación de principio

(137) CSJN, Fallos 307:360. La regla configurativa de nuestro sistema federal -se ha sentenciado al zanjar, en 2015, el asunto “Nobleza Piccardo SAICYF vs Provincia de Santa Fe” - sienta el principio según el cual “(...) las Provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal y todos aquellos que se reservaron en los pactos especiales al tiempo en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que por lo tanto son susceptibles de convenios o acuerdos de concertación (arts. 121 y 125 de la Constitución Nacional, y causa CSJ 566/2004 (40-O)/CS1 ‘Obra Social Bancaria Argentina c/ Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad’, sentencia del 1 de agosto de 2013). Es por ello que el art. 121 de la Constitución Nacional reconoce que las Provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de policía, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 126 de la Constitución Nacional y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos 330:3098). Así lo ha interpretado la Corte Suprema -en composiciones que se remontan casi al origen de nuestra organización institucional, 1869- cuando expuso que ‘es un hecho y también un principio constitucional, que la policía de las Provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente á la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el artículo catorce de la Constitución Nacional á los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria ó profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio.’ (Fallos 7:150)”, cfr. CSJN, “Nobleza Piccardo SAICYF vs Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, CSJ 188/2006 (42-N)/CS1, de fecha 27.10.2015. Del voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Juan C. Maqueda.

(138) CSJN, Fallos 329:5169; 331:2135. En efecto, bajo esta premisa argumentativa también ha argüido que, debido a las especiales características con que la Constitución Nacional ha revestido la configuración político institucional de naturaleza federal, “(...) la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquella de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse”, cfr. CSJN, Fallos 334:891.

(139) CSJN, Fallos 331:2135.

o precepto jurídico alguno, aunque también ha sostenido que -con miras a que la cabal coexistencia de tales facultades sea constitucionalmente admisible- es preciso que *no medie una incompatibilidad manifiesta e insalvable* (140). En efecto, una arraigada doctrina reseña que el ejercicio por las provincias de estas facultades concurrentes sólo puede considerarse incompatible con las practicadas por las autoridades nacionales cuando, entre ambas medie una *repugnancia efectiva*, de modo de que el conflicto devenga *inconciliable* (141).

Bajo tales premisas, el Estado federal con el objeto de armonizar la legislación de salud en la República Argentina, resulta habilitado para dictar leyes sobre poder de policía sanitario; sin embargo, se impone hacer notar que ellas establecen un *piso mínimo* a partir del cual las provincias -y además la CABA- resultan legitimadas para la sanción de reglas con *contenidos tuitivos más amplios* (cfr. Preámbulo y artículos 75 incisos 18 y 19, 125 de la CN) (142).

Despejado ello, el vigor del principio *pro homine, pro personae* o *in favor libertatis* conduce al intérprete -en el supuesto de conflictos entre normas de raigambre federal y normas de cuño local- a la búsqueda e identificación -dentro del bloque constitucional configurado por los artículos 31 y 75 inciso 22 de la Ley Mayor- de la fuente y de la norma que provea el estándar *más favorable, adecuado, tutelar*, etc., a la persona humana, sus derechos y al sistema de derechos en sentido institucional -artículo 29 CADH-.

De allí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos -al sentenciar en 2006 el caso “Ximenes Lopes vs Brasil”- se ha ocupado de puntualizar que la salud es un “(...) *bien público cuya protección está a cargo de los Estados*”, a los que se les impone la obligación de “(...) *prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud*”, como así también la de “(...) *regular y fiscalizar toda asistencia de salud prestada a personas bajo su jurisdicción, como deber*

(140) CSJN, Fallos 137:212; 310:2812. De esta forma, la realización de las competencias concurrentes que los reformadores constitucionales de 1994 han afianzado -*v. gr.*, en los artículos 41, 43, 75, inciso 17, 19 y 30, 125, entre otros, de la Carta Magna federal- no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la *interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida* -como es el caso de la salud pública-, sin perjuicio del poder de policía de salubridad que -en primer término- está en cabeza de las Provincias: “(...) en la dinámica de la distribución de competencias en este campo, entre ambas jurisdicciones, la tendencia que prevalece es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquellas entre el Estado central y los Estados miembros -sus competencias exclusivas-, para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes”, cfr. CSJN, “Nobleza Piccardo SAICYF vs Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, CSJ 188/2006 (42-N)/CS1, de fecha 27.10.2015. Del voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Juan C. Maqueda.

(141) CSJN, Fallos 315:1013.

(142) GARAY, O. “Competencias de la Nación y las Provincias para legislar en materia sanitaria”, LL 2008-A-941.

especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado" (143).

Este temperamento se consolida en oportunidad del caso "Albán Cornejo y otros vs Ecuador", precisando que "(...) cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas", la atribución de responsabilidad puede surgir "(...) por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo", sin perjuicio de enfatizar que "(...) le concierne la preservación de valores fundamentales del individuo y de la humanidad en su conjunto" (144).

Incluso, el tribunal regional de derechos humanos ha señalado que al interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos -artículos 26 y 29 CADH- debe optarse por la alternativa exegética más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho sistema jurídico convencional, según el principio de la *norma más favorable al ser humano* (145). A la vez que resulta imprescindible reconocer la jurisprudencia constante de la Corte IDH, siguiendo -en este punto- la estela doctrinaria de la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de considerar a los documentos internacionales de derechos humanos como *instrumentos vivos* que deben ser interpretados a la luz de las condiciones actuales y que la exégesis de los derechos debe hacerse "(...) en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el Derecho Internacional contemporáneo" (146).

Lo que sí resulta indispensable es que las fuentes a ponderar para justificar la opción por la solución hermenéutica que se etiquete *más adecuada, más tutelar, más providencial, más beneficiosa, más apropiada*, etc., tengan incorporado su producto normativo al ordenamiento jurídico vigente en la *jurisdicción territorial respectiva* (147).

En ese marco conceptual, corresponde que se examinen las disposiciones legales dictadas tanto por la Provincia de Córdoba como las sancionadas por el Congreso Nacional en ejercicio de sus facultades constitucionales, con el objeto de determinar si la provincia, en ejercicio de aquellas facultades concurrentes, ha intervenido o no en los

(143) Corte IDH, caso "Ximenes Lopes vs Brasil", Sent. Serie C N° 149, de fecha 04.07.2006, p. 89.

(144) Corte IDH, caso "Albán Cornejo y otros vs Ecuador", Sent. Serie C N° 171, de fecha 22.11.2007, pp. 119-133.

(145) Corte IDH, caso "Masacre de Mapiripán vs Colombia", Sent. Serie C N° 134, de fecha 15.09.2005, p. 106.

(146) Corte IDH, "El Derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal". Opinión Consultiva OC-16/99, Serie A N° 16, de fecha de 01.10.1999, p. 114; Ib., "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados". Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A N° 18, de fecha 17.09.2003, p. 120.

(147) BIDART CAMPOS, G. J. *Tratado Elemental...*, cit., Tomo I-A, p. 390.

instrumentos utilizados para el desarrollo y bienestar de la población por el gobierno federal, a punto de condicionar la efectividad o el desenvolvimiento de los objetivos trazados por éste.

En esta faena exegética los detentadores del poder como el resto de los intérpretes de la Constitución -debido a su condición de miembros de una comunidad hermenéutica abierta e igualitaria- no podrían perder de vista la inconveniencia de sustentar un resultado interpretativo espurio o tergiversado de los poderes concurrentes del gobierno central, que edulcoran y hasta desplazan *in toto* a los títulos competenciales del gobierno provincial. En este orden de ideas los especialistas han advertido en torno a los riesgos -no pocos consumados- de la alteración del sistema de distribución competencial, debido -principalmente- al siguiente catálogo de factores causales desencadenantes: “(...) 1. una interpretación extremadamente amplia y flexible de las facultades delegadas al gobierno central, que en la práctica significa estrechar el ámbito de las atribuciones reservadas por las provincias. 2. un avance en los límites de la facultad reglamentaria del Estado Nacional en materias propias del derecho común. 3. una interpretación desnaturalizadora de las facultades concurrentes con preeminencia de la facultad reguladora del gobierno central, con desmedro de las facultades de las provincias y casi excluyente de la coexistencia dispuesta constitucionalmente” (148).

IV.3. ¿Un margen de apreciación provincial?

11. Sabido es que, en el orden de los sistemas internacionales de tutela de los derechos humanos, en particular en el de cuño europeo, se ha elaborado la doctrina del *margen de apreciación nacional* que constituye una deferencia de los tribunales supranacionales hacia la interpretación de los derechos fundamentales que hace la magistratura interna o doméstica, principalmente en aquellos casos en los que no existe consenso entre los Estados sobre temas sensibles o dilemáticos.

Al respecto Manuel Núñez Poblete observa: “(...) el margen de apreciación, del mismo modo en que obra la subsidiariedad dentro de las organizaciones federales, viene a ser un estupendo instrumento que evita los negativos efectos que producen las fuerzas centrípetas una vez que éstas son desatadas. Dicho de otro modo, la doctrina del margen de apreciación, el más notable ejemplo del impacto del principio de subsidiariedad, es la que mejor permite manejar las tensiones propias de la dialéctica entre lo universal y particular” (149).

(148) CAYUSO, S. G. “El federalismo y el poder de policía”, *ap. Aspectos jurídicos e institucionales del federalismo argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Instituto de Federalismo, Córdoba, 2011, pp. 92 y 93.

(149) NÚÑEZ POBLETE, M. “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el telos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *ap. BARBOSA DELGADO, F. (dir.), El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: Proyecciones regionales y nacionales*, UNAM, México, 2012, p. 43.

Ahora bien, ¿resulta trasladable este concepto al ámbito interno de una federación, en particular, a la práctica argentina? (150).

Tal como se explicara en oportunidad reciente (151) en lo que se refiere al Derecho Común una respuesta positiva se impone, pues la Constitución ha reservado de manera explícita -a propósito de los artículos 75 inciso 12 y 116- la facultad de aplicar las leyes del Congreso Federal comprendidas en esa categoría a los tribunales provinciales, cuando las cosas o las personas cayeren bajo su jurisdicción y como la facultad de aplicar

(150) En orden a su aplicación en el campo nacional, en ocasión del pronunciamiento, emitido en febrero de 2017, por el tribunal cimero de orden federal en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informes”, el parecer por sus fundamentos del Dr. Horacio D. Rosatti reivindicó el margen de apreciación nacional de la Corte Suprema en la aplicación de las decisiones internacionales -con base en los artículos 27 y 75 inciso 22 de la Ley Mayor, auspiciando un contexto de *diálogo jurisprudencial* que maximice la vigencia de los derechos en juego sin afectar la institucionalidad y procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencia para dirimir conflicto en los ámbitos internos y trasnacional -en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la *máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, mientras la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la *máxima intérprete de la Constitución Nacional*-, de modo que hay que lograr que sus criterios -en cada caso concreto- se *complementen y no colisionen*: “(...) el constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por ‘los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional’; a los cuales los tratados internacionales -y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina, tal como supo exponerlo Joaquín V. González: ‘un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos (...) En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el Derecho Internacional’ (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, pág. 52).”, cfr. CSJN, Fallos 340:47. Del voto por sus fundamentos del Dr. Horacio D. Rosatti. Sobre la respuesta del tribunal regional de derechos humanos, *vide in extenso* CorteIDH, caso “Fontevicchia y D’Amico vs Argentina”, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de fecha 18.10.2017, pp. 12 y ss. No obstante, en 2004 -al expedirse en el caso “Arancibia Clavel, E.L.” - el voto en disidencia del Dr. Carlos S. Fayt concluía: “(...) el art. 27 de la Constitución Nacional impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra *el nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente uno de los principios más valiosos de derecho público de nuestra Ley Fundamental. Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando éstos se juzguen en el país”, cfr. CSJN, Fallos 327:3312. Del voto en disidencia del Dr. Carlos S. Fayt.

(151) BARRERA BUTELER, G. E. “Justicia y federalismo”, *ap. Justicia y transparencia, división de poderes, federalismo y desarrollo humano*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional-Contexto, Buenos Aires-Resistencia, 2017, pp. 229 y ss.

una norma trae implícita la de interpretarla, es claro que la Constitución Nacional ha auspiciado que los tribunales de provincia interpreten los contenidos de los códigos de fondo de acuerdo con la realidad cultural local, de modo que cabe la posibilidad de resultados interpretativos diversos de una misma norma en un ordenamiento normativo provincial respecto de otro -sin que desagüe en un motivo de escándalo exegético en el seno de una federación-. Inclusive, reténgase que en el sistema jurídico estadounidense se constata diversidad de legislación de fondo entre los Estados y no sólo diversidad de interpretación.

Lo que acontece es que el federalismo luce más compatible con la diversidad que con la homogeneidad, y tal es el propósito que anima el fundamento de la disposición de la parte final del artículo 15 de la ley 48 de 1863 (152), pues expresamente excluye del recurso extraordinario por la causal del inciso 3 del artículo 14 a aquellos casos en los que se cuestione “(...) la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos” de fondo -artículo 75 inciso 12 CN-.

Resulta -indudablemente- más difícil el andamio de un margen de apreciación provincial en lo que se refiere a los derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución Nacional o los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, atento que en tales supuestos resulta latente el compromiso de la inteligencia de normas federales, a la vez que la Corte Suprema persiste en el rol de intérprete de resorte final.

No obstante, ello en modo alguno obsta a que la exégesis de aquellas normas que tutelan los derechos fundamentales se efectivice conjugando la disposición normativa única, con la realidad social y cultural que puede ser variada y diversa y, en consecuencia, pueda admitir matices diferenciales según que se apliquen en el contexto de un régimen normativo provincial u otro. Incluso, difícilmente devendría posible prescindir de las disposiciones de las constituciones locales, pues, siempre que sea dable, deben ser armonizadas con las de la Constitución Nacional y sólo desechadas en su aplicabilidad en el caso de una incompatibilidad insalvable y directa.

En esa faena de armonización, el rol de los intérpretes constitucionales locales -y en particular de los tribunales provinciales- asume trascendencia a través de la apertura del *diálogo de cortes* (153) y en su desempeño -explica James Gardner- como *genuinos*

(152) En la medida que reza: “(...) cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo, que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, Tratados o comisiones en disputa, quedando entendido, que la interpretación o aplicaciones que los tribunales de provincia hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inciso 11, artículo 67 de la Constitución”.

(153) Según explica Javier García Roca trasunta “(...) una conversación entre varios sujetos, preferentemente jurisdiccionales, que se comunican usando un mismo código o lenguaje y buscan

agentes del federalismo (154): no sólo cuando los tribunales de justicia estatales hacen prevalecer normológicamente la Constitución Nacional por sobre el orden jurídico constitucional y legal de orden provincial, pues también intervienen con tal calidad cuando interpretan el documento constitucional federal otorgando a un derecho que -además de resultar tutelado por aquél- un resultado hermenéutico de protección de mayor amplitud u alcance que el deparado por la jurisprudencia federal en su exégesis constitucional sobre igual derecho.

Innegablemente que la *última* palabra en materia de interpretación constitucional -dentro del orden judicial- la tendrá la Corte Suprema, pero no necesariamente debe ser *idéntica* cuando interpreta y aplica una norma o un derecho en dos realidades culturales distintas, máxime si median normas constitucionales locales que puedan gestar una interpretación armonizante con las federales. Si el Derecho y la Constitución descubren una dimensión social y cultural, la autoridad interpretativa final del Máximo Tribunal -en el marco de sus respectivas competencias- debiera admitir los matices exegéticos que requiere la diversidad cultural de la federación.

En definitiva, aunque sensiblemente más acotado por el principio de supremacía normativa de la Constitución convencionalizada -artículos 31 y 75 inciso 22 CN- como por las funciones que la Ley Fundamental asigna a la Corte Federal, aún en materia de interpretación constitucional un sistema judicial auténticamente federal debe reconocer un cierto margen de apreciación provincial, de manera que los tribunales superiores locales no sean *convidados de piedra* en la interpretación de la Constitución Federal y puedan enriquecer la *conversación entre cortes* con el bagaje de los principios, valores y creencias fundamentales de sus comunidades locales, que no pueden ser ajenos a la interpretación que se haga de aquélla, máxime si están explicitados en el constitucionalismo provincial.

Bajo tales premisas argumentativas, se advierte que -en ocasión de pronunciarse, a fines de 2017, en el caso "Castillo, C. V. y otros"- el voto en disidencia del Dr. Horacio D. Rosatti ha patrocinado un estándar de *margen de apreciación provincial* en materia educativa con miras a entender -y convalidar- que ciertas jurisdicciones del Estado federal pongan énfasis, así como sucede en materia religiosa, en la enseñanza de temas tales como el fomento del espíritu asociativo y cooperativo, el conocimiento especial de la historia, cultura y geografía locales, la productividad basada en las características regionales, etcétera (155).

la avenencia en una exégesis interpretativa de unos derechos comunes", cfr. GARCÍA ROCA, J. "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo", *Teoría y realidad constitucional*, 2012, N° 30, p. 192.

(154) GARDNER, J. "State Courts as agents of federalism: power and interpretation in State Constitutional Law", *Wm. & Mary L. Rev.*, 44 (2003) 1725.

(155) CSJN, Fallos 340:1795. Del voto en disidencia del Dr. Horacio D. Rosatti, contemplando que "(...) la descripción del panorama constitucional provincial reseñado, a la luz del texto del art. 5

En puridad, lo expuesto no es sino una emanación de la *autonormatividad constituyente de las Provincias* -artículos 5 y 123 CN- (156), la que implica la potestad de las autoridades provinciales para *interpretar* el ordenamiento jurídico local y, en particular, *ponderar* con criterio sistémico las diversas cláusulas de la norma suprema provincial -sin perjuicio de la posterior actuación de la Corte Nacional en los términos del artículo 14 de la ley 48, con relación a los temas federales comprometidos-; solución hermenéutica que conlleva así el reconocimiento:

“(...) de la legítima oportunidad de las autoridades locales para interpretar las normas provinciales, afianzando de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa (Nino, Carlos Santiago, ‘La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia,’ en AA.VV., En torno a la democracia, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1990, pág. 97 y ss.). Conviene asimismo recordar el razonamiento de John Stuart Mill, cuando remarcaba la importancia de no silenciar a ninguna voz para evitar ‘un robo a la especie humana, a la posteridad y a la generación presente, a los que se apartan de esta opinión y a los que la sustentan, y quizá más. Si esta opinión es justa se les priva de la oportunidad de dejar el error por la verdad; si es falsa, pierden lo que es un beneficio no menos grande: una percepción más clara y una impresión más viva

de la Constitución Nacional que -como ha sido destacado con anterioridad- asigna a las provincias el cometido irrenunciable de ‘asegurar la educación primaria’ permite concluir que la elección salteña en materia de enseñanza religiosa en escuelas primarias públicas expresa un ‘margen de apreciación provincial’ que no confronta con el citado art. 5º sino, antes bien, expone una forma de implementar la competencia educativa atendiendo a las particularidades provinciales, de acuerdo con la ponderación de sus propios constituyentes. En tal sentido, se ha sostenido que ‘la necesidad de armonía entre los estados particulares y el Estado Nacional debe conducir a que las constituciones de Provincia sean, en lo esencial de Gobierno, semejantes a la nacional; que confirmen y sancionen sus -principios, declaraciones y garantías- y que lo modelen según el tipo genérico que ella crea. Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta o igual de aquélla. Porque la Constitución de una Provincia es el código en que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o Provincia, o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos’ (González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Bs. As. 1959, Estrada, págs. 648/649, citado en Fallos 311:460)”.

(156) La expresión ha sido acuñada en la opinión disidente del Dr. Horacio D. Rosatti con motivo del parecer expuesto, también al promediar la finalización del año 2017, en el asunto “Federación Argentina de la Magistratura vs Provincia de Salta”, al puntualizar: “(...) en el marco del ideario federal generador de la Constitución Nacional, las provincias guardan subordinación con el Estado Federal en los estrictos términos jurídicos de la Norma Fundamental nacional. No se trata de una subordinación indeterminada sino limitada por la Carta Magna y que bien puede ser considerada como una ‘autolimitación’, en la medida en que las provincias originarias son quienes fundaron al Estado Nacional, tal como se remarca en el Preámbulo constitucional. En tal sentido deben ser interpretadas las cláusulas de los artículos 5, 31, 124 (en lo pertinente), 126, 127 y 128, así como la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos del artículo 117 de la Norma Fundamental de la Nación”, cfr. CSJN, Fallos 340:1614. Del voto en disidencia del Dr. Horacio D. Rosatti.

de la verdad, producida por su choque con el error...' (Mill, John S., *Sobre la libertad*, Ed. Aguilar, pág. 33)"(157).

IV.4. ¿Una Constitución fuera de los foros judiciales?

12. Una corriente de académicos de Derecho Constitucional -por cierto, no flamante- ha expuesto sus recelos hacia un abordaje teórico excesivamente judicialista -*court centered theories*- de la interpretación y aplicación de las normas fundamentales (158); el

(157) CSJN, Fallos 340:1614. Del voto en disidencia del Dr. Horacio D. Rosatti.

(158) Sobre el tópico, *vide in extenso* DWORKIN, R. M. *Freedom's Law: the moral reading of American Constitution*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 1 y ss., en la comprensión de que existiría una forma particular de leer -y hacer respetar- una Constitución política que se denomina lectura moral -*moral reading*-: la mayoría de las cláusulas constitucionales contemporáneas, especialmente las que se encuentran en el *Bill of Rights*, protegen a individuos y minorías estableciendo derechos -*u. gr.*, libertad de expresión, libertad religiosa, debido proceso, igual protección ante la ley, etc.- frente al gobierno con un lenguaje muy amplio e indeterminado, de modo que la propuesta dworkiniana estriba en que *todos -u. gr.*, magistrados judiciales, abogados, ciudadanos, etc.- las interpreten y apliquen con el entendimiento de que remiten a *principios morales abstractos sobre decencia política y justicia* y los incorporan -por referencia- como *límites a los poderes gubernamentales -u. gr.*, según una formulación expansiva se enlistan: el gobierno debe tratar a quienes están sujetos a su imperio como si tuvieran igual estatus moral y político; debe intentar, de buena fe, tratarlos a todos con igual consideración; debe respetar todas las libertades indispensables a tales fines, incluyendo pero no limitándose a las libertades más especialmente definidas en el documento constitucional; etc.-, con miras a decidir, a través de una estrategia coherente, cuál es la *mejor interpretación* de aquéllos. La lectura moral -en definitiva- incorpora la moralidad política al corazón del Derecho Constitucional. Inclusive, el profesor de las Universidades de Oxford y Nueva York sugiere que si bien la lectura moral de la Constitución no es una práctica revolucionaria -pues, en su trabajo diario los jueces consideran instintivamente que la Constitución expresa exigencias morales abstractas aplicables a casos concretos-, lo verdaderamente innovador finca en que los juzgadores admitan que es su táctica de interpretación constitucional -hay, entonces, un desajuste entre el rol que la lectura moral juega de hecho en la vida constitucional y su reputación-. Ahora bien, en la medida que la Constitución incorpora principios sustantivos de moralidad política, tampoco puede dejar de reconocerse que ésta resulta inherentemente incierta y controvertida y, entonces, cualquier sistema de gobierno en el que esos principios se incorporen como parte del Derecho debe decidir a quién le dará la *autoridad* de interpretarlos y comprenderlos. Los tribunales de justicia, y en última instancia la Corte Suprema, se han erigido tradicionalmente en un *forum* para la protección de tales principios -*forum of principle*-, cfr. DWORKIN, R. M. *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 33-71. Lo expuesto, por cierto, no descuenta el riesgo de otorgarles el poder absoluto de imponer sus propias convicciones morales al público, de allí que es importante que la lectura moral -según su parecer- se encuentre disciplinada por el requisito de *integridad constitucional*: los magistrados judiciales al sentenciar no pueden leer sus convicciones personales en la Constitución, tampoco podrían silabear sus estipulaciones morales abstractas como si expresaran un juicio moral particular, sin importar cuánto les importa ese juicio, *a menos* que lo consideren *consistente*, en principio, con el *diseño estructural de la Constitución como un todo* y con los lineamientos dominantes de antiguas interpretaciones de otros jueces, y se miren a sí mismos como *socios* de otros funcionarios, del pasado y del futuro, que -en conjunto- elaboran una *moral constitucional coherente* -en suma, los jueces no son filósofos reyes (*philosophers-kings*), sino que proceden como autores que están creando conjuntamente una *novela encadenada (chain novel)*, en la que cada uno escribe un capítulo que tiene sentido como parte de la historia, la práctica y la integridad en su conjunto-, cfr. DWORKIN, R. M. *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, p. 228.

blanco de sus censuras convoca a tomar en serio la Constitución *fuera* de los tribunales, avizorando así a los órganos legislativos y ejecutivos como escenarios adecuados para una protección más completa de los derechos constitucionales (159).

Entre ellos, Mark V. Tushnet ha brindado, quizás, los argumentos más reflexivos, incisivos y provocadores al instar a *quitar la Constitución de los tribunales -taking Constitution away from Courts-*; a través de su conocida distinción entre Constitución gruesa (*thick Constitution*) y fina (*thin Constitution*): mientras la primera contiene el lote de previsiones que detalladamente organizan el gobierno y consignan los arreglos institucionales en materia de federalismo, potestades de los Estados, separación de funciones de los departamentos del poder, etc., la segunda compendia los principios, creencias y propósitos básicos, proclamados en la Declaración de Independencia como en el Preámbulo del texto constitucional federal, como así también las cláusulas fundamentales de libertad, igualdad, libre expresión, etc. Arguye, así, que habitualmente la Constitución gruesa se *autoejecuta* a través de *procesos políticos* -en particular, res-

(159) Esta aproximación se encuentra conectada -según lo han advertido Paul Brest, Sanford V. Levinson, Jack M. Balkin, Akhil Reed Amar y Reva Siegel- con la necesidad de *repensar el canon constitucional* -en el que convergen materiales, asuntos y problemas que suscita la aplicación de las reglas y principios constitucionales- a través de un genuino e interesante desafío a los teóricos de la Constitución habitualmente sesgados ante importantes aspectos de elaboración e interpretación de normas fundamentales debido a la visión estrecha -*narrow*- del examen ortodoxo de los materiales constitucionales relevantes que se someten a su explicación y justificación; la respuesta se orienta a disuadir la imagen protagónica de los tribunales de justicia -en particular, de la Suprema Corte- para irradiar el proceso de *constitutional decision-making* hacia instituciones no judiciales como las decisiones adoptadas por las Legislaturas locales, las interpretaciones formuladas por el Congreso Federal y el Presidente, los discursos de movimientos y activistas sociales como de defensores civiles de derechos, los argumentos constitucionales de académicos y hasta de individuos particulares, etc. Incluso, también desborda hacia un testeado de importantes elementos para la comprensión de la norma de base que despeja la jurisprudencia de la Corte Nacional como única fuente, pues incluye esquemas argumentativos abastecidos por tribunales federales inferiores, Cortes Supremas de los Estados miembros de la federación, y hasta referencias de previsiones normativas de constituciones extranjeras a través de la exégesis de sus diversos intérpretes, *vide* BREST, P. - LEVINSON, S.V. - BALKIN, J.M. - SIEGEL, R.B. - AMAR, R.A. *Processes of Constitutional Decision-making*, Aspen Publishers, New York, 2000, p. XXXIII. En este sentido, *vide* SUNSTEIN, C. R. *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, pp. 9-10; WEST, R. *Progressive constitutionalism. Reconstructing the fourteenth amendment (constitutional conflicts)*, Duke University Press, Durham, 1994, pp. 190 y ss; SAGER, L. G. "Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms", *Harvard Law Review*, 1978, Vol. 91, p. 1212; ídem, "Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law", *Nw. U. L. Rev.*, 88 (1993) 410; MORGAN G. D. *Congress and the Constitution: A Study of Responsibility*, Harvard University Press, Cambridge, 1966; LEVINSON, S. V. *Constitutional Faith*, Princeton University Press, Princeton, 2000; MOORE, W. D. *Constitutional Rights and Powers of the People*, Princeton University Press, Princeton, 1996; WHITTINGTON, K. E. *Constitutional Construction: Divided Powers And Constitutional Meaning*, Harvard University Press, Cambridge, 1999; BORK, R. H. *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, The Free Press, New York, 1990, *et al. Vide in profundis* FLEMING, J. E. "Constitution Outside the Courts", *Cornell L. Review*, 2000, Vol. 86, pp. 215 *et seq.*

pecto del federalismo y de la fórmula de separación del poder- (160), aunque previene que respecto de la Constitución fina -pese a que con frecuencia no lo ha sido- también debería promoverse su autoejecutabilidad -*selfenforcing*- a través de una propuesta de constitucionalismo popular -*popular constitutionalism*-: los desacuerdos fundamentales respecto del significado de esta última deben ser resueltos por el pueblo a través de los mecanismos ordinarios de discusión política, en donde los actores políticos desempeñan un rol crucial en la identificación de los intereses vitales y en la decisión de cuestiones públicas trascendentes. En suma, el profesor de la Universidad de Harvard allega un análisis de los incentivos y capacidades de legisladores y funcionarios ejecutivos para participar en un proceso constitucional de interpretación responsable, aunque *outside* de los escenarios judiciales (161).

En contraste, otros eruditos constitucionales si bien admiten la necesidad de que la propia norma de base se autoejecute a través de la participación de legisladores,

(160) Por cierto, dentro de la familia de argumentos de autoaplicación se anotan otros usos argumentativos: *v. gr.*, desde el clásico argumentario madisoniano -reseñado en los N° XLV y XLVI de los *Federalist's Papers*-, trasuntando la idea de salvaguardias políticas del federalismo prohijada por Herbert Wechsler [WECHSLER, H. "The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government", *Colum. L. Rev.*, 54 (1953) 543] y re-elaborado sofisticadamente por Larry D. Kramer con motivo de su estudio intitulado "Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism", *Colum. L. Rev.*, 100 (2000) 215, o bien, el concepto de deferencia judicial con respecto a cuestiones de separación de poderes -principalmente promovido por el *Justice* Byron R. White en ocasión de sentenciar los casos "Bowsher vs Synar", 478 U. 714,759-76 (1986) en materia de delegación legislativa, e "INS vs Chadha", 462 US 919, 967-1003 (1983) en referencia al veto legislativo-. *Vide etiam* CHOPER, J. H. *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1980, pp. 129 y ss.

(161) TUSHNET, M. V. *Taking the Constitution away from Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, pp. 10-14, 33, 120-127, 175, con la aclaración en orden a que si bien los poderes políticos no se preocupan mayormente por la Constitución, tal dato no implica sino una consecuencia del impedimento estructural del control judicial de constitucionalidad para el autoaseguramiento de las libertades constitucionales: si se eliminara la *judicial review of Legislation* en el dominio de la Constitución fina, se constataría -en su parecer- que tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo deberían asumir la responsabilidad de sus acciones y apelar al tribunal de la opinión pública, pues la despreocupación habitual -tanto de los legisladores como de los votantes- en la tutela de los valores constitucionales precisamente obedece a la circunstancia de que *saben* que los jueces son los que, en definitiva, van a *hacer cumplir* la Constitución. Inclusive, no sólo sugiere que el pueblo -*We the people*-, actuando fuera de los tribunales, pueda ignorar válidamente lo que la Corte Suprema diga en materia constitucional, siempre que esté persiguiendo una interpretación razonable de la Constitución fina, sino que también propone una reforma constitucional con miras a impedir a los magistrados judiciales el ejercicio de la inspección de constitucionalidad -en rigor, a través de una imitación del modelo cobijado por el documento constitucional irlandés, cuyo artículo 45 dispone que los principios de política social que deben servir de guía para la labor del Parlamento quedan fuera de la competencia de los jueces-. *Vide etiam* TUSHNET, M. V. "Popular Constitutionalism as Political Law", *Chicago-Kent Law Review*, 2006, Vol. 81, p. 991; ídem, "Weak-Form Judicial Review and 'Core' Liberties", *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 2006, Vol. 41, N° 1; ídem, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, New Jersey, 2008; *et al.*

funcionarios ejecutivos, ciudadanos, etc. -y no sólo de las autoridades judiciales- de tal modo que aquéllos encuadren y guíen mejor sus reflexiones, deliberaciones y decisiones a través de principios, aspiraciones y fines constitucionales, sugieren la utilidad de la revisión judicial de constitucionalidad en situaciones donde los procesos políticos no resultan sistemáticamente confiables para asegurar la autodeterminación de la norma de base (162), revistando, *v. gr.*, las hipótesis de defectos en el funcionamiento del procedimiento democrático o supuestos de perjuicios y exclusiones a minorías discretas e insulares, en los que es menester un reforzamiento judicial de las condiciones previas a la democracia a través de una mayor dosis de supervisión constitucional por los jueces (163). De esta forma -explica Bruce Ackerman- se puede permanecer fieles a la preocupación de una *justicia pluralista* que evite la actitud de la mala ciencia política que ignora a aquellos ciudadanos con los reclamos más serios (164).

Precisamente descontando las reducidas muestras de intervención de los tribunales de justicia de la provincia en asuntos referidos a declaraciones vitales (165),

(162) FLEMING, J. E. “*Constructing the Substantive Constitution*”, *Tex. L. Rev.* 72 (1993) 211, 291-92, 296-97; ídem, “Fidelity, Basic Liberties, and the Specter of Lochner”, *41 Wm. & Mary L. Rev.*, 41 (1999) 147, 147, 165-72; ídem, “Securing Deliberative Autonomy”, *Stan. L. Rev.*, 49 (1995) 1, 22-23; ídem, “Constitution Outside the Courts”, *Cornell L. Rev.*, 86 (2000) 215 *et seq.*

(163) ELY, J. H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, pp. 101-104.

(164) ACKERMAN, B. “Beyond Carolene Products”, *Harvard Law Review*, 1985, Vol. 98, p. 713.

(165) Como aconteciera, *v. gr.*, en el asunto “F.M.A. s/amparo”, pronunciamiento en el que el Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de Córdoba resolvió denegar el pedido de autorización impetrado por un progenitor tendiente a que se realice una transfusión de sangre a su hija -en estado de coma, con respiración asistida y sin daño neurológico- debido a que “(...) la misma en estado de conciencia suscribió directivas anticipadas en las que se opuso a recibir transfusión de sangre por razones religiosas, por profesar el culto de los Testigos de Jehová, y por tratarse de un paciente mayor de edad y en condiciones de escoger, se debe respetar su decisión por ser un derecho personalísimo e inviolable a la autodeterminación, criterio en armonía con lo resuelto por el Cívero Tribunal de la Nación (con cita de ‘Bahamondez, M.’ CSJN, Fallos 316:479 como ‘Albarracini Nieves, J.W.’, CSJN, Fallos 335:799), que a la luz de lo dispuesto por el art. 19 CN”, Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de Córdoba, “F. M. A. s/amparo”, MJ-JU-M-85851-AR, 13.05.2014. En sentido similar, obraban ya precedentes con la carga argumentativa expuesta -aunque de la justicia nacional y bajo la vigencia del artículo 11 de la ley 26529-, *vide* CNCiv., Sala A, “A. N. J. W.”, LL, AR/JUR/16917/2012, 17.05.2012, con nota de CARNOTA, W. F. “Las directivas anticipadas del art. 11 de la Ley N° 26529: su constitucionalidad”. Empero, se impone hacer notar que se corroboran en los anales jurisprudenciales ciertos registros -aunque menudos- de decisiones de justicia locales de relevancia -ora de tribunales inferiores, ora de Supremas Cortes de Justicia-, *v. gr.*, el Juzgado Correccional N° 3, Mar del Plata, al expedirse en el caso “Parodi”, reafirmando tempranamente -aunque destacando la particular relevancia de los votos de los ministros Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra en el asunto “Bahamondez. M.”- “(...) el derecho del enfermo de ‘morir con dignidad’ (sentencia de este Juzgado publicada en ED 22/11/93, con nota aprobatoria de Bidart Campos, Germán J.: ‘La excarcelación de un condenado en estado terminal’). Sin perjuicio de respetar la voluntad del paciente, en cuanto a su negativa frente a una nueva intervención quirúrgica, corresponde a las autoridades del Hospital y en particular al equipo de salud, brindar la atención debida al enfermo, quien deberá ser adecuadamente medicado a fin de evitar padecimientos”, *cfr.* Juzgado en lo Correccional

lo sugestivo de la experiencia cordobesa en materia de regulación de declaraciones anticipadas de voluntad -cuyo resultado interpretativo cuajara en las leyes 10058 y 10421- radica en la *autoejecución de la Constitución a través del proceso político local*, al incluir compromisos no sólo con el federalismo y las competencias del gobierno

N° 3, Mar del Plata, “Dirección del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) de Mar del Plata s/presentación”, ED 165-360. Igualmente se impone hacer notar la reconducción de pretensiones en materias de directivas anticipadas para el tratamiento médico a través del cauce de *autorización judicial*: “(...) dado el objeto de la acción aquí entablada que se refiere al reconocimiento y tutela de derechos fundamentales -como lo es el derecho a la autonomía personal y a rehusar un tratamiento médico que se estima invasivo, a todo aquello que atañe a la ‘dignidad de la persona humana’ como derecho y valor fundamental—, participa de la naturaleza de la acción constitucional de amparo, en cuanto tiende a la tutela de derechos esenciales de la persona humana ‘no patrimoniales’, y por ende ante la insuficiencia de normas legislativas pertinentes tornan de aplicación operativa las previsiones del art. 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, numeral 2 en cuanto estatuye -como facultad-deber del juez- encausar el trámite ‘mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada’, todo ello en relación a la operatividad de los derechos fundamentales y el deber a ese respecto que la propia Constitución Provincial impone al juez o Tribunal (art. 57 Carta Magna Provincial, arts. 31 y 75 numeral 22 de la Constitución Nacional)”, cfr. Juzgado en lo Correccional N° 4, Mar del Plata, “R. R. T”, LL 2012-D-668. O bien, el auspicio de la aplicación de la *directiva de ponderación* con motivo de una *decisión única en un contexto irrepetible* y en el marco de una *justicia de protección y acompañamiento*, lo que determina al sujeto interpretativo en la necesidad de “(...) sopesar en situaciones particulares el peso de cada uno con relación al caso concreto, aunque la jerarquización que pueda efectuarse en determinadas circunstancias, no implique un juicio de carácter general”, cfr. Juzgado en lo Correccional N° 4, Mar del Plata, “M”, LLBA, 2005-1065, con nota TAINA DE BRANDI, N. A. “El reconocimiento del derecho de autoprotección en una disposición anticipada de salud”, GIL DOMÍNGUEZ, A. “Honrar la vida. Las medidas anticipadas y los abordajes terapéuticos”, MOURELLE DE TAMBORENEA, C. “Los derechos personalísimos y la dignidad de la persona humana ante la muerte.” *Vide etiam* KRAUT, A. “Directivas anticipadas para rehusar determinadas intervenciones médicas de futuro”, LL 2005-E-362; SAMBRIZZI, E. A. “Las directivas previas emitidas con la finalidad de rehusar la práctica futura de ciertos actos médicos”, LL 2005-E-451; CARNOTA, W. F. “La constitucionalidad de las directivas anticipadas”, LL 2005-F-52. *Vide etiam* SC Buenos Aires, “S. M. d. C.”, LLBA II-2005-629, con nota de ZAMBRANO, P., “Sobre la moralidad y la juridicidad de la suspensión de tratamientos médicos vitales”, en orden a la solicitud de autorización judicial para el retiro de soporte vital de un paciente en estado vegetativo permanente, oportunidad en la que el Alto Tribunal local imprime -pese al pronunciamiento desestimatorio de la interrupción impetrada- una línea argumental que patrocina el reconocimiento del derecho a una muerte digna ante cuadros clínicos caracterizados por la irreversibilidad, al admitir la permisión constitucional de “(...) repeler o rehusarse a continuar tolerando un determinado tratamiento médico, aunque con su negativa malogre su vida o lo que le queda de vida (...) 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 existencia” -voto del Dr. Daniel F. Soria-. Y ello a pesar de que los tratamientos resulten aconsejados por la praxis médica o aplicados por los profesionales del arte de curar -opinión del Dr. Francisco H. Roncoroni-, puesto que “(...) 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 (...) 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” -según el parecer de la Dra. Hilda Kogan-. Por lo restante, en orden a la prohibición de vulneración o restricciones a las decisiones autorreferentes en materia sanitaria, *vide in extenso* Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2, Neuquén, JA 2007-II-464: “(...) la prolongación cuantitativa de la vida a cambio de un menoscabo

provincial sino también con la posibilidad de autoaplicación de los derechos fundamentales, a la par de auspiciar un marco de reflexión, debate y consenso públicos sobre el significado y las implicaciones del derecho a una muerte digna en el contexto de un pluralismo moral razonable (166) o de un republicanismo cívico donde se cultiven virtudes, capacidades, caracteres, etc., requeridos para el desarrollo de la democracia constitucional (167).

Ello importa decir -por supuesto- que no *sólo* los jueces deberían discutir cuestiones de grandes principios políticos y morales, pues las Legislaturas también son *guardianas de los principios* (168). Basta reparar en los registros de los debates legislativos que precedieron a la sanción de las mencionadas leyes provinciales para advertirlo en forma patente.

Así, *v. gr.*, los artífices de la ley 10058 ya lo habían prevenido claramente cuando -en ocasión de la exposición del miembro informante- se reseñaba que el proyecto se sustentaba en “(...) *los derechos enunciados [sic] en la Constitución Nacional y en la Constitución Provincial*” -como en documentos internacionales de derechos humanos con rango constitucional-, pues el referido marco normativo remitía a la “(...) *inviola-*

qualitativo carece de toda legitimación (...) La opción [...] expresada a favor de cuidados paliativos no invasivos presupone la opción a favor de dos actitudes fundamentales: el respeto por la dignidad de la persona y la aceptación de la finitud de la condición humana”, con nota de con nota BISCARRO, B. - SANTANGELO, M. “El derecho a que se respete la dignidad del paciente”. En lo que atañe a registros del fuero nacional, téngase presente -con antelación a la sanción de la ley 26529- el fallo de la CNCiv., Sala H, recaído en el caso “Jacobson, J. s/autorización”, LL 1991-B-363, cobijando el derecho a la negativa de terapias, con nota de BUSTAMANTE ALSINA, J. “La voluntad de cada uno es el único árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo”, sin perjuicio de anotarse -durante tal período- otros decisorios en los que se prohijó la desestimación del requerimiento del paciente -*v. gr.*, de estar, durante 2007, al criterio de la CNCiv., Sala I, “G., C. L. vs Mediconex S.A. y otros”, ED 225-454-.

(166) RAWLS, J. *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, pp. 231 y ss.

(167) SANDEL, M. J. *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, pp. 5-7, 128-133.

(168) DWORKIN, R. M. *Freedom's Law...*, cit., p. 32. De hecho, durante la deliberación legislativa que tributará a la sanción de la ley 10421 los representantes de la Legislatura local ponderarán el pronunciamiento de la Suprema Corte Federal en el caso “D., M.A. s/declaración de incapacidad”, CSJN, Fallos 338:556: *v. gr.*, “(...) tenemos un fallo de la Corte Suprema de Justicia que dice que cuando un paciente está imposibilitado y tiene que tomarse sobre él decisiones trascendentes sobre su vida (...) la decisión es un derecho personalísimo”, cfr. *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, p. 4379. Del legislador Aurelio García Elorrio; o bien, la reseña del “(...) emblemático caso de Marcelo Diez que (...) después de 22 años de agonía, la Corte Suprema le concede autorización”, cfr. *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, pp. 4385. Del legislador Daniel A. Passerini.

bilidad, el respeto y la protección de la dignidad humana, la integridad física y moral de la persona y el derecho a la intimidad” (169). Incluso, se puntualizaba:

“(...) esta ley pretende hacer efectivos derechos del paciente a que se respete su voluntad expresada de no someterse a tratamientos médicos que considere indignos, basados en el derecho de toda persona a la intimidad, al reconocimiento de su autonomía de voluntad, a manifestar sus objetivos vitales y valores personales”(170).

Igualmente, algunos legisladores glosaban:

“(...) estamos frente a un testamento de vida, a un derecho a la autodeterminación para convertirlo en un instrumento de Derecho que hace de la vida digna una muerte digna”(171).

Asimismo, otros representantes introdujeron la consideración del producto normativo como una genuina:

“(...) ley de bioética al final de la vida (...) los Parlamentos deben dictar normas que incidan en cuestiones de bioética”(172).

La idea de cotización del protagonismo legislativo en la autodeterminación constitucional, entonces, también remite a la de un Poder Legislativo *visible* que active una función esencial en el aseguramiento de la *cooperación pública* con miras a *movilizar el consenso y darles vida a los derechos*(173).

(169) *Diario de Sesiones*, 2012, 10ª Sesión Ordinaria, 04.04.2012, a la 17ª Sesión Ordinaria, 23.05.2012, 19ª Reunión, 16.05.2012, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo II, p. 899. Del legislador Norberto Podversich.

(170) *Diario de Sesiones*, 2012, 10ª Sesión Ordinaria, 04.04.2012, a la 17ª Sesión Ordinaria, 23.05.2012, 19ª Reunión, 16.05.2012, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo II, p. 899. Del legislador Norberto Podversich. De la misma manera se expedía el legislador Héctor Muñoz: “(...) ante el riesgo de pérdida de sincronía del trabajo parlamentario y la tarea de acompañar con el marco normativo pertinente y justo el cambio de los tiempos somos sensibles (...) a progresos y mejoras que hacen a una más justa, digna y satisfactoria existencia como sujetos individuales y como miembros de la sociedad”, cfr. *ibídem*, Tomo II, p. 901. Del legislador Héctor Muñoz, como la legisladora Liliana Olivero: “(...) es la ley la que generaliza un derecho humano para que todas las personas puedan acceder a una muerte digna”, cfr. *ibídem*, Tomo II, p. 906. De la legisladora Liliana Olivero.

(171) *Diario de Sesiones*, 2012, 10ª Sesión Ordinaria, 04.04.2012, a la 17ª Sesión Ordinaria, 23.05.2012, 19ª Reunión, 16.05.2012, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo II, p. 902. Del legislador Ricardo Fonseca.

(172) *Diario de Sesiones*, 2012, 10ª Sesión Ordinaria, 04.04.2012, a la 17ª Sesión Ordinaria, 23.05.2012, 19ª Reunión, 16.05.2012, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo II, p. 908. Del legislador Aurelio García Elorrio.

(173) HOLMES, S. “Constitutionalism, Democracy, and State Decay”, *ap.* HONGJU KOH, H. - SLYE, R.C. (eds.) *Deliberative democracy and human rights*, Yale University Press, New Haven, 1999, pp. 116 y ss.

De allí que los parlamentarios locales reivindicaran la *construcción colectiva* de la propuesta legislativa -“(…) *consensuada por todos los actores políticos que tiene representación en esta Legislatura*”- que aspiraba a regular las manifestaciones anticipadas de voluntad, en la consideración de que conllevaba “(…) *una ley tan importante para la sociedad, de tan difícil expresión en su equilibrio normativo (…)* por una *vigente actitud ciudadana de comprometida participación (…)* las leyes no sólo deben ser una *voluntad abstracta y aséptica del legislador, deben expresar una necesidad (…)* reclamada por la sociedad y una *oportunidad impostergable de legislar para normativizar su práctica*” (174). Pues, el proyecto legislativo -se insistía- debía ser el resultado de “(…) *ricos debates democráticos*” en los que los cuerpos parlamentarios reconocen el cometido de “(…) *generar y optimizar políticas públicas en materia de salud*” (175).

Desde esta perspectiva a la par de revalorizarse el *rol de los legisladores como testigos y motores del cambio social* (176), se auspiciaba una aclaración cautelosa sobre la necesidad de adoptar una solución que no remita indefectiblemente -cada vez que se plantea una cuestión de muerte digna- a la alternativa de *recurrir a la justicia* (177).

Máxime cuando ciertos monitoreos allegarían -más tarde- datos sugestivos sobre las declaraciones de voluntad anticipada: con motivo de guarismos revistados en Córdoba -durante 2015- se advertía que de 353 médicos consultados, el 68,7% desconocía todo aspecto -o revelaba un nivel de información muy bajo- relacionado con las directivas anticipadas -descontando que solamente el 1,7% respondió que tenía un conocimiento completo de ellas- (178).

(174) *Diario de Sesiones*, 2012, 10ª Sesión Ordinaria, 04.04.2012, a la 17ª Sesión Ordinaria, 23.05.2012, 19ª Reunión, 16.05.2012, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo II, p. 900. Del legislador Norberto Podversich. En este sentido, el legislador Carlos Roffé explicaba que “(…) como sociedad organizada podemos tener varias posiciones al respecto, pero tenemos que tener una decisión (…) discutida y consensuada”, cfr. *ibídem*, Tomo II, p. 905. Del legislador Carlos Roffé. También el legislador Luis Brouwer de Koning apuntaba al respecto: “(…) en el contexto de todo debate social sobre temas humanos, se pronuncian diferentes posturas que no pueden esconder la complejidad del tema”, cfr. *ibídem*, Tomo II, p. 907. Del legislador Luis Brouwer de Koning. Inclusive, el legislador Juan M. Cid figuraba la presentación de una “(…) discusión de tipo moral y ética que nos lleva a mirarnos a nosotros mismos”, cfr. *ibídem*, Tomo II, p. 911. Del legislador Juan M. Cid.

(175) *Diario de Sesiones*, 2012, 10ª Sesión Ordinaria, 04.04.2012, a la 17ª Sesión Ordinaria, 23.05.2012, 19ª Reunión, 16.05.2012, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo II, p. 906. De la legisladora María E. Caffaratti.

(176) *Diario de Sesiones*, 2012, 10ª Sesión Ordinaria, 04.04.2012, a la 17ª Sesión Ordinaria, 23.05.2012, 19ª Reunión, 16.05.2012, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo II, p. 902. Del legislador Héctor Muñoz.

(177) *Diario de Sesiones*, 2012, 10ª Sesión Ordinaria, 04.04.2012, a la 17ª Sesión Ordinaria, 23.05.2012, 19ª Reunión, 16.05.2012, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo II, p. 904. Del legislador Carlos Roffé.

(178) Proyecto de Investigación *Pedagogías ciudadanas y médicas en torno a las directivas anticipadas*, UNVM, bajo la dirección del Dr. Armando Andruet [la encuesta de marras se realizó en

Bajo tales condiciones lucían provistas las bases del diseño institucional que los promotores de la reforma legislativa -debatida a fines de 2016- habrían de imprimir a la ley 10421. Así, *v. gr.*, el miembro informante de la iniciativa legislativa explicaba al respecto -incluso, con cita del *Quinlan's case*-:

“(...) la postura ante el final de la vida y el sufrimiento es una cuestión cultural, atravesada por concepciones éticas, sociales y religiosas, que van evolucionando sobre el tiempo y sufriendo mutaciones. En la segunda mitad del siglo 20, el desarrollo de nuevas técnicas y conocimientos científicos ha llevado a que se produzca una deshumanización de la muerte, propendiendo a la simple extensión cronológica de la vida de las personas, sin detenerse en la calidad de la misma (...) empezando por el famoso caso de ‘Karen Ann Quinlan’, se han debatido ampliamente distintas situaciones de pacientes sometidos a lo que (...) llamamos encarnizamiento terapéutico, es decir, el sostenimiento de parámetros vitales mínimos de un ser humano a toda costa, sin importar la voluntad del mismo (...) venimos hoy a completar, siguiendo la voluntad de los legisladores que aprobaron la ley original, el derecho de los pacientes terminales a no ser sometidos a sufrimientos innecesarios y a la prolongación artificial de su tiempo de sobrevivencia en sus momentos finales. Pero sobre todo, nos proponemos dejar fehacientemente establecido el respeto que nuestra sociedad debe mantener sobre ciertos derechos personalísimos, sobre los cuales jamás debe primar una mirada censora, ni la opinión sesgada por posicionamientos filosófico-religiosos personales. No estamos obligando a nadie a tomar una decisión contraria a su sentir o a su pensar, sólo estamos ayudando al que tiene tomada esa decisión, al que es quien enfrenta con su cuerpo y su sentir a la enfermedad y al sufrimiento” (179).

Nuevamente los legisladores destacaban -al igual que en la anterior oportunidad- el procedimiento de deliberación colectiva debido a que, con el propósito de *“(...) humanizar esta ley y el derecho a defender vivir dignamente y morir dignamente de acuerdo a la voluntad expresa del paciente”* (180), era menester un *debate* adjetivado como *rico* y *apasionado* (181) y hasta de *amplio* y *profundo* sobre el deseo de las personas a decidir

noviembre de 2015 entre profesionales de entre 24 y 40 años, de diversas especialidades. El 56% eran mujeres y 44%, varones. El 84% son residentes en la ciudad de Córdoba, y el resto en el interior provincial].

(179) *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, pp. 4374-4375. Del legislador Ricardo Vissani. En este sentido, el legislador Adolfo Somoza consignaba: *“(...) desde una visión antropocéntrica, elijo (...) los derechos inalienables de los pacientes de dejar de sufrir, de elegir su muerte digna”*, *ibídem*, Tomo VII, p. 4384. Del legislador Adolfo Somoza.

(180) *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, p. 4380. De la legisladora Verónica Gazzoni.

(181) *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, p. 4385. Del legislador Daniel A. Passerini.

sobre su cuerpo y su vida en caso de enfermedades terminales (182), que discurriera a través de un *tratamiento muy considerado con respecto a todas las opiniones* (183) en mérito de un *proceso de discusión y consulta* -ligado a *concepciones de fondo*- sobre un *tema complejo o tabú* -en cuyo contexto debe primar *el respeto de las posiciones sostenidas* por cada uno de los partícipes-, aunque -finalmente- debiera zanjarse por una decisión mayoritaria (184).

Tales exposiciones evocan el foco del argumento waldroniano encauzado hacia el reconocimiento de la autonomía moral de las personas y el pluralismo para la observancia de los derechos fundamentales, derivando que la regla de la mayoría es el mecanismo procedimental de decisión colectiva más respetuoso para definir cuestiones básicas del sistema democrático -*v. gr.* qué derechos reconocer, a quiénes y con qué alcance- (185); en rigor, el discurso tiende a denotar que si los desacuerdos sustanciales -*fact of disagreement*- respecto del contenido y forma de las libertades constitucionales son inevitables en sociedades políticamente maduras, a su vez apoyadas en el principio de igualdad, la definición de las cuestiones más importantes que la dividen no encuentra en los jueces un mejor mecanismo de resolución que el de la Legislatura, pues los tribunales también están divididos por desacuerdos profundos y deciden a través de la regla mayoritaria (186).

Incluso, los registros precedentemente glosados en los anales legislativos locales permitirían explicar la trascendencia de la práctica provincial que decantara con la sanción de las leyes 10058 y 10421, puesto que pareciera insinuarse -también para los estudiosos del constructivismo constitucional- no sólo el refuerzo y aseguramiento de libertades *procedimentales*, sino -además- de libertades *sustantivas*, respecto de las cuales la Constitución impone la obligación de *tomarla en serio* por parte de las Legislaturas, funcionarios ejecutivos, juristas, ciudadanos, etc. -amén de los magistrados judiciales- cuanto de *considerar conscientemente sus implicaciones* para las acciones que concretizan sus estipulaciones normativas (187).

(182) *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, p. 4380. De la legisladora Marcela Tinti.

(183) *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, p. 4380. Del legislador Eduardo Salas.

(184) *Diario de Sesiones*, 2016, 39ª Sesión Ordinaria, 01.12.2016, a la 43ª Sesión Ordinaria, 28.12.2016, 48ª Reunión, 21.12.2016, Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Tomo VII, p. 4383. De la legisladora Liliana Montero.

(185) WALDRON, J. "A Right-based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, Vol. 13, p. 18.

(186) WALDRON, J. *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 1 y ss., 255 y ss., 282 y ss.; ídem, "The Core of the Case Against for Judicial Review", *Yale Law Journal*, 2006, Vol. 115, p. 1346.

(187) FLEMING, J. E. *Constructing the Substantive Constitution*, Tex. L. Rev., 72 (1993) 292, precisando que los portavoces de la teoría constructivista auspician una concepción interpretativa

Es de suponerse que esta última pretensión reconozca como hilo conductor que los tribunales de justicia no son las *voces exclusivas de la razón pública* ni el *único foro de los principios*, de la misma manera que procure persuadir la necesidad de *reconsiderar* las imágenes demasiado *devaluadas* de la legislación como asimismo las -también-demasiado *glorificantes* de la adjudicación constitucional por los jueces (188). O bien, que también conduzca a la prevención en orden a que, en la conformación del canon constitucional operacional al que acuden los intérpretes en la argumentación de la norma de base, los *superprecedentes judiciales* no son la invariable manera de transformar los valores constitucionales de la era moderna, pues otro camino implica su normativización en *leyes estandarte* o *estatutos claves o cruciales -landmark statutes-* que descubren -a través de ciclos- una realidad central de la Constitución viva al expresar los principios básicos del nuevo régimen, asumir compromisos -sociales, políticos, económicos, etc.- con valencias fundamentales -en materia de igualdad, libertad, debido proceso, etc.-, impulsar la dinámica institucional, integrar el legado constitucional evolutivo que se transmitirá a generaciones futuras, etc. -hasta, en algunos casos, de modo funcionalmente equivalente a enmiendas constitucionales- (189).

Por lo demás, descontando la virtualidad de los principios *legislativo* y de *adjudicación* propios de la visión interpretativa del Derecho como integridad -de conformidad con el primero los legisladores deben procurar la elaboración de un set total de leyes moralmente coherentes con los principios subyacentes a la moralidad política de una comunidad, mientras que con arreglo al segundo se instruye a los jueces a determinar lo que es la ley, como sus exigencias, de conformidad con una comprensión coherente, tanto como sea posible, de tales principios- (190), resta una cuestión -exorbitante, por cierto, del objeto de la presente entrega-: la idea de autodeterminación -y con ella la del autogobierno democrático- es -al margen, de su potencia emocional- tan poderosa como políticamente misteriosa: *v. gr.*, ¿por qué soy libre, cómo puede pensarse que me gobierne a mí mismo?, ¿cuándo debo obedecer lo que otras personas deciden por mí, incluso si pienso que es erróneo o poco inteligente o injusto para mí y mi familia?, ¿qué

en torno a *qué* es la Constitución, *cómo* debe ser interpretada y *quién* se desempeña como su autoridad interpretativa.

(188) FLEMING, J. E. "Constitution Outside the Courts", *Cornell L. Rev.*, 86 (2000), p. 249.

(189) ACKERMAN, B. "The Living Constitution", *Harvard Law Review*, 2007, Vol. 120, pp. 1738 *et seq.*, si bien el *Sterling Professor* de la Universidad de Yale aduce que estos últimos -entre los que identifica, *v. gr.*, la *Social Security Act* como la *National Labor Relations Act* de 1935, la *Administrative Procedure Act* de 1946, la *Civil Rights Act* de 1968, etc. - merecen un lugar gravitante en el canon constitucional moderno, explica que su respuesta afirmativa no es nada nueva: "(...) de manera más notoria, Abraham Lincoln alegó repetidamente que al Compromiso de Missouri debía serle otorgado un status 'sagrado' comparable a la Constitución misma. Durante el siglo XX, una serie importante de escritores ha llamado a la profesión a moverse más allá del tratamiento escéptico de la legislación del Common Law, y a tratar a los estatutos más importantes, como lo pone el Juez Stone, como 'una fuente de Derecho, y una premisa para el razonamiento legal'".

(190) DWORKIN, R. M. *Law's Empire*, cit., p. 176.

diferencia puede establecer la cantidad de personas que piense que una decisión es correcta e inteligente y justa si no es necesario que yo lo piense?, ¿qué tipo de libertad es ésta?, ¿qué es lo que puede significar la pertenencia genuina a una comunidad política?, ¿en qué sentido puede ser el acto colectivo de un grupo el acto de cada miembro?, etc. La respuesta a estas preguntas enormemente difíciles apela al lector a profundizar otro inquietante problema: el atinente a la concepción comunal de la acción colectiva (191).

V. Algunas consideraciones de cierre: ¿afianzando genuinamente el espacio constitucional subnacional?

13. A pesar de la percepción regular de la ciudadanía en orden a que el Derecho Constitucional invariablemente remitiría al texto de la Constitución federal -y hasta incluso, al sustancioso cuerpo de decisiones judiciales que lo interpretan-, lo cierto es que los habitantes de un sistema federativo viven bajo la égida de -al menos- dos pilares constitucionales -en la que uno ha tendido a eclipsar (*overshadow*) al otro- (192): de un lado, el gobierno nacional o central, del otro flanco, el gobierno estadual o local, bajo cuyos territorios moran habitualmente -sin perjuicio de que aquellos que transitan o residen temporalmente en dos o más Estados, incluso en el espacio de naciones extranjeras, lleguen a encontrarse sometidos a la jurisdicción de constituciones adicionales- (193).

De allí que no ha sido infrecuente la inclinación de los expertos -normalmente versados en el análisis de las problemáticas en las que desaguan los productos normativos del constitucionalismo estadual o provincial- hacia el trance de determinar la cantidad y calidad espacio constitucional subnacional -*subnational constitutional space*- habilitado por la Constitución federal a las entidades federadas para el desarrollo de la plenitud institucional que constitucionalmente les corresponde (194).

(191) DWORKIN, R. M. *Freedom's Law...*, cit., pp. 21 y ss., discutiendo la premisa mayoritarista que insiste en que un asunto de importancia moral se pierde o se compromete cada vez que una decisión política contradice lo que la mayoría de los ciudadanos preferiría o juzgaría correcto si reflexionara en base de información adecuada.

(192) HAWKINGS, R. B. "Preface" *ap. States Constitutions in the Federal System*, Advisory Commission of Intergovernmental Relations -ACIR-, Washington, A-113 (1989) II-III, reseñando que si bien las constituciones estaduales se presentan como importantes documentos de gobierno democrático, su trascendencia bien puede incrementarse si su rol en la estructura de la federación se entiende apropiadamente -incluso, una apreciación renovada del Derecho Constitucional subnacional resulta vital para el restablecimiento de un mejor balance entre la autoridad central y local en un régimen federativo-, de modo que: "(...) la fortaleza del pilar constitucional estadual es esencial para proteger la integridad constitucional del sistema federal".

(193) LEVINSON, S. V. *Framed: America's 51 Constitutions and the Crisis of Governance*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2012, p. 29.

(194) WILLIAMS, R. F. - TARR, G. A. "Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, Länder, and Cantons", *ap. WILLIAMS, R. F. - TARR, G. A. - MARKO, J. (eds.) Federalism, Subnational constitutions and minority rights*, Westport: Praeger Publishers, 2004,

La búsqueda del equilibrio, entonces, ha sido, es y será una constante de la estructura política que se conoce como federalismo. Pedro de Vega García ha prevenido sobre la necesidad de evitar despeñar en un *Derecho Constitucional de situación* -impotente para combinar las trayectorias de simetría *vs* asimetría, sinergia *vs* entropía, normatividad *vs* normalidad, etc., que habitualmente alberga la descentralización territorial que conlleva el federalismo- (195).

Esta opción metodológica resultaba -por cierto- de una claridad meridiana en la matriz jeffersoniana de la democracia como equivalente -y hasta un genuino *avatar*- de la gobernabilidad a través de centros de autoridad política de carácter local, pues el *buen gobierno de los ciudadanos* impedía que su *gestión recayera únicamente en una sola autoridad* (196). No luce curioso, entonces, que el ideario de Thomas Jefferson ilustrara los aportes de aquellos teóricos federales que -en estadios más próximos- también destacan la importancia de la *conexión entre federalismo y democracia*, a través del concepto de *cultura política* -al que se vincula el de *cultura federal*- (197).

Muchos de los contenidos expuestos en los puntos anteriores -aún los de cuño comparatista, pues la atención hacia las enseñanzas que se pueden obtener de otras experiencias constitucionales puede ayudar a los operadores de la Constitución doméstica de diferentes formas (198)- se orientan principalmente a sugerir contribuciones al debate sobre el derecho a morir con dignidad y ampliar, así, la comprensión de los usos argumentativos que lo guían.

En suma, el constitucionalismo subnacional -pregona G. Alan Tarr- no existe aisladamente -*do not exist in isolation*-, pues resulta influenciado en la estructura y contenido de sus preceptos, como en los cambios que ha instrumentado, por los desarrollos constitucionales sustanciados más allá de las fronteras de sus Estados -en particular,

pp. 13-14. *Vide etiam* WILLIAMS, R. F., "Teaching and Researching Comparative Subnational Constitutional Law", *Penn State Law Review*, 2011, Vol. 15 pp. 1109-1132.

(195) DE VEGA GARCÍA, P. "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *REP*, 100 (1998) 13-56, pues lo que el Derecho Constitucional en ningún caso puede hacer -arguye el Profesor de la Universidad Complutense de Madrid- *es renunciar a plantearse el aquí y el ahora*.

(196) JEFFERSON, T. "The Papers of Thomas Jefferson", OBERG, B. B. (ed.), Princeton University Press, Princeton - Oxford, Tomo 32, 1 June 1800 to 16 February 1801, 2005, pp. 95 y ss.

(197) DUCHACEK, I. *Comparative Federalism*, University Press of America, Lanham, 1987, pp. 9 y ss.

(198) La *vis atractiva* del método comparado en el terreno del federalismo -al menos, desde que William Riker en 1964 observara críticamente la calidad de los trabajos hasta entonces divulgados por los expertos (RIKER, W. *Federalism. Origin, operation, significance*, Little Brown & Co., Boston, 1964, pp. 157 y ss.)- se ha desenvuelto notablemente en la actualidad, con el objetivo de discernir -según lo explica Daniel J. Elazar- si las normas y prácticas que lo implementan resultan *especiales, únicas, diferentes*, etc., o, si, por el contrario, se perciben *puntos de semejanza con otros sistemas federales*, cfr. ELAZAR, D. J. *Exploración del federalismo*, Hacer, Barcelona, 1990, p. 298.

a través de *influjos interestatales*- (199). A la par, Robert S. Williams ha demostrado ampliamente que el estudio del constitucionalismo estadual descubre sugestivos dilemas interpretativos -*interpretative dilemmas*- que no son menos interesantes que los generados por el documento constitucional nacional; en ciertas hipótesis estas disyuntivas hermenéuticas involucran características *exclusivas* de los ordenes jurídicos subnacionales mientras que en otras envaran desafíos fascinantes planteados por la presencia de soluciones *similares* en el Derecho federal -ocasionalmente con el mismo lenguaje- en orden a la protección de derechos fundamentales (200) -propiedad, por cierto, que no descarta la posibilidad de un margen de independencia interpretativa por parte de los operadores jurídicos de la Constitución provincial-, o bien, de la circulación de definiciones interpretativas a través sus sistemas jurídicos que invitan a descubrir tramos de *convergencia*, mezcla o combinación de lo elementos en los que aquéllas se sustenta.

14. Con este enclave, si se repara en el *principio federal* como unidad de medida consistente -de estar al trabajo pionero de Kenneth Wheare- en el *método de reparto de poderes de modo que los gobiernos generales y locales se ubiquen respectivamente dentro de un espacio coordinado y a la vez independiente* (201), pueden allegarse sobre el tópico que hasta aquí ha convocado la atención del lector las siguientes observaciones de clausura:

V.I. La legislación dictada por el Congreso de la Nación en materia de muerte digna y directivas médicas anticipadas -artículos 59 y 60 del Cód. Civ. y Com. y ley 26529- contiene algunas normas que integran el dominio del Derecho Común, pero en su gran mayoría regulan aspectos de Derecho Público, más específicamente cuestiones relativas al poder de policía y fijación de políticas en materia de salud.

V.II. Sólo las primeras, que en principio parecen reducirse a la regulación de las manifestaciones anticipadas de voluntad y de la decisión de negarse a la ejecución de ciertos procedimientos terapéuticos -forma, contenido y sujetos legitimados para expresar esa opción vital-, integran claramente el ámbito del Derecho Común y pueden considerarse insertas dentro del cupo de poderes delegados al gobierno federal; las demás normas, al emplazarse en el terreno del Derecho Público, determinan -como regla- el reconocimiento de competencia provincial.

V.III. Los gobiernos provinciales titularizan atribuciones constitucionales con miras a reglar el ejercicio de los derechos fundamentales dentro del ámbito de sus competencias constitucionales, como lo es lo relativo al poder de policía en materia de salud.

(199) TARR, A. G. *Understanding State Constitutions*, Princeton University Press, Princeton, 2000, p. 29.

(200) WILLIAMS, R. F. *The Law of American State Constitutions*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2009, pp. 195-232, 261-263 y 403-404.

(201) WHEARE, K. *Federal Government*, Oxford University Press, Oxford, 1963, p. 11.

V.IV. El gobierno federal también detenta atribuciones concurrentes -por ende, no exclusivas ni excluyentes- con el propósito de regular las materias referidas.

V.V. El sistema federal de reparto de competencia que adopta la Constitución Nacional exige interpretar restrictivamente el ámbito de atribuciones del nivel de gobierno central y con amplitud de criterio el atinente a las provincias.

V.VI. En el caso -como acontece en la hipótesis de las normativas que nos ocupa- que existieren puntos de divergencias sustanciales en las regulaciones que incumben al poder de policía, parece indiscutible que la resolución del conflicto normativo ha de zanjarse por aplicación de la directiva interpretativa *pro homine, pro personae* o *in favor libertatis, i.e.*, confiriendo prioridad a la norma que otorgue la mayor dosis de tutela y amparo a la dignidad de la persona humana.

V.VII. En la conjetura de que la cuestión involucrare más de un derecho, ha de dirimirse por aplicación del principio hermenéutico precedentemente mencionado para los supuestos de conflictos de derechos, procurando su armonización, evitando que el juicio exegético circunstancial que conduzca a la realización de uno suprima por completo al otro y -en última instancia- haciendo una razonable ponderación de jerarquías, en la que -de estar a las lecturas jurisprudenciales y doctrinarias- el derecho a la vida descubre rango fundante, básico y necesario para la realización de los demás.