

*Perspectiva jurídica de la eutanasia**

Por María I. Dabove

1. Introducción: definiciones preliminares

El objetivo central de este trabajo consiste en esbozar algunas *reflexiones jurídicas* alusivas a una de las problemáticas bioéticas más debatidas en nuestro tiempo: la *eutanasia*, puesta de manifiesto a partir de los asombrosos avances logrados en el campo de la biotecnología, la medicina y la farmacología durante el siglo XX. Por ello, a los fines de su desarrollo nos parece conveniente comenzar precisando el alcance de dos conceptos, que funcionarán como marcos teóricos referentes de la exposición. Uno de ellos es el de eutanasia, para lo cual acudiremos a los aportes teóricos de la bioética y la filosofía general. Mas la otra definición igualmente importante en este debate, se refiere al término mismo de derecho.

En este sentido, la palabra “derecho”, tanto como la de “eutanasia”, resultan altamente conflictivas pues, su comprensión se halla unida a las diversas perspectivas filosóficas y culturales en juego. Al tiempo que, el uso de aquellos términos que esta comprensión permita, incide de manera directa en la toma de decisiones sobre los conflictos planteados. En suma, según lo que entendamos por eutanasia y por derecho serán, entonces, los caminos que adoptemos para la solución de controversias al respecto¹.

En relación con el significado de la palabra eutanasia (del griego “eu”: buena; “tánatos”: muerte), la perspectiva bioética nos indica que ella, puede ser definida como el *proceso de anticipar la muerte de una persona que padece una enfermedad irreversible y que, por su causa, vive en condiciones vitales muy precarias, en el plano físico, psíquico y moral, que pueden ser clasificadas como indignas de su humanidad*². Este proceso de aceleración del fallecimiento del enfermo terminal se genera

* Extraído del artículo publicado en “Zeus”, 2002, t. 89, n° 6990/91/92, p. 2 y siguientes. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ En relación al problema de la multivocidad de las palabras en el mundo jurídico puede verse, entre muchos otros: Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987, p. 30 y ss.; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Panorama trialista de la filosofía del derecho en la post-modernidad*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 20, 1997; *Lecciones de historia de la filosofía del derecho*, Rosario, FIJ, 1994; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, “Metodología Jurídica”, Rosario, FIJ, 2000; Prieto Sanchis, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987; Santos Camacho, Modesto, *Ética y filosofía analítica*, Pamplona, Eunsa, 1975; Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 2ª ed., tr. E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992; Klug, Ulrich, *Consideraciones sobre las definiciones semánticas en derecho*, en “Derecho, filosofía y lenguaje”, Bs. As., Astrea, 1976, p. 89 y ss.; Carrió, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Bs. As., Astrea, 1973; *Notas sobre derecho y lenguaje*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1979; Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1998; *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994; Guibourg, Ricardo, *Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral*, México, Fontamara, 1997.

² Peces Barba, Gregorio, *La eutanasia desde la filosofía del derecho*, en Ansuátegui Roig, Francisco J. (coord.), “Problemas de la eutanasia”, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, 1999, p. 17 y siguientes.

a partir de la presencia de dos elementos: 1) la ayuda –por acción u omisión– de terceras personas, sin las cuales no podría producirse el deceso; 2) el cumplimiento de una finalidad: hacer el bien al paciente moribundo, liberándolo –al decir de Peces Barba– *del dolor y de sufrimientos y dificultades que resultan extremas e insuperables* (encarnizamiento terapéutico)³.

Dentro de este enfoque, asimismo, cabe recordar que se han elaborado algunas distinciones interesantes que nos permiten recortar un poco más el objeto de estudio, tales como las derivadas de la discriminación entre eutanasia, distanasia y ortotanasia. La *distanasia*, por ejemplo, ha sido definida como *aquella actividad humana destinada a alargar o prolongar la vida del enfermo terminal, aún bajo el riesgo de utilizar tratamientos que resulten extraordinarios, configurando situaciones de encarnizamiento terapéutico*. En cambio, cuando utilizamos la expresión *ortotanasia*, haremos referencia a la idea del “correcto morir”, del “buen morir” o “morir con dignidad”⁴. Entre la eutanasia y la ortotanasia existen diferencias sutiles. Para Gafo la ortotanasia *tiene el sentido de la muerte a su tiempo, sin abreviaciones tajantes y sin prolongaciones desproporcionadas del proceso de morir*. Ésta se diferencia de la eutanasia *...en el sentido de que no pretende poner término a la vida del paciente. El médico no tiene intención de acabar rápidamente con la vida del enfermo, aunque determinados calmantes pudiesen tener también la consecuencia de una abreviación de la existencia*⁵. En suma, la ortotanasia permitiría poner fin a la ejecución de tratamientos que pueden ser calificados como desproporcionados, en relación con los resultados que se lograrían para mejorar la vida del paciente, respetando su integridad física y moral. Mas, no habilitaría para realizar ningún tipo de acción que apresurara el proceso de muerte de manera voluntaria y directa por parte del médico actuante.

Ahora bien, este tipo de clasificación referida a situaciones conectadas con el final de la vida nos lleva a repasar otra, quizás aún más difundida que la anterior. En este sentido, la eutanasia también puede ser categorizada como voluntaria, involuntaria y no voluntaria; o bien como eutanasia activa y pasiva⁶. En la *eutanasia voluntaria*, el proceso de aceleración de la muerte se lleva a cabo *a petición de la persona que se va a morir*⁷. Mientras que, la *eutanasia involuntaria* se desarrolla cuando *la persona a quien se da muerte tiene capacidad para consentir en su propia muerte, pero no lo hace; ya sea porque no se le pregunta, o porque se le pregunta y escoge seguir viviendo*⁸. En los casos de eutanasia no voluntaria, nos encontramos con que el paciente no es capaz de comprender la elección entre la vida y la muerte en-

³ Peces Barba, *La eutanasia desde la filosofía del derecho*.

⁴ Fernández García, Eusebio, *Dignidad humana y eutanasia*, en Ansuátegui Roig, Francisco J. (coord.), “Problemas de la eutanasia”, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, 1999, p. 37 y siguientes.

⁵ Gafo, Javier, *Diez palabras clave en bioética*, Estella, Editorial Verbo Divino, 1993, p. 99 y ss.; citado por Fernández García, *Dignidad humana y eutanasia*, p. 36.

⁶ Singer, Peter, *Ética práctica*, 3ª ed., tr. M. I. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1991, p. 161 y siguientes.

⁷ Singer, *Ética práctica*, p. 162. Y también: Medina, Graciela - Leal de Ibarra, Javier, *El derecho a una muerte digna*, JA, 1997-I-925 y siguientes.

⁸ Singer, *Ética práctica*, p. 163; Medina - Leal de Ibarra, *El derecho a una muerte digna*, JA, 1997-I-925 y siguientes.

contrándose pues, imposibilitado para consentir. Tal sería el caso de pacientes que presentan graves trastornos psicofísicos que afectan su estado de entendimiento⁹.

Por último, la *eutanasia* es *activa* cuando la muerte se produce por el obrar directo de un tercero, verbigracia, administrando alguna droga letal (eutanasia propiamente dicha). Se la considera *pasiva*, en cambio, cuando se da por terminado el uso de cualquier medio excepcional empleado con el objeto de mantener con vida a una persona en estado vegetativo –por ejemplo, desconectando el respirador– (ortotanasia)¹⁰. Sobre estas categorías volveremos más adelante, puesto que revisten importancia a los fines jurídicos. Así, pues, nos parece conveniente dedicar ahora un espacio de tiempo para definir sucintamente “qué es el derecho”, de modo tal que luego podamos observar el alcance de las vinculaciones entre ambos campos.

Determinar qué se entiende por derecho no es tarea sencilla. Como sabemos, numerosas son las respuestas y justificaciones dadas al respecto. Sin embargo, simplificando la cuestión, es posible reconocer al menos, tres posturas claras. Algunos sectores jurídicos sostienen que el término derecho es sinónimo de “norma” o regla de conducta (reduccionismo normológico). Otros, en cambio, afirman que por derecho sólo cabe comprender principios de “justicia” (reduccionismo axiológico). En tanto que una tercera corriente señala, por su parte, que el derecho es en definitiva, lo que los “jueces” dicen que es, a través de sus sentencias y resoluciones concretas (reduccionismo sociológico)¹¹.

Las tres concepciones mencionadas se sustentan en el marco de perspectivas filosóficas distintas. La primera suele denominarse *positivismo normológico* y está vinculado a un enfoque racionalista y lógico del mundo jurídico, cuya raíz primera quizás pueda ser ubicada en el movimiento iluminista del siglo XVIII europeo. Entre los representantes más destacados de nuestro tiempo es menester recordar, especialmente, al jurista Kelsen y a sus compañeros del Círculo de Viena. La segunda postura, en tanto, forma parte de las escuelas *ius-naturalistas*, cuyos orígenes se remontan a la antigüedad, pero sus expresiones más acabadas se desarrollarán en la Edad Media, a través de la Patrística y la Escolástica latina. En este caso, se considera que el derecho positivo –es decir, el derecho que el ser humano produce– sólo tendrá validez si su contenido responde a las exigencias derivadas del ámbito del “derecho natural”, de la moral o recta razón. Ello es así puesto que sólo en este plano es posible detectar cuáles son los derechos innatos, inalienables del hombre y los criterios de justicia que los sustentan. Ejemplos de esta afirmación lo constituyen el derecho a la vida, a la igualdad, la libertad, la propiedad, la seguridad.

⁹ Singer, *Ética práctica*, p. 164.

¹⁰ Fernández García, *Dignidad humana y eutanasia*, p. 34 y siguientes.

¹¹ Al respecto puede consultarse, entre muchos otros: Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª ed., Bs. As., Eudeba, 1997; Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*; Ciuro Caldani, *Panorama trialista de la filosofía del derecho en la postmodernidad*; *Lecciones de historia de la filosofía del derecho*; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*; Nino, *Introducción al análisis del derecho*; *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1989; Guibourg, *Deber y saber*; Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, tr. E. Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966; Dabove, María I., *Conexiones entre política y derecho: hacia una teoría del uso de las fuentes formales en la elaboración de normas*, “Investigación y Docencia”, n° 34, Rosario, FIJ, 2001, p. 67 y ss.; Ansuátegui Roig, Francisco J., *Las definiciones del Estado de derecho y los derechos fundamentales*, “Sistema”, n° 158, 2000, p. 91 y ss.; *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Madrid, Dykinson, 1997.

La tercera posición, desarrollada a lo largo del siglo XX en el seno del realismo jurídico norteamericano y escandinavo, muestra a su vez, un perfil del derecho de neto corte sociológico. Razón por la cual puede decirse que este realismo: o bien se desarrolla como positivismo sociológico; o bien como pragmatismo. A esta postura, entonces, le resulta imposible configurar un concepto de derecho en abstracto, desconectado de la realidad social, del juego de los factores de poder, de las preferencias y posibilidades económicas de los ciudadanos a los que va dirigido ese derecho. Por este motivo, para definirlo apelan al decir de un operador jurídico clave: el juez. El derecho es lo que los jueces dicen que es, puesto que en ellos, la sociedad encuentra al órgano institucional encargado de establecer la última palabra en materia de resolución de conflictos.

Ahora bien, la perspectiva iusfilosófica que vamos a tomar como referencia en este tema, por contraposición a las anteriores, parte de una visión integradora del mundo jurídico, en la cual “hechos, normas y principios de justicia” ocupan un lugar por igual en él. La teoría trilateral del derecho citada ha sido fruto de Goldschmidt.

Mas, en la actualidad, se ha enriquecido gracias a los aportes de Ciuoro Caldani. Así, pues, en términos trilateralistas, cuando hablamos de derecho queremos hacer referencia a tres elementos integrados: a las normas; a todo aquello que la realidad social califique de jurídico, ya sean jueces, particulares o la sociedad en su conjunto, sus operadores; así como también a la justicia, en tanto principio orientador para la elaboración de normas y la solución de controversias¹².

2. ¿Existe un derecho a morir?

En función de este marco teórico tridimensional, la problemática jurídica de la eutanasia se manifiesta como un fenómeno verdaderamente complejo, en cuyo seno se advierten los planos de análisis normológico, sociológico y axiológico antes apuntados. Dentro de este campo de trabajo, muchas son las preguntas que se nos presentan. Así, por ejemplo, en un panel interdisciplinario organizado por la Escuela de Posgrado de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario en noviembre de 2001 sobre: *Dilemas éticos al final de la vida. La eutanasia y los cuidados paliativos* –que da origen a este trabajo–, se planteaban estas inquietudes: ¿existe un derecho a morir?; ¿qué significa decir que se tiene un derecho a solicitar (decidir) la muerte? Los cuidados paliativos ¿constituyen una alternativa o un complemento? ¿Cuáles son los límites de la autonomía personal? ¿Cuáles son los riesgos a los que se expone a la gente en estos casos? ¿Cuáles serán las consecuencias sociales si se aprueban leyes que regulen el derecho a morir? ¿Cuál será el efecto en los médicos y en el imaginario social? ¿Es compatible la muerte asistida por médicos con la integridad profesional?¹³

¹² Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*; Ciuoro Caldani, Miguel Á., *Derecho y política*, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, t. I a III, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-82; *Perspectivas jurídicas*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; *Estudios jusfilosóficos*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; *Panorama trilateralista de la filosofía del derecho en la postmodernidad; Lecciones de historia de la filosofía del derecho; La conjetura del funcionamiento de la norma. Metodología jurídica*.

¹³ Agradecemos la oportunidad de participar como panelista del foro mencionado, brindada por la Escuela de Graduados de la Facultad de Psicología citada. Intervinieron también en la mesa re-

Sin embargo, de esta extensa red de interrogantes, hay uno que despierta especialmente nuestro interés: en el mundo jurídico *¿es posible sostener la existencia de un derecho a morir?* Y, en su caso, ¿cuál sería el alcance de su reconocimiento desde la perspectiva tridimensional anteriormente reseñada? Adelantamos desde ahora que nos resulta difícil sostener una respuesta favorable al reconocimiento de un derecho a morir. Es más, al respecto coincidimos con la hipótesis planteada por Ritvo en ocasión de la mesa redonda anteriormente citada, al señalar la falta de sentido que encierra la expresión “derecho a morir”. En efecto, con ella se hace referencia a la vigencia de un derecho subjetivo que tiene por objeto un bien (¿bien?) –la “muerte”– que resiste todo tipo de registro humano –ya sea en forma consciente o inconsciente–, a partir del cual la persona pueda elaborar un concepto posterior a su vivencia. Quizás por ello puede decirse *que la muerte parece constituir un dilema infinito para cada uno y para la humanidad*. ¿Qué es la muerte? O sólo pregunta; o sólo respuesta, que se elaboran a partir de inferencias basadas en elementos del imaginario cultural; o bien, en perspectivas religiosas. Es, por ello, la apertura total al misterio de la existencia¹⁴.

Frente a estas circunstancias, ¿es posible, entonces, afirmar la existencia de un derecho a morir, toda vez que el objeto de este derecho no puede ser conceptualizado por el ser humano, toda vez que este objeto carece de contenido asequible y comunicable? Si la muerte es un dilema, ¿cómo podremos sostener la vigencia de un derecho anclado en un interrogante irresoluto, en un objeto que se caracteriza, precisamente, por su indefinición? Ahora bien, si no cabe la posibilidad de admitir la existencia de un derecho a morir, tendremos que interrogarnos entonces acerca de los elementos u objetos que sí podrían sostener a la eutanasia como institución jurídica legítima. Tres elementos, se nos ocurren, podrían llegar a funcionar como pilares de la eutanasia: la libertad, la vida y la integridad física y moral. Objetos éstos que, fusionados en el caso, darían lugar al reconocimiento de un derecho humano y personalísimo a la libertad de elegir (preferir) y decidir (resolver) qué, cómo y hasta dónde o cuándo vivir aplicable, en caso de padecer enfermedades terminales¹⁵. O bien, dicho en términos más sencillos y sintéticos, permitirían el juego del derecho a la disposición del propio cuerpo. Veamos con más detenimiento esta hipótesis, verificando su viabilidad y alcance en el marco de las herramientas ofrecidas por nuestro derecho, desde el enfoque tridimensional ya presentado¹⁶.

donda: el oncólogo doctor Hugo Fornells –quien desarrolló la perspectiva médica–; la óptica filosófica fue desplegada por el licenciado Francisco Parenti; el enfoque bioético estuvo a cargo de la doctora Liliana Fanucchi y el encuadre psicoanalítico por el licenciado Juan B. Ritvo.

¹⁴ Dabove, María I., *Los derechos de los ancianos*, Bs. As. Ciudad Argentina, 2002, p. 25 y ss.; Nagel, Thomas, *La muerte en cuestión. Ensayos sobre la vida humana*, tr. C. Valdés, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 19 y ss.; Cifuentes, Santos, *Reflexiones jurídicas sobre la muerte: justificación del suicidio asistido y de la eutanasia (Crítica a las mitologías y supersticiones morales y legales)*, JA, 1998-A-131 y siguientes.

¹⁵ Machado Pelloni, Fernando M., *El médico, el paciente y el derecho a una muerte digna (Introducción a un análisis liberal-restrictivo)*, JA, 1999-III-792 y siguientes.

¹⁶ Ciuro Caldani, *Muerte, cultura y derecho*, “Investigación y Docencia”, n° 8, 1988, p. 37 y ss.; *La persona en el derecho penal argentino*, “Investigación y Docencia”, n° 7, 1988, p. 23 y ss.; *La vida, referencia última de la legitimidad de un régimen*, “Investigación y Docencia”, n° 10, 1989, p. 23 y ss.; *Las referencias al ser y a la vida, orientaciones últimas para la integración*, “Investigación y Docencia”, n° 17, 1990, p. 65 y ss.; *Eutanasia*, “Investigación y Docencia”, n° 22, 1994, p. 23 y ss.; *La construcción de la persona, el tiempo y la materia del derecho privado (El derecho privado en la compleji-*

3. Análisis ius-normológico

Desde la perspectiva normológica es menester señalar que, en nuestro ordenamiento jurídico no existen normas generales expresamente referidas a la eutanasia, así como tampoco encontramos consideraciones relativas a la vigencia de un derecho a morir. Así, en nuestra Constitución nacional, en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) y en la Constitución provincial de Santa Fe¹⁷ es posible reconocer textos conectados con la eutanasia de modo muy amplio, puesto que abordan la protección de bienes jurídicos sobre los cuales se generan situaciones eutanásicas. Entre ellos:

a) *El derecho a la vida.* Const. nacional. Abolición de la pena de muerte por causas políticas, los tormentos y azotes (art. 18). La vida no puede quedar a merced del Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales (art. 29); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6); Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (arts. 1, 2 y 4); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. 3); Cód. Penal (art. 7) el Estado reconoce a la persona su eminente dignidad y todo el poder público está obligado a respetarla y protegerla. El derecho a la vida funciona estrechamente vinculado al siguiente derecho.

b) *El derecho a la salud.* Const. nacional. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud (art. 42); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 7; 10, inc. 3; 12, incs. 1 y 2 a, b, c, d); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19, inc. 3 d); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, inc. e IV); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 11, inc. f y 12, inc. I); Cód. Penal (art. 19) tutela de la salud como derecho individual y colectivo.

c) *El derecho a la integridad física y seguridad personal.* Const. nacional. Quedan abolidos los tormentos y azotes. Las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo (art. 18). Si el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado, fuera la libertad física, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor (art. 43). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3 y 5); Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 5, inc. 1; 6, inc. 2; 17, inc. 1); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultura-

dad personal, temporal y material), "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 25, 2001, p. 37 a 48.

¹⁷ En este sentido cabe mencionar: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 (de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

les (arts. 10, inc. 2; 12); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 7, 8, inc. 3a; 9); Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. 11, incs. b y c); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 3 y 5, inc. b); Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (arts. 2; 4; 11 y 16); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 6; 11, inc. 1f, 2d); Cód. Penal (art. 9) queda proscrita toda forma de violencia física sobre las personas sometidas a privación de la libertad.

c) *El derecho a la intimidad o privacidad* (cuya admisión permite enmarcar más claramente el ejercicio de los derechos anteriores). Const. nacional. Es inviolable la correspondencia epistolar y los papeles privados (art. 18). Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados (art. 19); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 5 y 10); Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11, inc. 2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17); Cód. Penal. Es inviolable el secreto de correspondencia (art. 10). Derecho a la libre profesión de su fe religiosa en forma privada (art. 12).

d) *El derecho de libertad de expresión*. Const. nacional. Derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (art. 14). No se dictarán leyes que restrinjan la libertad de imprenta (art. 32). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 4); Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19); Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 13 y 14); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, inc. d VII)

e) *El derecho a la igualdad ante la ley*. Const. nacional. Todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley (art. 16). Igualdad de derechos en diferentes provincias (art. 18). Los extranjeros gozan de iguales derechos que los ciudadanos (art. 20); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2); Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 1, 2, 7 y 16) Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1; 17, inc. 5; 24); Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2; 3; 24; 26 y 27); Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. 4); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 2 y 5); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1a, 4, 5, 16, 30 y 31)¹⁸. Cód. Penal. Todos son iguales ante la ley (art. 8).

Como puede observarse, en este entramado jurídico no se hace referencia expresa a la vigencia de un derecho a morir. Por tal motivo, es posible interpretar que para el tratamiento jurídico de la eutanasia, resultaría viable acudir al funcionamiento de las normas mencionadas, especialmente referidas al derecho a la libertad, a la

¹⁸ Trabajo de investigación sobre fuentes formales en derecho de la ancianidad. Derecho constitucional, declaraciones, tratados, convenciones y pactos con jerarquía constitucional, inédito, 2001-2002.

vida y a la integridad física y moral¹⁹. Dentro de este contexto la eutanasia constituye, entonces, una circunstancia, un campo propicio para el establecimiento de relaciones jurídicas, que cada ser humano podría llegar a protagonizar respecto de bienes personalísimos: su vida, libertad, intimidad y conciencia. Al propio tiempo que, en relación a ella, el derecho asegura un marco o espacio de reglas que encauzan la toma de decisiones lícitas y respetuosas, a su vez, de aquello que el sujeto estime oportuno para su vida, su salud, de su integridad física y moral. En suma, constitucionalmente no existe el tal derecho a morir. Lo que hay, sí, es un reconocimiento del derecho a la vida e integridad física y moral y del derecho a ejercer la libertad, en función de las preferencias o tabla de valores de cada cual. La muerte, en este contexto, aparece como un “resultado”, como la consecuencia o el efecto, de un proceso de elección-resolución, ejecutada por algún individuo que padece una enfermedad irreversible y terminal.

Dado, pues, que nuestra Carta Magna realiza un tratamiento colateral o contextual de la eutanasia, urge entonces analizar ahora si han sido elaboradas normas nacionales, provinciales o municipales que la aborden de modo específico. En este sentido, permítanos adelantar que tampoco es posible dar una respuesta afirmativa. Nuestro ordenamiento normativo no cuenta con legislación específica en esta materia. No obstante, cabe señalar que en el ámbito del derecho penal²⁰ y en el campo de derecho civil, es factible reconocer algunas instituciones jurídicas que podrían aplicarse a situaciones vinculadas con la eutanasia²¹. Así, por ejemplo, el delito de homicidio (art. 79 y concs., Cód. Penal)²² puede ser utilizado por los jueces ante un supuesto de muerte ocasionada por “eutanasia activa”, dado que aún no existe legislación específica en la materia que autorice su despenalización.

Otro tanto sucede con la figura de *abandono de personas* (art. 106 y concs., Cód. Penal)²³, para el caso de haberse practicado ortotanasia, o bien con la aplicación del tipo legal llamado “instigación o ayuda” al suicidio (art. 83)²⁴. Este último, en particular, resulta muy significativo para nuestro tema ya que, se aplicará o no en función de lo que definamos por eutanasia, ortotanasia y suicidio. Ahora bien, la situación legal se complica si, a su vez, advertimos que, por otro lado, el médico podr-

¹⁹ Cabe recordar que el reconocimiento expreso del derecho a la vida y a la salud se ha concretado en 1994, cuando se produce la última reforma de nuestra Constitución nacional. La Constitución de 1853, de neto corte liberal, no hacía referencia sobre estos derechos.

²⁰ En este marco, agradezco las ricas sugerencias del doctor Adolfo Prunotto Laborde.

²¹ Batarrita Gaztelu, Javier, *Aproximación a los profesionales de la sanidad*, “Societas & Lex”, n° 5, Madrid, dic. 2001, p. 14 y ss.; Martínez Calcerrada, Luis, *Derecho médico. Derecho médico general y especial*, vol. I y II, Madrid, Tecnos, 1986; Gracia, Diego, *Responsabilidad ética y responsabilidad jurídica del personal sanitario*, en “Jornadas sobre los derechos de los pacientes”, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Salud, 1990, p. 115 y ss.; Bueres, Alberto, *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Bs. As, Ábaco, 1981, entre muchos otros.

²² Art. 79, Cód. Penal: “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena”.

²³ Art. 106, Cód. Penal: “El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, se abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener y cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis años”.

²⁴ Art. 83, Cód. Penal: “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”.

ía ser demandado por *lesiones* (art. 89 y conchs., Cód. Penal)²⁵, en caso de extralimitarse en la aplicación de sus tratamientos con el sólo fin de mantener con vida al moribundo, llegando incluso a la experimentación (encarnizamiento terapéutico) que daría origen a una situación de distanasia.

En este marco, pues, es bueno recordar que el derecho penal tiene por objeto la protección de bienes considerados fundamentales por la sociedad y el Estado. Entre ellos, verbigracia, la vida y la integridad física y moral, la libertad, la propiedad, el honor, el sistema democrático. Por tal motivo, las sanciones que se establecen en esta área jurídica suelen ser rigurosas, al punto de permitir la privación de libertad de una persona cuya acción ha sido considerada delictiva por parte de tribunales competentes.

El derecho civil, por su parte, se encarga básicamente²⁶ de la tutela del llamado principio de la “autonomía de la voluntad” (arts. 1137; 1197, 1198 y conchs., Cód. Civil)²⁷ a través del cual el Estado garantiza a las personas la facultad de decidir qué hacer con su propia vida, en el orden de la privacidad, intimidad y libertad –contratar, casarse, ejercer la patria potestad, testar, etcétera–. Así como también en este campo, se regulan aspectos relativos a mala praxis y responsabilidad profesional. Dentro de esta interacción jurídica, entonces, importantes serán las interpretaciones que sostengamos a la hora de precisar conceptos tales como “bienes fundamentales” (vida, libertad, etc.) o “autonomía de la voluntad”. Es, en suma, su determinación la que permitirá abrir o cerrar caminos para la comprensión jurídica de la eutanasia. Además de lo reseñado, cabe asimismo recordar que en el derecho civil existen regulaciones vinculadas con la problemática de la responsabilidad e indemnización por daños, aplicables a nuestra área de estudio, y a la mala praxis médica en general²⁸. No obstante, insistimos, en Argentina no ha entrado en vigencia ninguna fuente formal particular referida a los aspectos penales y civiles de la eutanasia, de manera expresa.

Dentro del ámbito provincial, interesante resulta mencionar a la ley 17.132, pues sus postulados brindan algunas herramientas jurídicas que podrían permitir el encuadre y la resolución de conflictos referidos a la eutanasia. Esta fuente formal, de alcance local, regula el ejercicio de la medicina para la Capital Federal. Mas, sus disposiciones han sido consideradas por la jurisprudencia, de aplicación analógica al resto de las jurisdicciones provinciales. Así pues, en esta legislación, el art. 19 con-

²⁵ Art. 89, Cód. Penal: “Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código”.

²⁶ Digo “básicamente” porque en el derecho civil también encontramos normas relativas a situaciones jurídicas que no provienen de la autonomía de la voluntad, o de los contratos. Tal es el caso de la regulación vigente, por ejemplo, respecto de hechos jurídicos que generan obligaciones extracontractuales.

²⁷ Art. 1137, Cód. Civil: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

Art. 1197, Cód. Civil: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

Art. 1198, Cód. Civil: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

²⁸ Dabove, María I., *El derecho a la vida y a la salud: ¿qué vida?, ¿qué salud?, ¿qué derecho?*, trabajo de investigación inédito, 1994.

sagra el respeto a la autodeterminación del paciente, *cuya voluntad en cuanto a la aceptación o no de un tratamiento o intervención, debe ser respetada en principio, amén de requerir la conformidad por escrito para los casos de intervenciones quirúrgicas mutilantes*²⁹.

El respeto por la autodeterminación del enfermo terminal requiere del cumplimiento de algunas conductas específicas. Exige expresamente, por ejemplo, que el profesional de la salud informe y dialogue con su paciente de manera clara y veraz acerca de: su diagnóstico, las características del tratamiento, las ventajas y desventajas de su seguimiento; los riesgos que la persona enferma tendría que asumir en caso de aceptar, etcétera. En tanto que, por otro lado, el paciente se reserva el derecho de aceptar –o no– someterse a aquellas prescripciones sanitarias. Si el enfermo manifiesta su desacuerdo en la aplicación de algún tratamiento de forma expresa y fehaciente, el médico debe aceptarlo. Como sabemos, los derechos y deberes esbozados, no son otros que los constitutivos de la nueva institución jurídica denominada *consentimiento informado*³⁰.

En el caso de la eutanasia cabría preguntarse si sería posible extender esta figura a las situaciones en las cuales lo que hay que decidir puede redundar en la muerte de una persona o en su mantenimiento vegetativo. Al respecto, me atrevería a decir que técnicamente sí sería posible sostener tal interpretación extensiva sobre nuestra materia, siempre y cuando la persona en cuestión haya otorgado claramente su asentimiento, previo a entrar en el estado terminal. Sobre este punto volveremos en el análisis axiológico. Otra fuente formal que resulta interesante para el desarrollo de la doctrina del consentimiento informado aplicable a la eutanasia es la ley 24.193 –en este caso, nacional–. En ella, se hace referencia a aquella institución respecto de la ablación y trasplantes de órganos. Así como también puede mencionarse a la ley 23.978 nacional de lucha contra el SIDA³¹. En la provincia de Bs. As, por otra parte, es posible reconocer aún otra norma relativa a la exigencia del consentimiento informado: la ley 11.044, sobre la participación de las personas en actividades de investigación en salud. Esta ley, decíamos, también es relevante dado que establece

²⁹ Hooft, Pedro F., *La democratización y juridización de la sociedad: La autonomía de la persona y la doctrina del consentimiento informado*, "Bioética y Bioderecho", n° 2, Rosario, FIJ, Facultad de Derecho, 1997, p. 31.

³⁰ Respecto de la doctrina del consentimiento informado puede verse, entre muchos otros: Hooft, *La democratización y juridización de la sociedad: La autonomía de la persona y la doctrina del consentimiento informado*, p. 29 y ss.; *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, Bs. As., Depalma, 1999, p. 101 y ss.; *El respeto a la autonomía personal en la atención psiquiátrica. Perspectivas bioéticas y jurídicas*, JA, 2000-IV-1055; Highton, Elena I. - Wierza, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Bs. As., Ad-Hoc, 1991, p. 39 y siguientes. Así como también puede consultarse, dentro de la nutrida producción científica en la materia, por ejemplo: Mackinson, Gladys J., *Bioderecho: Desafío de fin de siglo*, "Bioética y Bioderecho", n° 2, Rosario, FIJ, Facultad de Derecho UNR, 1997, p. 23 y ss.; Pfeiffer, María L., *Veracidad y consentimiento informado en la práctica médica*, JA, 2000, p. 79 y ss.; Lavalle, Olga O., *Consentimiento informado en adolescentes*, JA, 2000-IV-1067; Gracia, Diego, *Fundamentos de bioética*, Madrid, Eudema, 1989, p. 121 y ss.; Skene, Loane, *Law and medical practice. Rights, duties, claims and defences*, Melbourne, Butterwords, 1998, p. 74 y ss.; MacFarlane, Peter, *Health law*, 3ª ed., Annandale, NSW, Australia, The Federation Press, 2000, p. 57 y ss.; Dabove, María I., *Consentimiento informado y derecho de la ancianidad en los geriátricos actuales*, en "Libro de comunicaciones de las VII Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética", Mar del Plata, Suárez, 2001, p. 169 y siguientes.

³¹ Hooft, *La democratización y juridización de la sociedad: La autonomía de la persona y la doctrina del consentimiento informado*, p. 31 y siguientes.

límites claros a la intervención del médico respecto de la vida de un paciente como objeto de investigación. En este sentido, vale recordar que ninguna terapia puede ser usada si es invasiva o poco respetuosa de la integridad física y moral de la persona, aún cuando ella padezca una enfermedad terminal.

Ahora bien, no obstante la carencia de legislación específica sobre la eutanasia, quisiera señalar que en nuestro Congreso nacional han sido presentados algunos proyectos en ese sentido. Así, por ejemplo, es posible recordar al menos dos de ellos, presentados en 1996. El proyecto presentado por el diputado Bonino, denominado “Ley de derechos de enfermos terminales”, y el redactado por los diputados Álvarez y Corchuelo Blasco llamado “Ley de derecho de oposición al empleo de todos los tratamientos médicos y quirúrgicos que prolonguen la existencia, que produzcan dolor, sufrimiento o angustia en caso de enfermedades incurables, irreversibles o terminales”. Ninguno de ellos ha adquirido estado de ley hasta el presente³². En el próximo apartado referido al análisis sociológico jurídico del tema, veremos cómo esta carencia normativa va siendo cubierta por el accionar judicial, de un modo no siempre satisfactorio para la dinámica jurídica y para el sostenimiento de la división de poderes.

Por último, quisiéramos destacar que cuando hablamos de eutanasia, nos estamos refiriendo al problema del funcionamiento e integración de una relación jurídica constituida por un *conjunto complejo de derechos fundamentales*, cuyos titulares responden a perfiles distintos: el del enfermo y el del médico. En este entramado, pues, en principio son dos los sujetos que intervienen con roles diferenciados. Al *paciente*, por su parte, le corresponde ejercer su derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y moral, a la intimidad y el derecho a la libertad de decisión sobre el asunto. Mientras que, de otro, al *médico* le compete ejecutar su derecho a ejercer la profesión y a trabajar, dentro de un campo de reglas jurídicas expreso y claro. Sin embargo, otra observación interesante al respecto, consiste en saber si nuestro ordenamiento normativo aceptaría o rechazaría la existencia de un derecho a negarse a recibir un tratamiento para salvar o mantener su vida, en cabeza de una *persona incompetente* –o incapaz– para ejercer aquel derecho de autodeterminación. En este caso, también nos encontramos frente a un supuesto de vacío o laguna jurídica.

Para todas estas situaciones en las cuales podrían llegar a incorporarse terceras personas en la relación médico-paciente, juristas y jueces han ido desarrollando a lo largo del tiempo, la *doctrina de la decisión sustituta*. Mediante su aplicación, los familiares o tutores legales del paciente moribundo quedarían autorizados para sustituir la manifestación de voluntad del enfermo, por aquella que ellos crean más respetuosa de lo que el incapacitado decidiría, de poder hacerlo. En suma, quedarían habilitados para ejercer los derechos correspondientes originariamente al paciente, complicando aún más el funcionamiento de la relación jurídica establecida con el médico. Distinta sería la cuestión, en cambio, si el actual incapaz en el pasado hubiese podido expresar su decisión en la materia de forma clara y veraz, a través de algún *testamento de vida* (o *living will*). Aquí, pues, los parientes o tutores no har-

³² Para obtener un panorama más detallado de estos proyectos puede consultarse: Medina - Leal de Ibarra, *El derecho a una muerte digna*, JA, 1997-I-925 y siguientes.

ían más que convertirse en albaceas o ejecutores de una elección legítima ajena: la del enfermo. Sobre este tema volveremos en el análisis sociológico³³.

4. Análisis ius sociológico de la eutanasia

Ahora bien, como el derecho no es sólo norma sino también un tipo particular de realidad social, cabe entonces realizar un análisis ius-sociológico sobre la eutanasia. A tal fin, observaremos qué tipo de relaciones sociales se establecen entre las partes implicadas, quiénes son los sujetos que intervienen y con qué rol lo hacen, cuál es el objeto, las razones, y límites de estas acciones, entre otros. Por otra parte, la aproximación al tema desde esta perspectiva se torna especialmente significativa, toda vez que –reitero– estamos en presencia de una situación de laguna o carencia normativa. En circunstancias como las mencionadas, suelen ser los jueces quienes van estableciendo criterios de actuación al hilo de sus soluciones, sentando con ellas principios jurídicos generales, inductivamente construidos, que pueden servir de base a legislaciones futuras³⁴.

Así, pues, cuando hablamos de eutanasia desde esta perspectiva sociológica, queremos hacer referencia a un “hecho”; específicamente, a un “hecho humano”, cuya ejecución dará origen a la muerte de una persona que padece una enfermedad terminal. En la eutanasia activa, verbigracia, generalmente suele ser el médico o algún auxiliar de la medicina quien ejecuta el hecho letal. En la pasiva, en cambio, el deceso se produce como resultado de la decisión de un tercero de omitir cualquier acción desproporcionada, que mantenga con vida al enfermo terminal³⁵. Sea ello como fuere, lo cierto es que la muerte aquí no aparece de la mano de la naturaleza, no es el resultado del azar, ni de influencias humanas difusas, redes sociales que actúan ciegamente. En suma, no se produce por la fuerza adjudicataria de las distribuciones³⁶. El fallecimiento de una persona sucede en virtud del desarrollo de una

³³ Medina - Leal de Ibarra, *El derecho a una muerte digna*, JA, 1997-I-925 y siguientes. En virtud de la doctrina de la “decisión sustituta”, los familiares o tutores legales de los enfermos terminales incompetentes, cuya vida se mantiene artificialmente, sustituyen su decisión por lo que creen que el enfermo si fuera competente decidiría en esa circunstancia con respecto a la suspensión de esos medios artificiales para mantener su vida; si una persona actualmente incompetente, cuando era competente hubiera otorgado un testamento “voluntario” o “piadoso”, ello sería prueba suficiente de la intención de la persona y las personas que deciden por el enfermo terminal incompetente deberían dar importancia a esa intención. Al decidir si se ejerce el derecho de una persona incompetente de rechazar un tratamiento para salvar o mantener su vida, la decisión de las personas autorizadas para tomarla debe ser equivalente a la que tomaría la persona incompetente si fuera competente, teniendo en cuenta sus intereses y preferencias concretas y su actual y futura incompetencia. Los responsables de las decisiones sustitutas deberían, por ende, considerar las opiniones de la persona incompetente y evaluar cuidadosamente las pericias médicas y toda otra evidencia que demuestre la condición, el tratamiento y el pronóstico del paciente.

³⁴ Jarque, Gabriel D., *Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas*, JA, 2001-III-853.

³⁵ Mucho se ha discutido acerca de la necesidad de distinguir sociológicamente, la acción y la omisión, en virtud del mayor o menor alcance moral de la distinción entre responsabilidad por acción o por omisión ha suscitado. No obstante, al respecto puede verse: Ansuátegui Roig, Francisco J., *Eutanasia: dilemas relevantes*, en “Problemas de la eutanasia”, p. 87 y ss.; Ballesteros, Jesús, *Ortodoxia: el carácter inalienable del derecho a la vida*, en “Problemas de la eutanasia”, p. 47 y siguientes.

³⁶ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 78 y siguientes.

acción concreta, determinada, definible: la ejecución activa o la actuación pasiva u omisiva, concretadas por un tercero. Incluso la ortotanasia o eutanasia voluntaria pasiva, puede ser calificada como reparto, ya que la muerte se produce por la acción de la naturaleza, derivada de un reparto de no hacer. En todos los demás supuestos, la eutanasia, requiere la realización de repartos: acciones humanas claramente identificables, positivos³⁷.

Al tratarse, pues, de un reparto, es menester destacar también que en su producción intervienen por lo menos dos sujetos claramente diferenciables: el paciente y el médico. En tanto que, circundantes a esta relación actúan, verbigracia, familiares y allegados del paciente, así como colegas del profesional actuante, otorgándole un carácter muy complejo al primer vínculo. El paciente actúa en un marco de tensión importante, sobre todo al verse sometido a la presión afectiva, moral, y hasta económica, de sus familiares, amigos y enemigos. A la hora de tener que decidir su destino, este enfermo no lo hará en soledad, no actuará en forma omnipotente y autosuficiente, como un gran Hércules, aún cuando decida en pleno estado de lucidez. La decisión que asuma el paciente será tomada en un contexto de clara vulnerabilidad. Razón por la cual resulta también importante desmitificar la eficacia del supuesto jurídico de la igualdad de trato que, a través de la figura del consentimiento informado, pretende establecerse en el derecho.

En suma, el análisis sociológico del derecho nos indica que el enfermo, en situaciones terminales, es un sujeto “en riesgo”. Es frágil desde todo punto de vista. Pero, no obstante ello puede todavía verse provisto de un real espacio de elección, en tanto y en cuanto conserve, al propio tiempo, su lucidez y capacidad para expresar sus deseos y creencias más profundas y vitales. En este contexto de trama compleja y delicada, el derecho tiene que funcionar a la manera de un gran faro, desde el cual se iluminen los matices presentes en cada situación eutanásica. Así, por ejemplo, cabe advertir a la población en general y al paciente en particular, sobre los alcances concretos del ejercicio de la libertad sobre su vida; en definitiva, sobre la posibilidad de pensar lo más claramente posible qué quiere hacer en caso de que esta enfermedad derive en una irreversible. En esta reflexión se encuentra, pues, el origen de la “expresión de la autonomía de la voluntad” y de su sana configuración depende la calidad de la autonomía real del enfermo.

Recordemos que, para lograrla, la ejecución de este principio requiere la posibilidad de actuar con discernimiento –sabiendo lo que se quiere–, con intención –queriendo lo que se sabe– y con libertad –ejecutando lo que se quiere y se comprende sin coacción de ningún tipo–³⁸. Así como también cabe advertir que, en virtud de la aplicación del consentimiento informado a la elección anticipada de tratamientos terapéuticos, se ha generado una figura nueva: las *directivas anticipadas* para tratamientos médicos, tales como los “testamentos vitales” (*living will*) que bien podría ser utilizada para resolver situaciones de eutanasia³⁹. En síntesis, frente a la vul-

³⁷ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 49 y siguientes.

³⁸ Hooft, *La democratización y juridización de la sociedad: La autonomía de la persona y la doctrina del consentimiento informado*, p. 31 y ss.; *Bioética y derechos humanos*, p. 101 y ss., y 81 y ss.; Highton - Wierza, *La relación médico-paciente*, p. 39 y siguientes.

³⁹ Esta figura cuenta con relevantes precedentes de la jurisprudencia norteamericana y en The Patient Self-Determination Act de 1991. Otros desarrollos pueden encontrarse también en el derecho

nerabilidad cierta del paciente terminal el derecho tiene que reforzar su espacio de libertad, a fin de que sean respetadas la vida, la integridad física y moral y el ejercicio de la libertad del enfermo, tanto como el desempeño de la actividad sanitaria por parte del profesional actuante.

En nuestro país, la falta de normas generales referidas a la eutanasia ha provocado el aumento de reclamos judiciales graves en materia de responsabilidad penal y responsabilidad civil. Razón por la cual, en el cuerpo médico se han consagrado al menos dos estrategias defensivas, frente al riesgo de verse sometidos a sufrir sanciones penales –tales como privación de libertad–, o a pagos de indemnizaciones civiles cuantiosas. Una de ellas consiste en lograr protección contratando los servicios de una compañía aseguradora, tal cual ocurrió en Estados Unidos a partir de la década del setenta. La otra, se refiere a la práctica forense de solicitar autorización o venia judicial para ejecutar u omitir alguna acción que desencadene la muerte del paciente terminal, mediante la interposición de un recurso de amparo⁴⁰.

Otro punto interesante a resaltar respecto de los sujetos de este vínculo es el referido al análisis de los roles de los sujetos manifestados en los distintos supuestos de eutanasia mencionados: voluntaria activa y pasiva (u ortotanasia), involuntaria activa y no voluntaria o pasiva. En este sentido recordemos pues que, en la eutanasia voluntaria activa es el propio enfermo quien realiza la petición a un tercero, quien ejecuta finalmente la acción. Por tal motivo podemos advertir que el paciente actuaría en la doble calidad de repartidor de la orden “de hacer” y como beneficiario de ella. Al propio tiempo, la persona que practica la eutanasia lo hará, a título de beneficiario del pedido y de repartidor de su contenido⁴¹. Los famosos casos del doctor Cox (inglés) y Kevorkian (norteamericano) –conocido como el doctor muerte–, constituyen claros ejemplos jurisprudenciales del tipo descripto⁴².

de España, Francia y la Unión Europea. Hoof, *Bioética y derechos humanos*, p. 104 y siguientes. Y también Manzini, Jorge L., *Las directivas anticipadas para tratamientos médicos*, JA, 2001-IV-1264.

⁴⁰ Jarque, *Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas*, JA, 2001-III-853.

⁴¹ Respecto de las categorías sociológicas utilizadas en este análisis puede verse: Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 50 y ss.; Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, “Metodología Jurídica”.

⁴² El doctor Cox había sido el médico de Lilian Boye durante 30 años, en sus últimos años los medicamentos no le calmaban los dolores; por tal motivo le solicitó a su médico que la ayudara a morir sin dolor; ante su pedido el doctor Cox le suministró una dosis mortal de cloruro de potasio que produjo la muerte inmediata de Lilian Boye, y escrupulosamente generó el suministro de la inyección en la historia clínica de la paciente. Tal hecho fue conocido por una enfermera católica, quien lo denunció a las autoridades del hospital. Como el cuerpo había sido cremado no existían demasiadas evidencias del hecho, salvo la constancia del propio médico en la historia clínica. El jurado lo encontró culpable y lo condenó a un año de prisión en suspenso y a no ejercer más la medicina. Luego se le permitió retornar a sus funciones en el Royal Hampshire County Hospital en Winchester, pero con la condición de que su trabajo fuera supervisado por un médico senior. El caso despertó grandes polémicas en Inglaterra entre quienes estaban a favor de la eutanasia activa y quienes estaban en contra. En Estados Unidos fue muy famoso el caso del doctor Kevorkian, quien era conocido como el “doctor de la muerte”. Este médico era de Detroit, ciudad que pertenece al Estado de Michigan, uno de los pocos Estados que en el año 1992 no tenía sancionada la instigación al suicidio y había ideado una serie de máquinas que ayudaban a morir y las había descripto en artículos y por televisión. Se sabe que por lo menos nueve personas las utilizaron para causarse la muerte. Una de las formas que había ideado consistía en colocar un veneno en la parte de atrás de un auto y cuando los pacientes apretaban un botón el veneno se les introducía en una aguja que el médico les había colocado previamente. Medina - Leal de Ibarra, *El derecho a una muerte digna*, JA, 1997-I-925 y siguientes.

En la eutanasia voluntaria pasiva –u ortotanasia–, el enfermo se niega expresamente a una intervención quirúrgica que puede salvarle la vida o peticiona la suspensión de un tratamiento, cuya no proporción lo expone al riesgo de morir. Aquí, el paciente actúa en el doble rol de repartidor de una orden, pero “de no hacer” y en tanto beneficiario único y directo de sus consecuencias. El tercero, por su parte, intervendrá como beneficiario de la solicitud y, si la acata, lo hará en tanto repartidor “por omisión”. Por tal motivo, en estos casos la muerte se desencadenará en virtud de los dictados de la naturaleza (distribuciones), a posteriori de la ejecución a aquel reparto de no hacer. Hay muchos casos ilustrativos de este supuesto, en el marco de la jurisprudencia extranjera y nacional, tales como el caso argentino “Parodi”⁴³ y el canadiense, caratulado “Nancy B”⁴⁴.

En relación con la eutanasia involuntaria activa, la actuación de los sujetos se desarrolla en un marco muy distinto de los anteriores. En primer lugar, el paciente no actúa como repartidor puesto que “no emite orden alguna” indicativa de su voluntad eutanásica, estando en condiciones de poder hacerlo. En este tipo de vínculo, sólo asumirá el papel del beneficiario de la decisión de un tercero. En tanto que, éste último sí será su protagonista, actuando únicamente como repartidor. Es él quien decide por el enfermo, sin velar por el respeto de su voluntad. En suma, este tercero –que bien podría ser el médico, un familiar o cualquier otro sujeto– da muerte al paciente sin contar con su consentimiento, o bien obrando incluso en su contra. Interesantes polémicas jurisdiccionales se han abierto sobre el tema, dando lugar a fallos contrapuestos. Así, por ejemplo, en el caso “Roswell de Fort Lauderdale”, éste fue condenado a perpetuidad en 1985 por matar a su esposa que sufría el mal de Alzheimer. En tanto que en 1988 se absolvió a “Peter Rosier, de Fort Myers”, a pesar de haberse comprobado que él había suministrado una droga mortal a su cónyuge, quien padecía una enfermedad terminal⁴⁵.

Por su parte, en la eutanasia involuntaria pasiva, el panorama relativo a los sujetos se complejiza dado que, el paciente sólo será beneficiario de las decisiones que tomen terceros, al verse absolutamente imposibilitado de manifestar su voluntad por encontrarse en estado vegetativo. En efecto, cuando ello sucede, se agrega la intervención de la familia en la relación médico-paciente originaria, quien esgrimirá la pretensión de actuar en representación del interés del enfermo inconsciente. En estos casos, la familia suele solicitar la supresión de tratamientos que mantienen al paciente con vida artificial, convirtiéndose, entonces, en repartidora de la orden de no hacer. Mientras que el personal de la salud intervendrá como beneficiaria de la ella,

⁴³ Al respecto puede verse: Hooft, *Bioética y derechos humanos*, p. 222 y siguientes. El caso citado fue resuelto el 18 de septiembre de 1995, con dictamen favorable al respeto por la decisión del paciente de no someterse al tratamiento indicado: amputación del miembro inferior izquierdo.

⁴⁴ Este caso fue resuelto por una sentencia del juez de Quebec, Mr. Justice Dufour, dictada en 1992. Nancy era una joven de 25 años que sufría una rara neuralgia cerebral, denominada síndrome de Guillain-Barre, que le había paralizado desde el cuello hacia abajo y la obligaba a vivir conectada a un respirador artificial. La joven solicitó al juez que se le permitiera desconectarse de la máquina porque ya no soportaba más la vida que llevaba en la que solamente tenía la televisión y las paredes de su cuarto. El magistrado consultó a los médicos que atendían a la paciente y éstos le informaron que con el auxilio de la máquina la joven podía vivir muchos años más. El juez señaló que él sería feliz si Nancy cambiaba su idea, no obstante lo cual accedió a la demanda de la joven y ordenó se le desconectara el respirador y Nancy B. murió en febrero de 1992. Medina - Leal de Ibarra, *El derecho a una muerte digna*, JA, 1997-I-925 y siguientes.

⁴⁵ Medina - Leal de Ibarra, *El derecho a una muerte digna*, JA, 1997-I-925 y siguientes.

procediendo a actuar en consecuencia. Los casos jurisprudenciales más famosos de esta tipología son el de Karen Ann Quinlan, de 1976 y el de Nancy Cruzan. En el primero, la Corte Suprema de Justicia norteamericana autoriza la desconexión de la muchacha al respirador artificial, solicitada por sus padres. En cambio en el otro supuesto, la misma Corte rechaza un pedido similar al anterior, realizado por los padres de Nancy, argumentando básicamente que *ninguna persona –ni siquiera los padres– pueden asumir la elección del incapaz si no se cumple con los requisitos exigidos por el “living will state” si no hay claras y convincentes evidencias del deseo del paciente*⁴⁶.

Otro elemento de análisis respecto de la estructura de la relación de eutanasia lo constituye el problema de su objeto. En este marco cabe, pues, observar ¿qué es lo que concretamente se da y qué es lo que se recibe en estas situaciones? Hay que evaluar cuales serán los efectos que se percibirán de las decisiones acatadas. Desde el trialismo, se advierte que las partes pueden repartir o recibir objetos de “potencia e impotencia”. Si se adjudica potencia, se transmitirán posibilidades de afirmación y expansión de la vida. Pero si se reparte impotencia, se obtendrán obstáculos perjudiciales para ella⁴⁷. En relación con la eutanasia, la potencia y la impotencia sólo puede ser apreciada por los protagonistas en función de sus ideologías, creencias religiosas o principios morales a los cuales adhiera. En suma, la calificación del objeto se ve supeditada al juego de los fines y móviles de las personas intervinientes. No obstante podemos suponer que, en los casos de eutanasia activa, el objeto será de potencia para el enfermo si en ella se respetara su decisión. En tanto que, resultará de impotencia para el médico, al verse obligado a dejar de lado su juramento hipocrático.

Por otra parte, y a fin de completar el análisis de este vínculo, habrá que considerar también el problema de las *razones* o fundamentos que se esgrimen en cada caso, al respecto. En este sentido, cabe aclarar que el trialismo distingue tres tipos de razones aplicables a los repartos. Los *móviles*, constitutivos de los deseos internos, del querer, subyacente en la interioridad e intimidad de los sujetos vinculados. Este nivel de racionalidad no siempre sale a la luz, no obstante, el médico tendrá que ir midiendo las posibilidades que existan para descubrir las intenciones del paciente, toda vez que está en juego un bien significativo para la humanidad: la vida. No obstante, si el paciente nada quiere decir al respecto, el médico tendrá que actuar apelando, al manejo de una segunda clase de fundamentaciones: las llamadas *razones alegadas* (o exteriorizadas). En este caso, las argumentaciones que se esgrimen como justificaciones de la decisión y de la acción, no necesariamente coinciden con el nivel de los móviles. A veces, estas razones se manifiestan en el marco de las creencias morales e ideológicas de los sujetos. En los casos de eutanasia, importante será lograr que las partes –sobre todo, el profesional actuante– separen las razones propias de las ajenas, a fin de evitar extrapolaciones de argumentos que no contribuirían a respetar la esfera de libertad de cada uno. Otro punto significativo en este campo consiste en señalar que, en los supuestos especiales de eutanasia involuntaria activa y pasiva, los terceros intervinientes pueden hacerlo en razón de

⁴⁶ Hooft, *Bioética y derechos humanos*, p. 85 y ss.; Medina - Leal de Ibarra, *El derecho a una muerte digna*, JA, 1997-I-925 y siguientes.

⁴⁷ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 60 y siguientes.

fuertes móviles psicológicos y afectivos, sobre todo, si se trata de la actuación de familiares o amigos, que expresan el carácter límite de la situación.

Por último, en este juego argumentativo, también cabe reconocer el peso de las denominadas *razones sociales*, sobre las demás. En esta tercera categoría es posible incluir el contenido de las justificaciones sociales dadas al problema de la eutanasia, verbigracia: las ideologías, los prejuicios, las valoraciones de la comunidad en su conjunto. Estas razones sociales afectan el sustrato de los móviles y razones alegadas, puesto que condicionan y alimentan la propia reflexión sobre el tema. Razón por la cual, bueno será reconocerlas, a fin de tener clara conciencia del grado de aceptación social que tendrá la decisión final que se adopte respecto de la eutanasia⁴⁸.

Junto a los sujetos, el objeto y las razones, los vínculos sociales se configuran gracias al desarrollo de ciertas vías o caminos, que denominaremos *formas*. Cuatro clases de formas pueden ser establecidas en torno a los repartos: la mera imposición, el proceso, la negociación y la adhesión. La *mera imposición*, verbigracia, suele ser utilizada en los casos de eutanasia involuntaria pasiva, dado que el médico lleva a cabo el acto, sin contar con la aprobación o desaprobación del enfermo terminal. Éste decide e impone su parecer por la fuerza, el paciente no puede resistirse bajo ningún concepto. En el *proceso*, en cambio, las partes recurren a un diálogo pautado por reglas que se fijan de antemano, pero, al final del mismo, se acata la resolución del más fuerte. Un ejemplo del uso de este camino, lo constituyen las sentencias judiciales que autorizan o prohíben prácticas médicas.

La *negociación*, por su parte, constituye la vía más democrática para la toma de decisiones puesto que funciona a partir del establecimiento de un diálogo abierto y claro para el debate entre las partes. La figura del consentimiento informado plasma esta modalidad de forma, que bien puede trasladarse a la cuestión de la eutanasia y también puede aplicarse a la eutanasia activa. En tanto que, en la *adhesión*, el diálogo se debilita toda vez que el sujeto más frágil del vínculo sólo puede elegir aceptando o rechazando *in totum* la propuesta del otro. Esta forma es, verbigracia empleada por los familiares frente a las directivas anticipadas que pueda haber emitido el paciente moribundo. En función de la clase de forma que adoptemos para llevar a cabo la eutanasia, ésta adoptará la modalidad de reparto autoritario, con la mera imposición y con el proceso; o bien, la de reparto autónomo, a través de la negociación y la adhesión⁴⁹.

Los vínculos sociales —o repartos—, tienen lugar, asimismo, en un campo demarcado por límites que obstaculizan o promueven la realización de aquellos. La eutanasia, precisamente, resulta un tema complejo toda vez que nos coloca frente al problema del alcance de la vida. ¿Hasta dónde podemos llegar con la medicina?, ¿es omnipotente el rol del médico?, ¿cuánto habrá que respetar el derecho del paciente a decidir?, ¿cuál es el límite del sometimiento pasivo a lo que otros decidan por el enfermo?, ¿dónde queda el respeto por la identidad de los sujetos intervinientes? Todos estos interrogantes, hacen referencia a distintos tipos de límites. Algunos de ellos son límites necesarios y otros, voluntarios. A los primeros, no los podemos modificar, por tanto, si no queremos que el reparto fracase, tendremos que observar-

⁴⁸ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 50 y siguientes.

⁴⁹ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 55 y siguientes.

los. Los segundos, en cambio, son establecidos libremente por los sujetos. Entre los límites necesarios cabe mencionarse los provenientes de la naturaleza, los límites físicos, psíquicos y lógicos, los límites sociales, económicos y políticos. En tanto que entre los voluntarios, se encuentran límites personales, temporales, espaciales y reales. De este último grupo, relevante resulta el juego del límite temporal para el establecimiento de la eutanasia.

Respecto de los límites necesarios es menester resaltar el impacto que produce sobre la aceptación o no de situaciones eutanásicas, la mayor o menor confiabilidad que se tenga respecto de los límites científicos y tecnológicos⁵⁰. Si nos atenemos a las reflexiones de la epistemología, se hace mucho más difícil saber si la medicina y la biotecnología nos otorgan una última palabra altamente fiel a la verdad contenida en los procesos de vida y muerte. Recordemos que, desde este campo filosófico se ha puesto en cuestión la capacidad del conocimiento científico para ofrecer respuestas objetivas, plenamente válidas. En suma, la ciencia ya no tiene la última palabra en materia de la vida. Por ello, aún cuando ya contamos con un rico desarrollo en biotecnología tampoco estamos en condiciones de entender exactamente los misterios de la vida. Recuerdo al respecto que, cuando cursaba mi doctorado en la Universidad Carlos III de Madrid, el profesor Diego Gracia –profesor de Bioética y Derechos Humanos– decía que en realidad tanto la cuestión del inicio de la vida como la relativa a su fin, la ciencia no tiene una respuesta absolutamente objetiva. Esta respuesta se va estableciendo a partir de ciertos consensos, apoyados en ciertas pautas mínimas que todos comparten. Señalar lo contrario sería admitir que uno es Dios y esto no tiene sentido desde ningún punto de vista, sobre todo después de Nietzsche⁵¹.

El último punto a desarrollar en este enfoque ius-sociológico consiste en observar si la conducta que conduce a la eutanasia, forma parte de un conjunto de relaciones sociales, formando una red ordenada de actos (orden de repartos). O bien, habrá que determinar si se trata de una acción que se produce en forma aislada, resultando atípica para el contexto global de actuación (desorden de repartos). En el

⁵⁰ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 77 y siguientes.

⁵¹ Respecto a las concepciones de la ciencia puede verse, entre muchos otros: Ayer, Alfred J., *El problema del conocimiento humano*, 3ª ed., tr. A. R. Raggio, Bs. As., Eudeba, 1985, p. 9 y ss.; Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Bs. As., Siglo XX, 1985, p. 7 y ss. y 87 y ss.; *Las ciencias sociales en discusión*, tr. H. Pons, Bs. As., Sudamericana, 1999; Broncano, Fernando (ed.), *Nuevas meditaciones sobre la técnica*, Madrid, Trotta, 1995; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Meditaciones acerca de la ciencia jurídica*, "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario", n° 2/3, p. 89 y ss.; *Informática, derecho y sociedad*, "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 17, p. 21 y ss.; Jones, William T., *Las ciencias y las humanidades*, tr. F. Botton Burlá, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1976; Klimovsky, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, 5ª ed., Bs. As., A-Z Editora, 2001, p. 19 y ss.; Russell, Bertrand, *La perspectiva científica*, tr. G. Sans Huelin, Madrid, Sarpe, 1985; *El conocimiento humano*, tr. N. Míguez, Barcelona, Orbis, 1983; Scarano, Eduardo R. (coord.), *Metodología de las ciencias sociales. Lógica, lenguaje y racionalidad*, Bs. As., Macchi, 1999, p. 3 a 188; Scheler, Max, *Sociología del saber*, tr. J. Gaos, Bs. As., Siglo XX, 1973; Apostel, Leo y otros, *Interdisciplinariedad y ciencias humanas*, Madrid - París, Tecnos - Unesco, 1983; Bachelard, Gastón, *La formación del espíritu científico*, tr. J. Babini, México, Siglo XXI, 1984; Chalmers, Alan F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, 5ª ed., tr. E. Pérez Sedeño y P. López Mañez, Bs. As., Siglo XXI, 1991; Kuhn, Thomas S., *La revolución copernicana*, tr. Domènec Bergadà, Orbis, 1985; *La estructura de las revoluciones científicas*, tr. A. Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 1990; Lakatos, Imre, *La metodología de los programas de investigación científica*, tr. J. C. Zapatero, Madrid, Alianza, 1983.

primer supuesto, el reparto de eutanasia se concatena con costumbres de igual sentido, o se enrola en el marco de planificaciones generales en marcha. En el segundo, el hecho generará desorden en la sociedad, en virtud del alto impacto ocasionado por su atipicidad, respecto de los criterios admitidos hasta el presente sobre el tema y en relación a las instituciones referentes implicadas.

El desarrollo de la eutanasia en Argentina aún genera situaciones de excepción en la comunidad. No existen planificaciones gubernamentales que orienten de manera específica sobre esta materia –porque no existen normas generales, según ya vimos–. Así como también se puede señalar, que son muy pocas las referencias jurisprudenciales producidas al respecto que permitan ofrecernos tendencias claras de interpretación para el derecho. Sin embargo, la preocupación por el fenómeno ya se ha instalado en el país. En los siete Congresos Argentinos de Bioética, organizados por la Asociación Argentina de Bioética hasta ahora, se ha hecho alguna referencia expresa al tema⁵². Dónde sí existe una larga tradición jurisprudencial en la materia es en Estados Unidos, Canadá, Australia y en los países europeos, según fuimos observando en el análisis precedente. Por otra parte, recordemos asimismo que Australia, Holanda y, muy recientemente, Bélgica, ya cuentan con planificaciones gubernamentales en marcha, formalizadas en ley, fruto de un largo e interesante proceso de maduración e instalación del tema⁵³.

5. Análisis ius axiológico de la eutanasia

El último punto a tratar en este análisis tridimensional, se refiere a los elementos axiológicos que están en juego cada vez que hay que decidir el contenido jurídico de las respuestas relativas a la eutanasia. En este sentido cabe decir que la eutanasia es un fenómeno complejo, toda vez que en su resolución participa un conjunto de valores, dentro del cual se destaca la *justicia*. Así pues, al hilo de las exigencias de justicia, en la eutanasia actúan también otros reclamos valorativos como por ejemplo, los derivados del valor salud, utilidad, verdad, amor, belleza, salud, orden, poder, cooperación, solidaridad, previsibilidad, coherencia y armonía, entre otros; respecto de los cuales no siempre es fácil procurar una satisfacción integral. En la realidad social y en la formalización del derecho, resulta frecuente observar situaciones conflictivas de valores, generadas por relaciones de choque, oposición o competencia entre ellos. La eutanasia, en particular, no escapa a este nivel de problemas que ahora trataremos de abordar.

Dentro de este campo complejo de trabajo, nos parece conveniente comenzar señalando que un primer escollo lo encontramos a la hora de pretender definir la propia idea de justicia. En efecto, ésta –quizás más que ninguna otra– resulta una palabra absolutamente complicada, dado que su definición ha dado lugar a un sinnúmero de teorías desde los albores mismos de la filosofía. No obstante, y a los fines de nuestro estudio, nos proponemos entenderla, como un principio axiológico

⁵² Actas de los Congresos mencionados, desde 1995 al 2001.

⁵³ Marcos del Cano, Ana M., *Legislación eutanásica y realidad social: la experiencia de Holanda*, en “Problemas de la eutanasia”, p. 71 y ss.; Ollero, Andrés - Galán Pérez, Joaquín - Sabanés, Inés, *Mesa redonda: propuestas legislativas en relación con la eutanasia*, en “Problemas de la eutanasia”, p. 183 y ss.; Skene, Loane, *Law and medical practice*, p. 74 y ss.; MacFarlane, Peter, *Health law*, 2000, p. 57 y siguientes.

que exige del Estado, de la sociedad y de todas las personas aisladamente consideradas, comportamientos y normas que aseguren a cada individuo un espacio de libertad dentro del cual, este individuo, pueda personalizarse. Es decir, pueda desarrollar sus proyectos de vida y actuar, conforme a lo que él entienda como vida digna, sin obstaculizar el desarrollo de los planes de los demás⁵⁴. Esta perspectiva de la justicia, por lo demás, cuenta con una larga tradición filosófica que arranca en Aristóteles y se consolidará gracias, en especial, a los postulados de Mill⁵⁵.

Así, pues, dentro de este concepto de justicia dos son los elementos que se destacan en la medida en que se establecen relaciones intersubjetivas: la libertad y la igualdad. Con la libertad se demarca el interior del territorio de expresión y actuación de cada persona en relación a otras, se establece el campo dentro del cual las elecciones responsables sean posibles. En tanto que, a través de la igualdad, se establecen sus fronteras; se delimitan, en suma, los límites de aquel espacio de vida individual, permitiendo la convivencia. Siguiendo a Berlin podría decirse que, el ámbito particular de la eutanasia parece reclamar el respeto de la libertad de decisión de los protagonistas del vínculo, tanto en sentido positivo como en el negativo.

La libertad en sentido positivo –nos recuerda el autor citado– se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño⁵⁶, de actuar conforme a reglas que el mismo establezca para sí, en suma de la necesidad de autonomía individual y de auto-referencia “soberana”. Desde esta perspectiva, pues, nos parece justo que el derecho reconozca la facultad de elegir cómo vivir y hasta dónde sufrir, a los pacientes sometidos a enfermedades terminales. Siempre y cuando, claro está, esta elección se desarrolle en forma personalísima y con pleno uso de sus facultades mentales. En síntesis desde este concepto de libertad positiva, parece justo admitir los supuestos de eutanasia voluntaria –pasiva y activa–, en la medida en que se acredite debidamente la capacidad del propio paciente para decidir sobre su vida. Al tiempo que, en principio, menor grado de legitimidad presentan las opciones derivadas de la eutanasia involuntaria –activa o pasiva–, toda vez que el ejercicio directo de la autonomía personal queda relegado a la interpretación que de éste realicen terceros. Sin embargo, sería justo aceptar aquellos supuestos en los cuales se compruebe de manera indubitable cuál fue el contenido de la voluntad del enfermo comatoso, expresada por él mismo en momentos de lucidez, aplicando la teoría de la decisión sustituta sólo en estos términos.

La libertad en sentido negativo, por otra parte, se manifiesta cuando una persona puede actuar sin ser obstaculizado por otros; ya sean estos, hombres individualmente considerados o grupos⁵⁷. La enfermedad terminal que padezca un sujeto cualquiera, las situaciones provenientes del azar o de influencias humanas difusas, no pueden ser consideradas en sí mismas, obstáculos para el desarrollo de la liber-

⁵⁴ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 417 y siguientes. Según este autor, el principio de justicia nos exige asegurar a cada individuo una esfera de libertad dentro de la cual pueda “personalizarse”. En la actualidad, puede verse con sentido similar: Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989; Rawls, John, *Teoría de la justicia*, tr. M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, entre otros.

⁵⁵ Mill, John S., *Sobre la libertad*, tr. P. de Azcárate, Madrid, Alianza, 1991.

⁵⁶ Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, tr. B. Urrutia, J. Bayón y N. Rodríguez Salmones, Madrid, Alianza, 1988, p. 201 y siguientes.

⁵⁷ Berlin, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, p. 191 y siguientes.

tad; toda vez que ésta sólo se configura a través de los vínculos sociales (repartos). Respecto de la eutanasia, entonces, este tipo de libertad funciona de manera justa, cuando se le reconoce al enfermo la posibilidad de impedir que terceras personas interfieran sobre su vida e integridad física y moral, imponiéndole –verbigracia– tratamientos médicos desproporcionados a sus deseos y creencias. Al respecto, Mill decía que el único motivo por el cual se podía admitir con justicia la intervención del Estado o de terceros, sobre las decisiones de una persona, aparece cuando ésta decisión daña a otros⁵⁸. Sólo entonces, la libertad deja de ser un elemento de la justicia. Por su parte, la igualdad en el marco de la justicia reclama que se considere especialmente la voluntad del paciente terminal, en tanto y en cuanto, es este último el sujeto más vulnerable de la relación médico-paciente.

Otro punto de análisis axiológico interesante en el marco de la eutanasia, se presenta ante la relación que se establece entre el *principio de preservación de la vida y la salud*, la verdad y el *ejercicio justo de la libertad*, por parte de las partes implicadas. Respecto de esta cuestión cabe recordar que, hasta el presente, ha existido una larga tradición a favor del reconocimiento del paternalismo médico como patrón hegemónico para la resolución de este problema. De modo tal que, en caso de generarse una situación de tensa oposición entre la vida y la salud, de un lado; y la libertad, de otro; quien dirimía finalmente la cuestión era el propio médico, amparándose en el juramento hipocrático. Poco importaban, en suma, los deseos el paciente. Mas, con el desarrollo de la bioética y el bioderecho, este mecanismo de resolución de controversias va siendo desplazado por otro modelo de interacción, de caracteres horizontales y democráticos. Así, pues, frente a estos interrogantes límites, al médico le corresponderá actuar de dos formas: tratando de beneficiar al paciente; o en caso contrario, intentando –al menos– no perjudicarlo más, respecto del gravoso estado en que ya se encuentre el paciente terminal (principio bioético de beneficencia o, al menos, de no maleficencia). Por su parte, al enfermo le competirá ejercer el principio de la autonomía de la voluntad, respondiendo en forma afirmativa o negativa a la propuesta sanitaria (principio bioético de autonomía, o de respeto por la persona del paciente).

De esta forma, como podrá observarse, el paradigma anterior del paternalismo médico queda recortado en su alcance, por el reconocimiento de un mayor protagonismo del paciente, en nuestro caso, terminal. En suma, la medicina ha dejado de ser la disciplina científica encargada de definir en todas las circunstancias y de manera objetiva, qué es la vida y qué es la salud, porque ahora, se han abierto posibilidades singulares y subjetivas de construcción de estas respuestas⁵⁹. En síntesis, la pretensión de verdad acerca de la vida, se ha transformado en conjeturas relativamente sostenidas, por el consenso.

Por último, significativo también resulta el tratamiento de los problemas que se derivan del desarrollo de la justicia y la utilidad. En el caso de la eutanasia, la realización del valor utilidad conduce con frecuencia al médico a la toma de decisiones, respondiendo a criterios de eficiencia. Cuando ello ocurre, el profesional de la salud actúa movido por el afán de maximizar los resultados de su ciencia en función de los recursos disponibles. Desde esta perspectiva, las prácticas eutanásicas se convier-

⁵⁸ Mill, *Sobre la libertad*.

⁵⁹ Gracia, *Fundamentos de bioética*; Hooft, *Bioética y derechos humanos*.

ten en marcos de actuación extremadamente peligrosos para el sostenimiento de la voluntad del paciente, toda vez que éstas podrían ser calificadas como “vías eficaces” para la liberación de medios y espacios sanitarios siempre escasos. En consecuencia, nos parece adecuado el recurso a los criterios de utilidad para dilucidar la proporción o desproporción acaecida entre los instrumentos empleados para la cura y las respuestas obtenidas por el enfermo terminal. Ello permitiría, por ejemplo, echar luz sobre la elección entre el recurso a la eutanasia o a la ortotanasia como caminos de expresión de la voluntad del enfermo.

Sin embargo, nos parece conveniente recalcar que estas pautas de eficiencia, bajo ningún concepto deberían habilitar la utilización de la eutanasia como solución de los conflictos económicos, derivados de la escasez de recursos sanitarios. En otras palabras, jamás podrían justificarse las prácticas eutanásicas en favor de la liberación, verbigracia, de camas o cualquier otro bien sanitario, en un hospital carente de ellos. El derecho, en este sentido, tiene que observar este problema económico para que, precisamente, lo económico no se trague el pequeño espacio de libertad sobreviviente en cabeza del paciente.

Ahora bien, el criterio de justicia reseñado al comienzo de la exposición de este apartado opera, permitiendo la valoración concreta de los vínculos sociales que se generan en el seno del mundo jurídico. Así, pues, cabe afirmar que la aplicación de los principios de justicia nos lleva a observar que: éstos se desarrollarán en mayor grado cuando en las situaciones de eutanasia intervienen repartidores y beneficiarios interesados, en lugar de sujetos poderosos –cuya actuación sólo se legitima por el uso de la fuerza–. Esto es, cuando participan personas que están situadas en pie de igualdad, desde un espacio de libertad personal claramente delimitado. La superioridad científica del médico queda así, compensada, gracias al reconocimiento del rol activo del enfermo. Respecto del objeto de reparto hay que advertir, por su parte, que en principio mayor justicia se hará si la potencia e impotencia que se deriva del vínculo son consideradas por ambas partes “merecedoras de ser repartidas” (objeto repartidero).

La vida y la muerte constituyen objetos de reparto y, en cuanto tales, su adjudicación debe ser evaluada por médicos y pacientes en atención a los méritos y deméritos que puedan derivarse de la detentación de aquéllos en cada circunstancia. De este modo, el reparto de potencias e impotencias deberá ser analizado a la luz de la obtención de una mejor calidad de vida –y no sólo en función de alternativas que sostengan la vida cuantitativamente–. La eutanasia, en este marco, bien podría ser observada por el enfermo como una posibilidad de interrumpir una vida no calificada o indigna. En atención a las formas o caminos para llegar a la configuración de la eutanasia puede decirse que, la más justa será la vía de la negociación, en la cual el diálogo y la exposición de los móviles y razones de las partes, es plenamente posible⁶⁰. Al tiempo que, también es menester señalar la preferencia axiológica de los vínculos sociales o repartos autónomos, respecto de los autoritarios, en virtud del consenso que sólo en el primero se logra⁶¹.

⁶⁰ Recordamos que, cuatro son las formas de los repartos: la negociación, la mera imposición, el proceso y la adhesión. Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 419 y siguientes.

⁶¹ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*.

Desde una perspectiva global, la realización del principio de justicia requiere que tanto en el conjunto de repartos como en el ordenamiento normativo, se consideren las exigencias derivadas del principio de inviolabilidad de la persona, del sostenimiento de la comunidad y de la tolerancia. Mediante el primero, será posible admitir el carácter personalísimo del derecho a la libre disposición del propio cuerpo y de la integridad física y moral, fundamentos básicos para la aceptación de la eutanasia. Mas, el ejercicio de esta libertad del paciente terminal debe coexistir con el espacio de libertad dado igualmente a los otros (comunidad). En nuestro caso, se podría decir que la libertad del enfermo termina cuando su ejercicio daña la vida e integridad a los demás. De modo tal que, sólo resultarían justas las situaciones de eutanasia en las cuales no se vean comprometidas la libertad, vida e integridad del personal de la salud, de los familiares, de terceros. En síntesis, la decisión del paciente terminal en el caso, no debe generar graves riesgos a la autonomía y dignidad de quienes lo acompañan. Asimismo, en este complejo entramado de acciones y normas jurídicas, el principio de la tolerancia juega un rol relevante toda vez que, por su intermedio, es factible comprender la necesidad de respetar decisiones basadas en deseos, creencias o ideologías diversas entre sí. Sólo desde este marco, pues, se podrá concretar el ideal kantiano que nos conmina a respetar a cada ser humano como fin en sí, y no como simple medio de otros⁶².

6. Conclusiones

La consideración jurídica de la eutanasia nos ha colocado en primer lugar, ante la necesidad de precisar el propio concepto de eutanasia mas también, el de derecho; puesto que ambos constituyen términos multívocos. Así, pues, en este trabajo hemos señalado que la eutanasia puede ser entendida como el *proceso de anticipar la muerte de una persona que padece una enfermedad irreversible y que, por su causa, vive en condiciones vitales muy precarias, en el plano físico, psíquico y moral, que pueden ser clasificadas como indignas de su humanidad*⁶³. En tanto que, la palabra derecho nos coloca ante un fenómeno complejo, en cuyo seno se integran tres elementos: hechos sociales, normas y valores (justicia)⁶⁴. Si la eutanasia es un proceso de anticipación de la muerte en las condiciones mencionadas, nos preguntamos luego si es posible sostener la existencia de un derecho a morir, manteniendo una posición negativa al respecto. En suma, se señaló que no existe un derecho a morir, toda vez que el mismo se sostiene sobre la base de un objeto que no puede ser conceptualizado y aprehendido.

Tres elementos, en cambio, se rescataron en este trabajo como pilares de fundamentación de la eutanasia: la libertad, la vida y la integridad física y moral. Al tiempo que, fusionados en el caso, dan lugar al reconocimiento de un derecho humano y personalísimo a la libertad de elegir (preferir) y decidir (resolver) qué, cómo y hasta dónde o cuándo vivir, aplicable en caso de padecer enfermedades terminales.

⁶² Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, tr. A. Cortina y J. Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1989.

⁶³ Peces Barba, *La eutanasia*, p. 17 y siguientes.

⁶⁴ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*.

Delimitado entonces, el campo de estudio, se realizó a posteriori un análisis tridimensional éste, dentro del cual fue posible comprobar el carácter jurídico complejo de la eutanasia. Desde la perspectiva normológica, por su parte, se observó la falta de normas generales aplicables al tema estudiado. No obstante, del plano constitucional es posible rescatar lo reseñado en torno al derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y moral, a la libertad de expresión y a la igualdad ante la ley. Tampoco encontramos entre los textos positivos referencia alguna en favor del reconocimiento de un derecho a morir. Razón por la cual se puede inferir que los problemas jurídicos derivados de la eutanasia deben ser resueltos a la luz de lo estipulado en torno a la vida, libertad e integridad. Sin embargo, en los niveles inferiores de producción normativa, encontramos referencias que podrían ser utilizadas en el sentido contrario a lo estipulado constitucionalmente, tanto como a su favor.

El primer supuesto se verifica, por ejemplo, ante la posibilidad de aplicar legalmente las figuras penales de homicidio, abandono de personas, lesiones o instigación y ayuda al suicidio; o bien, lo relativo a responsabilidad civil; a los supuestos de eutanasia. El segundo, en cambio, se constata en el ámbito jurisprudencial, dentro del cual se han ido admitiendo soluciones favorables al tema. En este sentido cabe recordar, los fallos argentinos y extranjeros analizados que dan lugar a peticiones de eutanasia, y los recursos de venia judicial con los cuales se autorizan prácticas eutanásicas (medidas autosatisfactivas); basados todos ellos en la recepción de la figura del consentimiento informado. A fin, pues, de evitar contradicciones que vayan en desmedro del reconocimiento de esta figura, bueno será llenar el vacío legal, mediante la inmediata elaboración de una ley general sobre la materia. La labor jurisprudencial, en este caso, no basta.

El análisis ius-sociológico nos ha mostrado, además, que la eutanasia constituye un proceso derivado de un hecho humano, de un “reparto”, ya sea éste de acción o de omisión. Ni siquiera la ortotanasia escapa a este modelo de adjudicación. Al tratarse, pues de un reparto, el médico y el paciente actuarán como repartidores y recipiendarios correspondientes entre sí. El médico se vinculará con el paciente desde una relación de poder y fuerza, en tanto que el paciente lo hará desde un marco de fragilidad y vulnerabilidad. No obstante este reconocimiento, la realidad indica también que las asimetrías observadas funcionarán en cada caso, de manera ambivalente, dando lugar a la compensación final de las fuerzas existentes. A fin de evitar el desarrollo de tensiones altamente conflictivas, en la práctica, los riesgos de esta ambivalencia son resueltos, por ejemplo, mediante el uso de “directivas anticipadas (DA)”.

Por otra parte, en la perspectiva ius-sociológica se detectó también que el desarrollo de la eutanasia en Argentina aún genera situaciones de excepción en la comunidad. No existen planificaciones gubernamentales que orienten de manera expresa sobre esta materia –porque no existen normas generales, según ya vimos–. Así como también se puede señalar, que son muy pocas las referencias jurisprudenciales producidas al respecto que permitan ofrecernos tendencias claras de interpretación para el derecho. Sin embargo, la preocupación por el fenómeno ya se ha instalado en el país, como hemos podido apreciar con anterioridad.

Por último, dentro del campo axiológico del derecho se advirtió que la eutanasia genera relevantes conflictos de valores, verbigracia: entre la justicia, la vida y la

salud; la justicia y la verdad o bien, entre la justicia y la utilidad. No obstante, vimos también que la eutanasia sólo puede legitimarse si acudimos a criterios de justicia que reconozcan a la libertad como ingrediente principal. En este sentido vimos, pues, que el principio de justicia reclama que el Estado, la sociedad y las personas aisladamente consideradas, establezcan comportamientos y normas que aseguren a cada individuo un espacio de libertad dentro del cual, éste pueda personalizarse. Es decir, pueda desarrollar sus proyectos de vida y actuar, conforme a lo que él entienda como vida digna, sin obstaculizar el desarrollo de los planes de los demás⁶⁵. De modo tal que, el concepto de justicia de referencia se estructura en torno a dos elementos, que pueden fundamentar el reconocimiento de la eutanasia: la libertad y la igualdad. Con la libertad se demarca, positiva y negativamente, el interior del territorio de expresión y actuación de cada persona en relación a otras, se establece el campo dentro del cual las elecciones responsables sean posibles. En tanto que, a través de la igualdad, se establecen sus fronteras; se delimitan, en suma, los límites de aquel espacio de vida individual, permitiendo la convivencia.

Asimismo, advertimos que la aplicación de este principio de justicia nos lleva a observar que: ésta se desarrollará en mayor grado cuando en las situaciones de eutanasia intervienen repartidores y beneficiarios interesados, en lugar de sujetos poderosos –cuya actuación sólo se legitima por el uso de la fuerza–. Respecto del objeto de reparto se señaló que, en principio, mayor justicia se hará si la potencia e impotencia que se deriva del vínculo son consideradas por ambas partes “merecedoras de ser repartidas” (objeto repartidero), a la luz de la obtención de una mejor calidad de vida –y no sólo en función de alternativas que sostengan la vida cuantitativamente–. En atención a las formas o caminos para llegar a la configuración de la eutanasia, la más justa será la vía de la negociación, en la cual el diálogo y la exposición de los móviles y razones de las partes, es plenamente posible⁶⁶. Además, señalamos la preferencia axiológica de los vínculos sociales o repartos autónomos, respecto de los autoritarios, en virtud del consenso que sólo en el primero se logra. Al tiempo que, desde una perspectiva global, se reconoció que la realización del principio de justicia en el conjunto de repartos y en el ordenamiento normativo, requiere que se consideren las exigencias derivadas del principio de inviolabilidad de la persona, del sostenimiento de la comunidad y de la tolerancia.

© Editorial Astrea, 2015. Todos los derechos reservados.

⁶⁵ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 419 y ss.; Nino, *Ética y derechos humanos*; Rawls, *Teoría de la justicia*.

⁶⁶ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 438 y siguientes.