

LA DISTINCIÓN ENTRE ACEPTAR LA MUERTE Y ELEGIR LA MUERTE. LA RAZONABILIDAD DE LA INJERENCIA DEL ESTADO EN LA OMISIÓN DE CUIDADOS MÉDICOS

Pilar Zambrano¹

Profesora Asociada de Filosofía
Universidad Austral (Argentina)

Investigadora del Consejo Nacional de Ciencia y Técnica de la Argentina
(CONICET)

RESUMEN: Asumiendo la validez del principio constitucional de la objetividad e incondicionalidad del valor jurídico de la vida, este trabajo se propone determinar cuáles son las condiciones de razonabilidad de la injerencia pública en las decisiones concernientes a la omisión o remoción de tratamientos o cuidados médicos, cuando es esperable que a la omisión o remoción le sigue la muerte. Partiendo de la intrínseca apertura de los principios ius-fundamentales al razonamiento moral, la solución de este problema exige resolver de forma inicial y preliminar qué omisiones pueden conceptualizarse como “matar” o disponer de la vida (propia o ajena), y qué omisiones pueden en cambio conceptualizarse como “dejar morir”, desde un punto de vista moral y jurídico. Sobre esta base, en el primer epígrafe se procurará distinguir entre el acto moral de “dejar morir” (o dejarse morir) y el acto moral de disponer de la vida. Pero la dependencia entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico no supone confusión entre los dos niveles de decisión, sino complementariedad. Se insistirá en este sentido en los epígrafes siguientes que el juicio jurídico acerca de la legalidad del obrar agrega al juicio moral las condiciones de exterioridad y de trascendencia social del obrar cuya corrección se juzga. Asumiendo esta diferencia específica entre uno y otro juicio, se intentará por último determinar qué omisiones de cuidados o tratamientos son jurídicamente relevantes para el derecho; y cuáles son las condiciones de razonabilidad jurídica de la injerencia pública en la decisión de omitir o suspender cuidados médicos en nombre propio o en nombre de un incapaz.

PALABRAS CLAVE: Bioética, dignidad al morir, privacidad, proporcionalidad, sensatez.

ABSTRACT: Assuming that Constitutional Practices incorporate a principle stating that human life has an unconditional and objective value, this study aims at determining which, if any, are the conditions for legitimate and reasonable State interference in decisions concerning the omission or withdrawing of medical care, when death might follow this course of action. Assuming as well that principles recognizing fundamental rights are intrinsically open to moral reasoning, the first section intends at distinguishing between “killing and letting die”, both from an ethical and a Law perspective. But as the connection between Moral and Law reasoning should not be conflated into an identity between both fields, the next sections focus on externality and social effect as specific Law elements for judging human action base. On this basis, last sections take the purpose to distinguish when omission or withdrawal of medical care is relevant for Law, and when public interference in these decisions is reasonable, either when they are taken by and for oneself or in the name of an incompetent patient.

KEY WORDS: Bioethics, Dignity in dying, Privacy, Proportionality, reasonableness.

¹ La autora agradece a Juan Cianciardo por sus valiosas observaciones a una versión inicial de este trabajo, que han sido incorporadas a esta versión final.

La distinción entre aceptar la muerte y elegir la muerte. La razonabilidad de la enjenerencia del Estado en la omisión de cuidados médicos

SUMARIO: I. introducción—II. La apertura del razonamiento ius-fundamental al razonamiento bioético. la distinción ética entre matar y dejar morir en perspectiva ética—III. El juicio de eficacia de los cuidados y la relación de causalidad entre omisión y muerte—IV. Los cuidados deben ser asequibles o factibles y proporcionados—V. La distinción entre matar y dejar morir en perspectiva jurídica—VI. La legitimidad de los cuidados o de su imposición: conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el constitucionalismo estadounidense de las décadas del 60' y del 70' tuvo lugar una confluencia de factores políticos, jurídicos, filosóficos y culturales que impulsaron una nueva etapa en el desarrollo de las llamadas "libertades preferidas"². Se dieron en ese momento una serie de precedentes célebres como *Griswold vs. Connecticut* o, años más tarde, *Roe vs. Wade*³. Más allá de cuál sea la libertad o el derecho concreto cuyo contenido se intentó determinar en cada caso, el objeto específico de la reflexión constitucional durante esta etapa fue lúcidamente sintetizado en el voto mayoritario en *Planned Parenthood of Southeastern Penn. vs. Casey*: se trató de determinar cuáles son "los límites entre la libertad individual y las exigencias de una sociedad organizada", en la esfera de asuntos que "involucran las decisiones más íntimas y personales que una persona puede hacer a lo largo de su vida, [y que son] centrales para [su] autonomía y dignidad personal"⁴.

² La *preferred freedoms doctrine* nació, como es sabido, en la célebre nota 4 del juez Stone en el caso *United States v. Carolene Products Co.* Se dijo allí, concretamente, lo siguiente: "Puede haber un alcance más restringido para la operatividad de la presunción de constitucionalidad cuando la legislación muestra en sí misma [on its face] que está alcanzada por una prohibición específica de la Constitución, tal como aquellas de las diez primeras enmiendas, que es juzgada igualmente específica cuando se las considera comprendidas dentro de la Decimocuarta. Ver *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. 444, 452.

Cfr., en general, GILLMAN, Howard, "Preferred freedoms: The progressive expansion of state power and the rise of modern civil...", *Political Research Quarterly* 47, no. 3 (September 1994), 623; THOMAS, George, "Lochner's Ghost, American Constitutional Development: The Post 1937 Search for Constitutional Rights" in *Conference Papers -- American Political Science Association* (August 27, 2003): 1-38. Sobre el caso que originó la doctrina, cfr. ACKERMAN, Bruce A., "Beyond Carolene Products", *Harvard Law Review* 98, no. 4 (February 1985), p. 713; ROY, Jeffrey A., "Carolene Products: A Game-Theoretic Approach", *Brigham Young University Law Review* 2002, no. 1 (March 2002), p. 53; FARBER, Daniel A., and FRICKEY, Philip P., "Is Carolene Products Dead?", *California Law Review* 79, no. 3 (May 1991), p. 686.

Cfr., asimismo, SERNA, Pedro, "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información", en *Humana lura*, 4, Pamplona, 1994, ps. 197-234. p. 207. Cfr. una visión de la doctrina mencionada en relación con la jurisprudencia de la Corte argentina en BIANCHI, Alberto, B., «Las llamadas "libertades preferidas" en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina», en *Régimen de la Administración Pública*, núm. 146, Año 13, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1991, ps. 7-49.

³ 381 U.S.479 (1965) y 410 U.S. 113 (1973). En el primer caso se declaró la inconstitucionalidad de la prohibición legal del uso de anticonceptivos; en el segundo, la inconstitucionalidad de la penalización del aborto.

⁴ 505 U.S., 833, 846, 852. La bibliografía existente sobre estos precedentes es abrumadora. En los últimos cinco años, cfr., entre otros, SUNSTEIN, Cass R., "Second Amendment Minimalism: Heller as Griswold", *Harvard Law Review* 122, no. 1 (November 2008), ps. 246-274; WEIGEL, George, "The Sixties, Again and Again", *First Things: A Monthly Journal of Religion & Public Life* no. 182 (April 2008); BERKOWITZ, Peter, "The Court, the Constitution, and the Culture of Freedom", *Policy Review* no. 132 (August 2005), ps. 3-25; STEIN, Marc, "The Supreme Court's Sexual Counter-Revolution", *OAH Magazine of History* 20, no. 2 (March 2006), ps. 21-25; FRIEDMAN, Lawrence M., "Griswold v. Connecticut: Birth Control and the Constitutional Right of Privacy", *Journal of Interdisciplinary History* 37, no. 1 (Summer2006 2006), ps. 161-163; LINTON, Paul Benjamin, "The Legal Status of Abortion in the States if Roe v. Wade is Overruled", *Issues in Law & Medicine* 23, no. 1 (Summer2007 2007), ps. 3-12; CALABRESI, Steven G., "How to Reverse Government Imposition of Inmorality: a Strategy for Eroding Roe v. Wade", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 31, no. 1 (Winter2008 2008), ps.

En el ejercicio de esta tarea consistente en fijar los límites entre la libertad individual y el orden público o “las exigencias de una sociedad organizada”, la Corte Suprema estadounidense reconoció una serie de libertades preferidas y derechos fundamentales no enumerados de modo expreso en la Constitución ni en sus enmiendas. El más célebre y debatido de esos derechos fue, sin lugar a dudas, el derecho a abortar creado en *Roe vs. Wade*⁵.

Entre los factores culturales que dieron forma y contenido a esta reflexión jurisprudencial en torno a la privacidad, no ocupa un lugar menor el nacimiento y el desarrollo paralelo de la Bioética a principios de la década del 70⁶, como disciplina orientada a la reflexión teórica y práctica acerca de las implicancias éticas de aplicación de los saberes científicos y tecnológicos a la vida humana⁶. Esta alimentación recíproca entre el debate jurisprudencial y el debate bioético puede a su vez explicarse como una manifestación de las preocupaciones existenciales propias de una época en que confluyeron dos tendencias en cierto sentido opuestas. A un progreso sostenido y constante de las ciencias empíricas, le siguió casi como efecto inevitable un progreso sostenido y constante de la técnica, que modela la vida del hombre contemporáneo hasta un punto en que surgió, inevitable, la pregunta: ¿continúa aún la técnica al servicio del hombre?

Una pregunta como ésta no puede abordarse con los métodos y conceptos de las ciencias empíricas y de la técnica, por la sencilla razón de que no es una pregunta científica —en este sentido estricto de ciencia— ni técnica, sino ética⁷. La incapacidad

85-92; MALTZ, Earl M., “Roe v. Wade and Dred Scott”, *Widener Law Journal* 17, no. 1 (October 2007), ps. 55-71; ADAMS, Andrew A., “Aborting Roe: Jane Roe the Viability of Roe v. Wade”, *Texas Review of Law & Politics* 9, no. 2 (Spring 2005), ps. 325-365; BALKIN, Jack M., “How Men Genetic Technologies will Transform Roe v. Wade”, *Emory Law Journal* 56, no. 4 (April 2007), ps. 843-864. Sobre *Casey*, puede consultarse, entre otros, aunque con perspectivas no plenamente coincidentes con lo que sostendremos aquí, DEVINS, Neal, “How Planned Parenthood v. Casey (Pretty Much) Settled the Abortion Wars”, *Yale Law Journal* 118, no. 7 (May 2009), ps. 1318-1354; ASHTON, Ann L., and BRASHERS-KRUG, P. Gail “Abortion on the Supreme Court agenda: Planned Parenthood v. Casey and its possible”, *Law, Medicine & Health Care* 20, no. 3 (Fall 1992), p. 243; CALABRESI, Steven G., “Text, Precedent, and the Constitution: Some Originalist and Normative Arguments for Overruling Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey”, *Constitutional Commentary* 22, no. 2 (Summer 2005), ps. 311-348.

⁵ Dejando a salvo las diferencias que toda comparación analógica presupone, puede afirmarse que el giro hacia la privacidad en la “era de las libertades preferidas” tuvo su correlato en Europa occidental casi una década después, con una serie de casos jurisprudenciales que —como en Estados Unidos— al tiempo que se propusieron determinar los límites o contornos de la privacidad o intimidad personal frente a la injerencia del poder público, engrosaron la lista de derechos y libertades fundamentales. Los casos paradigmáticos en este sentido en España fueron la STC 53/1985, donde el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la despenalización del aborto; y las SSTC 212/1996 y 116/1999 donde declaró la constitucionalidad de las leyes sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos; y sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁶ Sobre esta definición y otras definiciones posibles de la bioética, cfr. por ejemplo, SRGECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, V. M. Fernández (trad.), Diana, México, 1996, ps. 45 ss.

⁷ La Bioética como rama específica de la Ética nace, precisamente, frente a la advertencia del oncólogo Van Rensselaer Potter de que era preciso tender un puente entre los saberes tecnológicos y humanísticos a fin de que el progreso de los primeros no se concretara en una seria amenaza al medio ambiente y, en consecuencia, a la supervivencia del hombre. La reflexión posterior se centralizó, en cambio, de modo más específico en la aplicación de la tecnología a la vida humana. El término “bioética” fue introducido por primera vez en 1970 por este autor, en “Bioethics: The Science of Survival”, *Perspectives in Biology and Medicine*, Nueva York, 1970, y se extendió luego con la publicación de su libro *Bioethics. Bridge to the Future*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice Hall Publ., 1971. Cfr. al respecto SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, cap. I.

de la ciencia para responderla no sería problemática si no se pretendiera que la Ética tuviera recursos epistemológicos capaces de suplirla con el mismo grado de certeza de la ciencia. Lo cierto, sin embargo, es que los recursos epistemológicos de la Ética no sólo no acallan la discusión sino que, más bien, la profundizan, especialmente en un trasfondo cultural agudamente conceptualizado por Rawls como “pluralismo razonable”, que se caracteriza por la convivencia de un conjunto de concepciones éticas y antropológicas diversas, y a veces hasta contrapuestas entre sí⁸.

Tres factores confluyeron, en fin, en la preocupación común y central de la Bioética y la práctica constitucional descrita por hacer prevalecer la autonomía o privacidad de la persona en toda decisión concerniente al cuidado de su vida y su salud: el peligro de la despersonalización de procesos íntimos como la muerte y el nacimiento frente al avance sostenido de la técnica médica; un trasfondo social caracterizado por la diversidad ética; y la pretensión de dotar a las respuestas éticas de un grado de certeza cuanto menos comparable al de las ciencias empíricas⁹.

Sin embargo, aunque sin duda compatible con la pretensión de respeto y de fomento de la diversidad ética, ni el principio bioético de autonomía ni su correlato constitucional de privacidad e intimidad constituyen un criterio auto-suficiente para la determinación de cuáles son los derechos y libertades que, acogiendo las palabras de la mayoría en Casey, “son centrales para la dignidad personal”. El propio Rawls admite, entre otros, que toda definición de derechos descansa en última instancia sobre una definición sustantiva o material de persona y, por ende también, sobre una concepción sustantiva acerca del valor de la vida humana¹⁰.

⁸ Cfr. RAWLS, John, «The Idea of an Overlapping Consensus», *Oxford Journal of Legal Studies*, 7-1987, ps. 1-25; *Liberalismo Político*, Antoni Domènech, (trad.), Crítica, Barcelona, 1996, ps. 44 y 167.

⁹ Sobre la centralidad del principio de autonomía en la reflexión bioética contemporánea, y sobre su dependencia del contexto social plural, cfr., entre muchos otros, CHILDRESS, James, F., *Who Should Decide? Paternalism in Health Care*, Oxford University Press, New York, 1982, prefacio; y, también resaltando la centralidad de la preocupación en la reflexión bioética por la autonomía, pero en sentido crítico, abogando por su complementación con el principio de “cuidado” (care) por el otro, KULTGEN, John, *Autonomy & Intervention. Parentalism in the Caring of Life*, Oxford University Press, New York, 1995, ps.7 ss. La irrupción del principio de autonomía en el pensamiento ético-filosófico contemporáneo es obra casi exclusiva de Kant con su *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), es altamente discutible en qué medida el principio liberal/constitucional de privacidad y el principio bioético de autonomía reproducen el principio ético kantiano. Las dudas emergen de forma especial en torno al abandono en el plano bioético de la máxima kantiana de universalidad, según la cual un mandato que no pudiera universalizarse no sería genuinamente autónomo (cfr. KANT, Immanuel, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, en *Kants Schriften. Werke*, vol. IV, edición de la Academia Prusiana de las Ciencias, p. 403. Se cita por la edición bilingüe de MARDOMINGO, José, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ariel, Barcelona, 1996, ps. 135-136). El abandono de la universalidad conduce a Beauchamp y Childress, por ejemplo, a negar enfáticamente la identificación entre el concepto kantiano de autonomía y el concepto bioético, sin negar la filiación del segundo respecto del primero. Cfr. BEAUCHAMP, Tom L., y CHILDRESS, James, F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York, 4th. Ed., 1994, ps. 58 y 125. Sobre la discusión acerca de la ascendencia kantiana del derecho fundamental a la privacidad, entendido en clave liberal, es ilustrador el debate entre David Richards y John Finnis en FINNIS, John, «Legal Enforcement of “Duties to Oneself”: Kant v. Neo-kantians», en *Columbia Law Review*, 87 (1987), 443, n. 47 y RICHARDS, D., «Kantian Ethics and the Harm Principle: A Reply to John Finnis», *Idem*, ps. 457-471.

¹⁰ Cfr. RAWLS, John, *op. cit.*, p. 226.

En el plano de la Bioética general las propuestas acerca de cuál es el origen y el alcance del valor de la vida humana se auto-limitan en función de la cosmovisión ética procedimental y/o sustancial en que se formulan y, en última instancia, de la concepción antropológica que subyace a cada cosmovisión ética¹¹. En el plano jurídico el espectro o marco decisorio es en cambio más restringido: no cualquier teoría ética ni antropología vale, sino aquellas sean compatibles con el conjunto de los principios ius-fundamentales que cualifican a una práctica como “constitucional”. En especial, con el principio ius-fundamental de que toda persona es igualmente digna, lo cual supone que toda vida humana es igualmente valiosa en forma incondicional o absoluta.

La incondicionalidad del valor jurídico de la persona y, consecuentemente de su vida, fue reconocida por la propia Corte norteamericana algunas décadas después de Roe, al negar que el suicidio fuera una dimensión necesaria de la autonomía descrita en *Casey* como fuente de derechos¹². Asumiendo pues de la validez de este dogma constitucional de la objetividad e incondicionalidad del valor jurídico de la vida, este trabajo se propone determinar cuáles son las condiciones de razonabilidad de la injerencia pública en las decisiones concernientes a la omisión o remoción de tratamientos o cuidados médicos, cuando es esperable que a la omisión o remoción le sigue la muerte.

La condición central de esta razonabilidad, como es obvio, es que la injerencia se dirija a proteger la vida humana sin distinción de personas. De forma que el problema planteado exige resolver de forma inicial y preliminar qué omisiones pueden conceptualizarse como “matar” o disponer de la vida (propia o ajena), y qué omisiones pueden en cambio conceptualizarse como “dejar morir”. La intrínseca apertura del razonamiento jurídico al razonamiento moral —que, en lo que aquí atañe, es razonamiento bioético— explica que el estudio de esta cuestión inicial suponga el recurso a un razonamiento bioético. Y no a cualquier razonamiento bioético, sino uno que asuma una antropología y una teoría ética general compatible con el principio de la igual dignidad de toda vida humana. Salvada esta reserva, en el primer epígrafe se procurará distinguir entre el acto moral de “dejar morir” (o dejarse) y el actor moral de disponer de la vida.

Pero la dependencia entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico no supone confusión entre los dos niveles de decisión, sino complementariedad. Se insistirá en este sentido en los epígrafes siguientes que el juicio jurídico acerca de la legalidad del obrar agrega al juicio moral las condiciones de exterioridad y de trascendencia social del obrar cuya corrección se juzga. Asumiendo esta diferencia específica entre uno y otro juicio, se intentará por último determinar qué omisiones de

¹¹ Sobre esta doble dependencia entre juicios bioéticos concretos, ética general y antropología, cfr. sólo a modo de ejemplo, BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James, *op.cit.*, ps. 3 y ss; D'AGOSTINO, Francesco, *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, trad. Pelletier G., Licitra, J., Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003, ps. 59 y ss.; ENGELHARDT, J. R., *The Foundations of Bioethics*, 2 ed., Oxford University Press, New York, 1996, p. 118; KASS, Leon, R., *Life, Liberty and the Defense of Dignity*, Encounter Books, San Francisco, 2002, p. 2; SGRECCIA, Elio, *op. cit.*, ps. 108 y ss.

¹² Cfr. *Washington et als. vs. Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2269-71.

cuidados o tratamientos son jurídicamente relevantes para el Derecho; y cuáles son las condiciones de razonabilidad jurídica de la injerencia pública en la decisión de omitir o suspender cuidados médicos en nombre propio o en nombre de un incapaz.

II. LA APERTURA DEL RAZONAMIENTO IUS-FUNDAMENTAL AL RAZONAMIENTO BIOÉTICO. LA DISTINCIÓN ÉTICA ENTRE MATAR Y DEJAR MORIR EN PERSPECTIVA ÉTICA

Una discusión ya bastante rodada o andada en la filosofía del Derecho actual es la que concierne a los diferentes tipos o clases de normas jurídicas, y en particular, a la distinción entre principios y reglas. Las discusiones son varias, y no es del caso tratar ahora en que disienten los filósofos del Derecho, sino más bien en qué están de acuerdo. Podría decirse, en este sentido, que una nota peculiar de los llamados “principios” es el alto nivel de abstracción del lenguaje en que están formulados y, consecuentemente, su peculiar modo de dirigir o “mandar”. Los principios, dice Alexy entre otros, no obligan a modo de “todo o nada”, sino que son mandatos de optimización. No mandan a hacer esto o aquello, sino que mandan u obligan a realizar un determinado fin, bien o valor, que puede ser actualizado o realizado de muchos modos¹³.

La determinación de cuáles son los derechos fundamentales en relación con el cuidado de la propia vida es, sin lugar a dudas, una cuestión de principios. Se trata de determinar, como en parte se adelantó, qué modos de actuar son respetuosos de su integridad física y moral, de la salud, y de la vida. Más amplia y radicalmente, se trata de especificar cómo se proyecta el respeto a la dignidad personal en el trato de la dimensión biológica del hombre.

La advertencia de que los principios jurídicos forman parte de toda práctica jurídica o, si se quiere, de todo ordenamiento jurídico, ha sido una suerte de agujón o piedra en el zapato para cualquier tradición que pretendiera separar de forma tajante el Derecho de la moral. Las razones son obvias, y por lo menos dos. Una, que los principios jurídicos son traducciones casi textuales de principios morales clásicos, y su juridicidad les viene dada, más que de su origen, de su intrínseca razonabilidad¹⁴. La segunda razón, es que un principio jurídico no puede interpretarse de modo “aséptico”, o puramente jurídico, si se quiere. Para determinar cuál es el sentido de los principios jurídicos, y en especial para determinar cuál es el bien, fin o valor que manda o impera realizar, el intérprete no tiene otro recurso que el de sumergirse en una reflexión acerca de la dimensión de la justicia que el principio obliga o manda realizar. En otras palabras, el principio sitúa al intérprete frente a la pregunta moral o meta-positiva por lo justo¹⁵.

¹³ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1a. reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 81-87 y *passim*. Cfr., asimismo, CIANCIARDO, Juan, «Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, ps. 891-906.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Hemos cuestionado el intento del positivismo actual de conciliar la tesis de las fuentes sociales del Derecho con la apertura moral del Derecho constitucional en ZAMBRANO, Pilar, «La interpretación jurídica como co-creación», en

En algunos instrumentos jurídicos se intenta orientar al intérprete en el proceso de determinación del sentido de los principios ius-fundamentales, con pautas tales como la promoción “del mejor interés del niño, recogida en la Convención de los Derechos del niño en su artículo 3ero., del “mejor interés del niño”. Pero este principio es, valga la redundancia, un ejemplo paradigmático de principio por oposición a las reglas. No es ésta, en efecto, una norma que describa un modo obrar, sino más bien un objetivo, delegando un enorme espacio de libertad al intérprete para determinar en las circunstancias qué modo de obrar es el que optimiza este “mejor interés” del niño. De forma que el intérprete de esta Convención se encuentra en una posición casi idéntica a la que se sitúa el intérprete de cualquier otro instrumento que explícita o implícitamente obligue a tratar al incapaz o incompetente como al resto de las personas.

Podría pues decirse que el principio que obliga a los jueces a decidir siempre conforme al “mejor interés del niño” condensa la misma exigencia ius-fundamental que rige para el resto de las personas: es un mandato dirigido a los jueces de que interpreten el Derecho en la línea de la justicia. Desde esta perspectiva, se comprende quizá que la determinación del mejor interés del niño o del mejor interés de cualquier otro sujeto, capaz o incapaz en relación con el tratamiento y el cuidado médico no es el resultado de un razonamiento puro de derecho positivo, sino más bien el resultado de un razonamiento mixto, jurídico moral y jurídico positivo. Y puesto que se trata, en definitiva, de determinar lo justo en el trato de la salud y la vida humana, parece imperioso comenzar por una remisión a los clásicos principios bioéticos de “beneficiencia”; “no maleficiencia” y “autonomía”¹⁶.

La cierto es que estos principios bioéticos son tan abstractos, o más, que el principio jurídico del mejor interés que se intenta determinar o concretizar. En efecto, ¿qué es benéfico? ¿Lo que promueve aquello que el sujeto dice o expresa que quiere; lo que en verdad quiere el sujeto, aunque no sepa expresarlo o lo exprese incorrectamente; o lo que se aviene con un bienestar físico, psicológico, o ambos, definidos de modo objetivo? ¿Qué daña al sujeto, o a sus intereses?

Algunos filósofos políticos, como Dworkin, funden todos los principios bioéticos en el de autonomía: hace daño aquello que se opone a los intereses autónomamente formulados y expresados por el paciente; y hace bien lo que promueve estos intereses¹⁷. Esta solución presenta muchas objeciones, la principal de las cuales se

Problema, 3, México D.F. 2010, ps. 375-414; y más extensamente en *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación ius-filosófica a la tesis de la discrecionalidad*, Instituto de investigaciones jurídicas, México D.F., 2009. Sobre la pretensión existencial de justicia del Derecho en general, cfr. ZAMBRANO, Pilar, «El Derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación», en *Dikaion*, 18, 2009, ps. 109-131, y las referencias que allí se citan.

¹⁶ Sobre el origen de estos principios en el debate bioético contemporáneo y sus principales tendencias de interpretación, cfr., por ejemplo la obra clásica de BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James, *op.cit.*, *passim*.

¹⁷ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*; Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres (trads.), Ariel, Barcelona, 1996, ps. 276 y ss. Hemos analizado críticamente el pensamiento de político y jurídico de Dworkin en torno al valor de la vida humana en general, y a su carácter disponible en ZAMBRANO, Pilar, *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, cap. III y ss.

hace patente, precisamente, en relación con los incapaces que carecen temporaria o permanentemente de capacidad de discernimiento y, por ende también, de decisión libre y “autónoma”.

Aunque sea un principio válido y razonable en sí mismo, el principio de autonomía no puede pues erigirse en el único principio válido porque son contadas las situaciones en que podría afirmarse que un sujeto formula o genera de modo autónomo una decisión concerniente a su salud y a su vida¹⁸. De modo que poca ayuda brinda respecto de los incapaces la estrategia de identificar su interés con su bienestar, y éste con su autonomía. La promoción del mejor interés no podrá limitarse a averiguar “qué quiere”, o qué dice el sujeto que quiere, sino que supone de forma necesaria averiguar también, ¿qué es de modo objetivo más beneficioso para él y qué injerencia, en cambio, lo daña?

No caben dudas de que los cuidados paliativos que alivian el dolor son o pueden ser benéficos, en general, para el enfermo en estado terminal. El espacio no alcanza para tratar una cuestión marginal, cual es la de los cuidados paliativos que aceleran la muerte. Basta aquí señalar que esta cuestión no suscita en general dudas ni controversia, por lo cual conviene centrarse en otra cuestión que sí genera más confusión y debate. A saber, ¿cuándo es lícito y cuándo es obligatorio —no meramente lícito— suspender u omitir tratamientos médicos?

Una primera respuesta, genérica y abstractamente formulada, podría ser la siguiente: no pueden suspenderse u omitirse tratamientos o cuidados médicos “vitales”, de cuya suspensión u omisión es esperable que siga la muerte. Esta afirmación encierra o asume un principio válido, pero lo hace incorrectamente. El principio válido es que no puede omitirse o suspenderse un tratamiento cuando la omisión o suspensión equivale a “matar” a una persona. Lo que parece inválido es asumir que toda suspensión u omisión de tratamientos médicos así definidos como “vitales” equivale a matar, desde el punto de vista moral y/o jurídico. De modo que aquella pregunta puede reformularse del siguiente modo: ¿cuándo la suspensión u omisión de un tratamiento vital equivale a matar? ¿Cuándo no? ¿Cuándo, incluso, la continuación de los tratamientos es un atentado a la integridad física y moral?

Desde el punto de vista estrictamente moral, el objeto próximo y el fin mediato intentado o elegido en el obrar —activo u omisivo— son ambos necesarios y suficientes para cualificar a un acto en su especie. En esta perspectiva, hay disposición de la vida cuando se omite un tratamiento médico y, con esta omisión, se elige la muerte en sí

¹⁸ Cfr. sobre esta crítica ZAMBRANO, Pilar, “Una puesta a prueba del principio de autonomía», LL, en *Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 8 de Junio de 2005, p. 37; T2005 C, p. 674; «Sobre la moralidad y la juridicidad de la suspensión de tratamientos médicos vitales», LL, Año LXIX (2005), N°44, Buenos Aires, p. 2; T2005B, p. 265; MASSINI CORREAS, Carlos I. y ZAMBRANO, Pilar, “Vida humana, autonomía y el final de la existencia. ¿Existe un derecho a disponer de la propia vida?”, en BORDA, Guillermo, *La persona humana*, La Ley, 2001, ps. 105-136; y las referencias citadas en estos trabajos.

misma como un bien, o se la elige como medio para realizar un fin mediato, como aminorar el dolor. Y esto es así, independientemente de que la omisión pueda o no conectarse de manera causal con la muerte en el orden físico. Pues en el campo de la moral las acciones no se juzgan por sus consecuencias físicas, sino por lo que el agente elige como medio y como fin en su actuar¹⁹.

Por estas razones, no puede hablarse de disposición de la vida desde el punto de vista moral, cuando con la omisión de un tratamiento sólo se tolera una muerte, que en sí misma no se quiere ni como medio, ni como fin. Tampoco se elige la muerte ni como medio ni como fin, cuando el obrar pasivo u omisivo se funda: (a) en un juicio de ineficacia de los cuidados o tratamientos; o (b) en un juicio de inaccesibilidad o ilicitud moral de los cuidados o tratamientos; o (c) en un juicio de desproporción entre los resultados que pueden esperarse de su aplicación y las fuerzas físicas o morales del enfermo, o sus posibilidades económicas²⁰.

Es perfectamente posible que estos juicios sean errados, y que el cuidado o el tratamiento sea útil o eficaz en su capacidad curativa; que sean accesibles; que el resultado de su aplicación justifique su costo físico o moral; y/o que el reparo moral al tratamiento o cuidado no tenga fundamento real. Pero como la moralidad o inmoralidad del obrar se determina por lo que de hecho se elige en el obrar —el juicio de conciencia—, puede concluirse que no hay responsabilidad moral por el resultado —en este caso, la muerte que sigue a la omisión— cuando se obra sobre la base de un juicio fáctico o moral erróneo. Puede existir, por supuesto, responsabilidad moral por la negligencia en la búsqueda responsable de información técnica acerca de la eficacia del tratamiento o cuidado; acerca de sus costos emocionales, económicos o físicos; o acerca de su licitud moral. Pero

¹⁹ Sobre la elección e intención interior como elemento definitorio de la especie del acto moral, desde la perspectiva de una ética de inspiración tomista, cfr., entre otros, PINNIS, John, *Aquinas*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1998, ps. 19-34 y cap. III; y RONHEIMER, Martin, *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, Mardomingo, C., (trad.), Rialp, Madrid, 2000, ps. 104 ss.

²⁰ La distinción entre omisiones no equiparables a la disposición de la vida y omisiones equiparables a esta disposición es controvertida. Hay quienes identifican siempre la omisión de tratamientos médicos vitales, proporcionados o no, con la disposición de la vida. Cfr., por ejemplo, LADD, J., "Positive and Negative Euthanasia", en LADD, J. (ED.), *Ethical Issues Relating Life & Death*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1979, ps. 164 y ss.; RACHELS, J., "Euthanasia, Killing, and Letting Die", en LADD, J. (ed.), *Ethical Issues Relating Life & Death...*, op. cit., ps. 147 y ss.; ROBERTSON, J., "Respect for Life in Bioethical Dilemmas. The Case for Physician-Assisted Suicide", *Cleveland State Law Review*, 45, 1997, p. 334. Otros bioeticistas proponen otros paradigmas de análisis, como el de medios obligatorios/opcionales de tratamiento, y la evaluación de costos/beneficios. Cfr. BEAUCHAMP, Tom y CHILDRRESS, James, *Principles of Biomedical Ethics*, op. cit., ps. 196 y ss.; STRASSER, M., "Assisted Suicide and the Competent Terminally Ill. On Ordinary Killing and Extraordinary Policies", *Oregon Law Review*, 74, 1995, ps. 577 y ss. En este trabajo distinguimos entre omisiones equiparables a la disposición y omisiones no equiparables a la misma, sobre la base de la doctrina moral del "acto de doble efecto", en conjunción con la discriminación entre "tratamientos proporcionados y desproporcionados", propuesta por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, *Declaración sobre la eutanasia* (5.5.1980), en *Enchiridion Vaticanum*, 7, Bolonia, Dehoniane, 1982, ps. 332-351. Sobre esta alternativa cfr. SGRECCIA, Elio, op. cit., ps. 609-610; D'AGOSTINO, Francesco, op. cit., p. 172; ANDORNO, Roberto, op. cit., p. 153; Comitato Nazionale per la Bioetica, "Questioni bioetiche relative alla fine Della vita umana", 14 de julio de 1995, Presidenta del consiglio dei ministri, Departamento per L'informazione e L'editoria, pp. 29 y ss. En la doctrina jurídica argentina cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, *Derecho y eutanasia*, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 200 y ss.

es claro que esta responsabilidad moral no es equiparable a la responsabilidad moral por elegir la muerte.

Con esto queda dicho que quien se preocupe por respetar el valor incondicional o absoluto de toda vida humana, en forma independiente de la calidad de vida, debe preocuparse por determinar de modo objetivo qué cuidados o tratamientos son eficaces y cuáles son fútiles; cuáles son sus riesgos y, más específicamente, en qué consiste el juicio de proporción entre costos y beneficios.

En algunos casos, quizá asumiendo erróneamente que no hay objetividad moralidad sin una cierta universalidad, se han propuesto en la discusión bioética algunos parámetros fijos de “proporcionalidad” entre costos y beneficios. Así, se ha sugerido la distinción conceptual entre medios de sustentación y tratamientos médicos; entre tratamientos ordinarios y extraordinarios; entre omisiones que causan la muerte, y omisiones que sólo la aceptan. Los medios de sustentación como la alimentación e hidratación artificial, serían siempre proporcionados; mientras que los tratamientos médicos podrían serlo o no, según los casos. O bien habría una lista fija de tratamientos ordinarios, como la alimentación e hidratación artificial, cuya omisión sería equivalente a matar²¹. Por último, se ha sugerido que, fuere cual fuere la categoría del cuidado—ordinario o extraordinario, de sustento o tratamiento médico, proporcionado o desproporcionado—, la diferencia moral estibaría fundamentalmente en la relación de causalidad entre el actuar pasivo y la muerte subsiguiente. Si lo que causa la muerte es la omisión, entonces habría responsabilidad moral por este resultado, mientras que si lo que causa la muerte es una enfermedad o desarreglo de salud subyacente, la responsabilidad moral se diluiría²².

En lo que sigue se intentará mostrar que, en rigor, los juicios de eficacia, accesibilidad y proporción son juicios prudenciales, particulares y circunstanciales, que de alguna manera atraviesan y superan todas estas distinciones. Que sean juicios prudenciales no significa que sean relativos, sino más bien que su validez o invalidez depende de una correcta apreciación de los hechos a los que se pretende aplicar el principio universal de que toda humana es igualmente digna y merece respeto en todo obrar, activo u omisivo.

III. EL JUICIO DE EFICACIA DE LOS CUIDADOS Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE OMISIÓN Y MUERTE

Es claro que el obrar pasivo u omisivo no debería generar responsabilidad moral alguna salvo que de algún modo pudiera vincularse causalmente con la muerte

²¹ Una excelente síntesis de todas estas propuestas puede hallarse en BEAUCHAMP, Tom, y CHILDRESS, James, *op. cit.*, ps. 196-235.

²² Cfr. en este sentido, RAMSEY, P., *The Patient as a Person*, Yale University Press, New Haven, 1970, p. 151, con crítica de RACHELS, J., *op. cit.*, p. 156.

subsiguiente. Salvo, más precisamente, que quien decide obrar pasivamente, lo haga sobre la base de un juicio fáctico causal, según el cual los tratamientos o cuidados que se omiten son tratamientos o cuidados eficaces para incidir en la continuidad de una vida o, contrario sensu, para prevenir o detener un proceso mortal. La pregunta que guía el análisis de la eficacia de un cuidado podría pues formularse del siguiente modo ¿qué omisiones puede decirse que tienen una incidencia causal en la muerte?

Cabe distinguir al menos los siguientes supuestos, y ordenarlos en sentido decreciente en lo que respecta a su vinculación causal con la muerte:

a) La omisión de cuidados ordinarios que desencadena un proceso mortal previamente inexistente; como ocurre en los casos de huelga de hambre.

b) La omisión de cuidados que pueden detener y revertir de modo definitivo un proceso mortal único, originado de forma independiente a la omisión; como la no aplicación de maniobras de resucitación cardiopulmonar a un hombre que no padece ninguna enfermedad terminal.

c) La omisión de cuidados que por sí misma desencadena un proceso mortal nuevo, que se suma a otro proceso mortal subyacente, más lento, originado de forma independiente a la omisión. Un ejemplo de este caso sería la suspensión de la alimentación e hidratación artificial en un enfermo terminal que acaba muriendo por la deshidratación y/o la desnutrición.

d) La omisión de cuidados capaces de detener y revertir un proceso mortal originado de forma independiente a la omisión; y que se suma a un proceso mortal irreversible, más lento. Un ejemplo posible es la no aplicación de maniobras de resucitación a un paciente oncológico que sufre un infarto, en un momento previo a entrar en el proceso mortal propio de la enfermedad.

e) La omisión de cuidados que pueden lentificar un proceso mortal originado de forma independiente a la omisión, pero que no pueden revertirlo, como cuando se suspende la quimioterapia a un paciente oncológico terminal.

Utilizando la metodología semántica hartiana, podría decirse que el supuesto (a) es el caso “central” o más claro de relación causal entre la omisión de cuidados y la muerte —propia o ajena—; mientras que el supuesto (e) es el caso más claro o central de falta o ausencia de vínculo causal entre uno y otro extremo²³. Nadie discutiría seriamente que la muerte por deshidratación y/ o desnutrición está vinculada desde el punto de vista físico-causal con la decisión de suspender la alimentación e hidratación. Tampoco parece seriamente discutible que cuando se omiten cuidados absolutamente incapaces de revertir un proceso mortal, la causa de la muerte sea la enfermedad terminal subyacente y no, en cambio, la omisión de cuidados.

²³ Cfr. HART, H.L., *The Concept of Law*, 2nd. Ed., Clarendon Press, 1994, ps. 124-136.

A medida que se avanza hacia el centro de la tabla, en cambio, los casos se oscurecen. Así, aún cuando el proceso mortal se desencadene por causas ajenas a la omisión, parece discutible que afirmar que la enfermedad subyacente fue la única causa física de la muerte, si los cuidados omitidos eran capaces de revertir definitivamente el proceso mortal. Más discutible aún es determinar cuál es la causa de la muerte cuando se omiten cuidados que, aún cuando pueden detener y revertir un proceso mortal; son incapaces de revertir otro proceso subyacente, como en el supuesto (IV).

Bien miradas las cosas, sin embargo, la oscuridad de estos casos no se proyecta tanto sobre la causa física de la muerte, sino sobre cuál es la responsabilidad moral y/o jurídica por la omisión en cuestión. Esto es así, porque el concepto de omisión es un concepto moral y/o jurídico que supone, de modo necesario, la idea de responsabilidad por la decisión de “no actuar” cuando hay *posibilidad* de actuar.

Así, como se dijo, es claro que la muerte se produce causalmente en el caso de huelga de hambre como consecuencia de la decisión de “no comer ni beber”. Lo que no resulta tan claro, es si esta muerte es catalogable como un suicidio desde el punto de vista moral o jurídico; o como auxilio al suicidio en el caso de que no se provea alimentación e hidratación artificial a un sujeto que ha perdido la conciencia como consecuencia de su abstención de nutrirse. Y no resulta tan claro porque para afirmar que hay suicidio desde el punto de vista moral, habría que concluir que el sujeto eligió la muerte con su omisión cuando *pudo o tuvo opción* de elegir la vida.

Pero ¿qué es *poder* elegir la vida? ¿Se *puede* elegir la vida cuando esta elección supone elegir al mismo tiempo el dolor? ¿O el dolor es razón para afirmar que *no es* o *no fue* posible elegir la vida? Una respuesta plausible es que el mandato de elegir siempre la vida no excluye la aceptación simultánea de la muerte sólo como efecto secundario, tolerado, no querido en sí mismo, de la elección de la vida”. Pero esta respuesta acerca de la plausibilidad o de las condiciones fácticas de posibilidad de elección, claro está, no es una respuesta causalista o física, sino valorativa: encierra en sí misma una valoración sobre riesgos y costos que se justifican en atención a su proporción con el bien que se pretende realizar, la continuidad de la vida.

Sintetizando, podría concluirse que el juicio de eficacia de los cuidados es necesario pero no suficiente para ligar causal y moralmente una omisión con la muerte subsiguiente. Desde el punto de vista causal una omisión se puede ligar causalmente con la muerte subsiguiente sólo cuando la acción que se omitió estaba dentro del margen de posibilidades de injerencia del actor. Pero la determinación de esta posibilidad de injerencia supone un juicio moral. De modo obvio, cuando lo que se juzga es la licitud de los cuidados o tratamientos, al margen de su eficacia. Pero también es moral el juicio de factibilidad o posibilidad, cuando se apoya en un juicio previo de proporción entre costos y beneficios. Pues este juicio supone, a su vez, un juicio previo o básico acerca de las exigencias deónticas que proyectan los bienes en juego.

IV. LOS CUIDADOS DEBEN SER ASEQUIBLES O FACTIBLES Y PROPORCIONADOS

La factibilidad o posibilidad de aplicación de los cuidados o tratamientos es una aplicación concreta del principio general moral y jurídico según el cual no puede obligarse a lo imposible. Un cuidado es asequible o factible cuando el enfermo y/o su entorno familiar *pueden* de hecho afrontar su costo técnico, económico y/o físico y moral.

Pueden señalarse casos claros de accesibilidad técnica y económica, como cuando se trata de cuidados financiados por la salud pública y de aplicación ordinaria en las instituciones de salud públicas o privadas. Por otra parte, pueden señalarse casos claros de inaccesibilidad económica, como cuando se trata de tratamientos no cubiertos por los programas de salud públicos, ni por los programas de salud contratados por el enfermo o los familiares a cargo suyo; y cuyo costo supera ampliamente el patrimonio total y su capacidad de endeudamiento. O casos claros de inaccesibilidad técnica, como cuando ninguna institución de salud, pública o privada, provee en el país el servicio médico de que se trate.

Sin embargo, existe un margen muy amplio de situaciones oscuras, donde el costo económico de los cuidados no excede el patrimonio total del enfermo o de los familiares a cargo suyo, pero supone erogaciones que afectan su capacidad de consumo de modo más o menos notable. O aunque los cuidados son económicamente accesibles, son riesgosos por su novedad o por la falta de experiencia o pericia de los prestadores de salud.

La oscuridad es todavía mayor cuando lo que se trata de determinar no es el costo económico o los riesgos técnicos, sino el costo físico o moral. ¿Cómo determinar en estos casos si el cuidado o tratamiento es objetivamente factible o asequible? ¿Cuándo puede concluirse válidamente que el costo del tratamiento —sus riesgos, los padecimientos que provoca, o su valor monetario— lo torna inaccesible o no asequible?

Parece razonable afirmar que, fuera de los casos de inaccesibilidad o de accesibilidad técnica y económica indiscutible, el juicio de factibilidad resulta de la relación de proporcionalidad entre los costos de los cuidados y su eficacia para prolongar la vida. Relación ésta que no es universal sino particular y circunstancial, pues depende por lo menos de los siguientes elementos: la pericia y tecnología médica disponible y económicamente afrontable por el enfermo; sus fuerzas físicas y morales, en las circunstancias en que se juzga la decisión, y en atención a los resultados concretos —eficacia— que pueda esperarse de los cuidados en el caso.

Un tratamiento o cuidado puede ser económico o incluso gratuito para un paciente que posee cobertura médica privada, y puede ser inaccesible para otro que no la posea. Y un mismo tratamiento o cuidado puede resultar oneroso o económico para una misma persona, según cuáles sean los resultados que se puede esperar de

su aplicación. Podrá resultar oneroso si sólo tiende a prolongar un proceso mortal irreversible, y muy económico si el mismo tratamiento se aplica a garantizar la continuidad de la vida del paciente. Lo mismo cabe decir del resto de las variantes. El dolor y el riesgo de un tratamiento no son absolutos: todo depende de los resultados que razonablemente cabe esperar del mismo en las circunstancias concretas en que se plantea su aplicación.

Ahora bien, la particularidad y la circunstancialidad del juicio acerca de la proporcionalidad de los tratamientos o cuidados no le priva de objetividad. Objetividad implica relación a la cosa o *res* que se juzga, que en este caso es el costo del tratamiento para la persona del paciente, en la situación concreta en que es preciso hacer valer su condición de persona. Esta referencia a la situación no supone la creación de reglas morales *ex-novo*, sino la aplicación al caso particular de reglas universales, válidas para toda persona en cuanto persona. Precisamente esta objetividad es lo que permite definir legítimamente la proporcionalidad o desproporcionalidad de un tratamiento en relación con pacientes que, como en el caso de los menores, no tienen aún capacidad plena para decidir por sí mismos. Legítimamente, porque la definición no se asienta en el poder para decidir, sino en los requerimientos objetivos de la dignidad de la persona en el caso concreto.

Sobre esta base conviene precisar con más detalle cuáles son los costos que se evalúan en la determinación de la proporcionalidad de un tratamiento. En términos generales, lo que se evalúa no es el costo físico, económico o emocional que produce la enfermedad subyacente, sino el costo de los tratamientos en sí mismos, en relación con el beneficio que se espera que produzcan para la salud del paciente²⁴. Si lo que se evaluara fuera lo primero, el juicio acerca de la proporcionalidad de los tratamientos se confundiría con un juicio acerca de la calidad de vida presente o futura del paciente, lo cual supondría establecer distinciones entre vidas más y menos merecedoras de conservarse. Desde la convicción de que toda vida humana es digna y merece, por tanto, el mismo cuidado, no puede conceptualizarse como costo del tratamiento su capacidad para asegurar la continuidad de la vida.

Esta regla, según la cual se evalúa el costo del tratamiento y no el de la enfermedad, no es sin embargo aplicable a los casos de cuidados o tratamientos que son incapaces de revertir un proceso mortal; o bien de cuidados que, aunque sean capaces de revertir un proceso mortal, son incapaces de revertir una enfermedad terminal subyacente. Pues la aplicación de los cuidados tendría casi como efecto único la prolongación artificial en el tiempo de los costos —emocionales, físicos, económicos— del proceso mortal en el primer caso, y/o de la enfermedad subyacente en el segundo²⁵.

²⁴ La insistencia en situar el análisis en la proporcionalidad de los medios en sí mismos y no en la calidad de vida que los medios tienden a prolongar corresponde a MAY, W.E., y BARRY, O.P., ET ÁL., "Feeding and Hydrating the Permanently Unconscious and Other Vulnerable Persons", *Issues in Law and Medicine*, vol. 3, núm. 3, 1987, p. 208.

²⁵ Esta distinción se apunta con relación a decisiones respecto de la utilización o no de tratamientos con relación a la propia vida, en "Euthanasia and Clinical Practice: Trends, Principles and Alternatives", en GORMALLY, L. (ed.), *Euthanasia, Clinical*

V. LA DISTINCIÓN ENTRE MATAR Y DEJAR MORIR EN PERSPECTIVA JURÍDICA

En el plano jurídico las conductas adquieren relevancia en tanto y en cuanto se insertan en una relación de alteridad y son susceptibles de incidir positiva o negativamente en el orden general que en la filosofía política clásica se conoce como “bien común”²⁶. El principio ius-fundamental que de modo más directo y preciso recoge esta exigencia de trascendencia o alteridad, como condición de legitimidad de la injerencia pública en el obrar individual, es el principio de intimidad o privacidad, a veces reconocido de modo expreso en los textos constitucionales, y otras derivado o implicado por la práctica interpretativa a través de otros principios.

En lo que a la omisión de tratamientos o cuidados médicos concierne, el principio de intimidad o privacidad determina pues que la injerencia estatal sólo podría en principio justificarse cuando desde un punto de vista externamente comprobable el obrar pasivo equivale a matar y, por lo mismo, afecta al bien común. Por esta razón, a diferencia de lo que ocurre en el orden moral, el acto no se configura en su especie como “suicidio” u “homicidio” sólo con la elección interna que acompaña al obrar. En el orden jurídico una omisión es catalogable como suicidio u homicidio si, además de concurrir los elementos internos que configuran el acto en el plano moral, el obrar se puede ligar objetivamente de modo causal con la muerte subsiguiente. *Contrario sensu*, podría decirse que al Derecho sólo le conciernen las muertes *evitables*, por medio de cuidados eficaces para prolongar la vida por un tiempo significativo.

Por esto, aunque el juicio de eficacia de los cuidados no sea ni determinante ni mucho menos independiente o autónomo de la perspectiva normativa de análisis de la plausibilidad o factibilidad y de la legitimidad de su imposición; cumple sin embargo un rol propio que en cierto sentido está ausente en el plano moral. Como se dijo, si una elección interna no trasciende sobre el orden general de convivencia, por muy incorrecta que pueda ser y/o parecer la elección interna desde el punto de vista moral, el gobierno

Practice and the Law, London, Linacre Center, 1994, p. 64. Se trata de un informe elaborado por un equipo de trabajo conformado por G. E. M. Anscombe, John Finnis, P. Ashworth y F. D. K. Williams, y otros doce profesores de distintas universidades inglesas, que había sido convocado en el año 1978 por el Linacre Centre, y que fue publicado por primera vez en 1986.

²⁶ Aunque con distintos fundamentos y alcance, la necesidad de que los actos jurídicamente relevantes se inserten en una relación de alteridad es compartida tanto por la tradición liberal, como por la tradición iusnaturalista clásica. La expresión más representativa de esta exigencia en la tradición liberal está dada por el clásico “hard principle”, enunciado por Mill en *On Liberty*. Cfr. MILL, J.S., *Sobre la libertad*, trad., P. Azcárate, Alianza, Madrid, 1997, p. 68. En la tradición iusnaturalista la idea se encuentra expresa en algunos textos de su autor más representativo, TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-2 q. 96, art. 2. Cfr., así mismo: II-2 q. 58 art. 6, q. 69 art. 2 ad. 1, q. 77 art. 1 ad. 1, q. 78 art. 1 ad. 3, q. 95 art. 2 ad. 3, q. 96 art. 2 ad. 2), y ha sido más recientemente reinterpretada en un sentido cercano al “hard principle” por John Finnis y Roinheimer entre otros. Cfr. FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998, cap. VII; y RONHEIMER, Martín, “Fundamental Rights, Moral Law, And The Legal Defense Of Life In A Constitutional Democracy: A Constitutionalist Approach to the Encyclical *Evangelium Vitae*”, *American Journal of Jurisprudence*, 43, 1998, pp. 141 y ss. Sobre la aplicación de esta idea al problema específico de la juridicidad o antijuridicidad del suicidio en una y otra tradición, cfr. ZAMBRANO, Pilar, *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, introducción y epílogo.

o poder público no posee ningún título para interferir en la decisión. Lo cual, en el ámbito de las decisiones concernientes a la omisión de los cuidados médicos es tanto como decir: sólo puede intervenir el Estado cuando de modo más o menos preciso los cuidados son objetivamente eficaces para detener y revertir un proceso mortal, siempre y cuando, además, se dan el resto de los requisitos para que la intervención sea legítima.

La eficacia de los cuidados es, en otras palabras, razón necesaria pero no suficiente ni autónoma para la injerencia pública. Desde esta perspectiva, podría desde ahora concluirse lo siguiente: el Estado carece de título para injerir en casos claros de falta de vínculo causal entre la omisión y la muerte o, más concretamente, en casos donde los cuidados son ineficaces para revertir un proceso mortal, como en el supuesto (e). Más aún, en estos casos, el Estado tendría la obligación contraria de garantizar que se respete un ámbito de intimidad para que el enfermo o sus familiares decidan con libertad el curso de acción a seguir. En el otro extremo, parece que el Estado posee en principio algún título para injerir en decisiones de omitir tratamientos médicos, cuando es la omisión la que desencadena el proceso mortal; y en forma especial cuando el proceso mortal desencadenado por la omisión no se suma a un proceso mortal subyacente, como en el supuesto (a).

Pero que al Derecho le conciernan las muertes evitables no quiere decir que legítimamente le conciernan todas las muertes evitables, sino únicamente las que son evitables por medios asequibles y jurídicamente válidos. Por ello, una vez determinado que un cuidado es fácticamente asequible y eficaz para prolongar la vida, todavía resta analizar si el cuidado en sí mismo, o los medios que tiene a su alcance el poder público para imponerlos, son respetuosos de los derechos ius-fundamentales del enfermo²⁷.

Todas estas limitaciones a la injerencia pública en decisiones concernientes a la omisión o suspensión de cuidados médicos, podrían enunciarse prescriptivamente diciendo que la injerencia sólo es legítima si supera un *standard* de razonabilidad compuesto por tres subjuicios: (a) el de eficacia de los cuidados; (b) el de asequibilidad y proporcionalidad de los cuidados; (d) el de juridicidad o legitimidad *strictu sensu* de los cuidados, o de los medios disponibles para su imposición. En rigor, como se verá, ni el *test* de eficacia ni el asequibilidad funcionan de modo autónomo a este tercer *test*, que es el de la legitimidad de los cuidados o de su imposición, en atención a su compatibilidad con los derechos más íntimamente en juego, en particular, el derecho a la integridad física y moral del enfermo.

²⁷

Robert Spaemann sostiene, por ejemplo, que la alimentación forzada es un atentado a la dignidad, aún cuando la vida que el Estado pretenda conservar posee un valor objetivo que trasciende la voluntad de vivir. Cfr. SPAEMANN, R., «Sobre el concepto de dignidad humana», en MASSINI, Carlos y SERNA, Pedro, (eds.), *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona, 1998, p. 101. Por otra parte, el principio de que hay ciertas acciones que le están vedadas al Estado, en forma independiente de cuánto bien pueda obtenerse de las mismas, es quizá el enunciado central de cualquier ética no utilitarista, recogido a su vez en el principio constitucional de razonabilidad. Cfr. al respecto, FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Orrego, C., (trad.), Abeledo Perrot, 2000, p. 251 ss. y CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Segunda edición actualizada y ampliada, Ábaco, Buenos Aires, 2009.

VI. LA LEGITIMIDAD DE LOS CUIDADOS O DE SU IMPOSICIÓN: CONCLUSIONES

La legitimidad jurídica de la imposición coactiva de un cuidado o tratamiento depende no sólo de que los cuidados sean eficaces, factibles y proporcionados; sino también de que su aplicación sea respetuosa de la intimidad o privacidad; y de la integridad física y moral del enfermo.

Aunque este principio es aplicable por igual a capaces e incapaces, el respeto a la “privacidad” o “intimidad” y a la “integridad moral” no proyecta las mismas exigencias en uno y otro supuesto. Empezando por la “integridad moral”, se ha aceptado en general en la práctica jurisprudencial que un adulto capaz tiene derecho a rehusar un tratamiento médico eficaz, factible y proporcionado, en ejercicio de su libertad de conciencia y/o de su libertad religiosa. Se ha negado en cambio que pueda omitirse o suspenderse un cuidado tal por razones de conciencia moral o religiosa en nombre de un menor. La razón salta a la vista: el ejercicio de la libertad religiosa, la libertad de conciencia y la definición de lo que afecta o no a la propia integridad moral presupone un cierto grado de formación de la conciencia. Especialmente, cuando en nombre estos derechos se pretende tomar decisiones que se pueden ligar causalmente con la muerte, como la omisión o suspensión de cuidados o tratamientos médicos eficaces y proporcionados para la reversión de un proceso mortal.

El respeto de la privacidad o de la intimidad es, como se dijo más arriba, el respeto a un ámbito de no-injerencia pública para tomar decisiones que no afectan de modo sustancial al bien común. Lo cual implica, en lo que respecta a las decisiones de rehusar o suprimir cuidados médicos, que el poder público no tiene título alguno para injerir en la decisión de no someterse a cuidados que son ineficaces para revertir un proceso mortal y/o una enfermedad terminal. Cuando un cuidado es en cambio eficaz para revertir un proceso mortal, la razonabilidad de su supresión u omisión depende de que se asiente en un juicio de factibilidad que, salvo los casos de factibilidad o imposibilidad claros, confluye con un análisis de la proporcionalidad entre costos y beneficios.

Pero como se dijo también más arriba, ni la factibilidad ni la proporcionalidad son universales sino particulares y circunstanciales. Esta particularidad y circunstancialidad conecta la rectitud del juicio de estos juicios con una comprensión adecuada de circunstancias que son por definición íntimas — en especial, el grado de dolor físico o psíquico que genera el cuidado—y que, por lo mismo, en no pocos casos dificulta de modo grave su control externo. Por ello, parece razonable afirmar que fuera de los casos fáciles o centrales de factibilidad y proporcionalidad entre cuidados y resultados, donde el rechazo de los tratamientos o cuidados aparece de modo claro como una modalidad de suicidio o de disposición de la vida, estos juicios pertenecen al espacio de intimidad del enfermo.

Este principio se aplica sin embargo con algunas reservas a los casos donde el enfermo carece de la capacidad suficiente para realizar el juicio de proporción por sí

mismo, o para realizarlo sin el contralor de un representante capaz. En estos supuestos, parece razonable que la decisión en representación de un incapaz corresponde primariamente a quienes participan de su intimidad, que es en definitiva la base objetiva que determina la corrección de juicio. Por esto mismo, el poder público sólo está legitimado para asumir una función de contralor de la razonabilidad del juicio de proporción que los representantes naturales —pertenecientes al entorno íntimo del enfermo— formulan en nombre suyo. Un contralor que supone el contacto con la situación íntima que se juzga y por ello, como mínimo conocer y, en caso de que sea pertinente, “oír” al incapaz. Además de esta condición procedimental, el contralor se justifica si asume las reglas generales de todo juicio de factibilidad y proporción, que podrían según lo dicho hasta aquí, y a modo de síntesis, desglosarse en los siguientes puntos:

- (a) A mayor eficacia de un cuidado para revertir una enfermedad terminal, mayor la justificación de los costos asociados a la implementación de un cuidado o tratamiento médico; y *viceversa*, a menor eficacia, menor la justificación de sus costos.
- (b) El juicio de proporción entre la eficacia y los costos de un cuidado es un juicio objetivo, aunque particular y circunstancial. No hay cuidados “ordinarios y extraordinarios”; o “caros y baratos”; sino proporcionados o desproporcionados, de acuerdo a los fines que se proponen, respecto del enfermo concreto, y en las circunstancias en que se juzgan.
- (c) Cuando menor es la justificación de los costos de un cuidado en atención a su escasa eficacia, menor es la legitimidad de la injerencia pública en la decisión de aplicarlos o no. *Viceversa*, cuando mayor es la justificación de los costos, mayor la legitimidad de la injerencia pública en la decisión de aplicarlos o no.
- (d) El poder público carece de título para imponer cuidados que son ineficaces para revertir un proceso mortal. Lo cual es tanto como decir: en caso de enfermedad terminal irreversible, el Estado carece de título para intervenir en la decisión de omitir cuidados que son incapaces de revertir el proceso mortal asociado a la enfermedad, o de revertir cualquier otro proceso mortal que se añada a una enfermedad terminal subyacente. Si esto es así en general, con mayor razón todavía lo es cuando la enfermedad terminal y/o los cuidados generan sufrimientos graves.