

CUESTIONES JURÍDICAS AL FINAL DE LA VIDA

LEGAL ISSUES AT THE END OF LIFE

QUESTÕES JURÍDICAS NO FINAL DA VIDA

María Laura Malespina*

RESUMEN

El profesional de la salud no puede perder de vista que la precariedad es una circunstancia profundamente humana que exige respeto incondicionado del enfermo moribundo. El presente estudio descriptivo es una reflexión biojurídica respecto de la muerte digna en los casos de enfermedades que conllevan largos procesos de deterioro y sufrimiento físico y psíquico. Se tomará en cuenta la legislación comparada y la jurisprudencia más emblemática, a la luz de los derechos fundamentales implicados. Se concluye que es legítimo respetar la voluntad del paciente respecto de su proceso de muerte mientras no se vulnere la dignidad que le es propia: cualquier conducta que lo conduzca a la muerte o se la provoque de manera deliberada no puede permitirse.

PALABRAS CLAVE: *lex artis*; eutanasia; dignidad humana; derecho a la libertad; muerte digna (Fuente: DeCS).

DOI: 10.5294/pebi.2017.21.2.5

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO

Malespina ML. Cuestiones jurídicas al final de la vida. *pers.bioét.* 2017; 21(2): 243-258. DOI: 10.5294/pebi.2017.21.2.5

* orcid.org/0000-0002-3806-1672. Universidad de Piura, Perú.
maria.malespina@udep.pe

FECHA DE RECEPCIÓN: 2016-12-02

FECHA DE ENVÍO A PARES: 2017-01-02

FECHA DE APROBACIÓN POR PARES: 2017-04-24

FECHA DE ACEPTACIÓN: 2017-06-06

ABSTRACT

Healthcare professionals cannot lose sight of the fact that precariousness is a deeply human circumstance that demands unconditional respect for the dying patient. This descriptive study is a bio-legislation reflection about dignified death in cases of diseases entailing long processes of deterioration and physical and psychological suffering. Comparative legislation and the most emblematic jurisprudence will be considered, in light of the fundamental rights involved. It is concluded that it is legitimate to respect the patient's wishes regarding his or her dying process, so long as their dignity is not violated: any conduct that leads them to death or which deliberately causes it cannot be allowed.

KEYWORDS: *Lex artis*, euthanasia, human dignity, right to freedom, dignified death (Source: DeCS).

RESUMO

O profissional da saúde não pode perder de vista que a precariedade é uma circunstância profundamente humana que exige respeito incondicional ao doente moribundo. O presente estudo descritivo é uma reflexão biojurídica com respeito à morte digna nos casos de doenças que implicam longos processos de deterioração e sofrimento físico e psíquico. A legislação comparada e a jurisprudência mais emblemática serão levadas em consideração à luz dos direitos fundamentais implicados. Conclui-se que é legítimo respeitar a vontade do paciente com respeito a seu processo de morte uma vez que a dignidade que lhe cabe não seja ferida: qualquer conduta que o conduza à morte ou a provoque de maneira deliberada não pode ser permitida.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade humana, direito à liberdade, eutanásia, *lex artis*, morte digna (Fonte: DeCS, Bireme).

INTRODUCCIÓN

Los adelantos biotecnológicos ocurridos en las últimas décadas han permitido ampliar el horizonte de vida de las personas de manera relevante. En este sentido, son alentadoras las noticias respecto de los avances en el tratamiento de enfermedades hasta ahora incurables, pero cuya sobrevivencia con calidad de vida logra niveles muy aceptables que permiten a las personas ver el futuro con optimismo.

En contrapartida, la tecnología permite hoy prolongar la vida artificialmente, aun en circunstancias de enorme sufrimiento y sin expectativas médicas de mejoría o curación. En estos casos, cada minuto arrebatado a la muerte se convierte en suplicio para el enfermo.¹ Pareciera, entonces, que el logro biotecnológico, del que el mundo científico hace gala, no cumple el fin propuesto. *A contrario sensu*, se convierte en un bumerán que llena de dolor a quienes buscan alivio a sus malestares en los estertores de la muerte, y claman por una ayuda que les permita morir con dignidad.

Ante esta perspectiva, cabe preguntarse: ¿cuáles son las fronteras del esfuerzo terapéutico? ¿Cuál es la legitimidad en el pedido del cese de estos? ¿Qué es morir con dignidad? ¿Contribuye la eutanasia a la muerte digna de las personas?

1 Sobre el particular, Robert Spaemann señala: “En una clínica, como es natural, se lucha incesantemente contra la muerte. Esa lucha acaba en capitulación, pero esta a menudo se produce demasiado tarde. Después de que algunas personas enfermas o ancianas hayan sido forzadas a vivir por todos los medios posible, apenas les quedan ganas de ‘bendecir la vida’” (1).

LA DILIGENCIA EXIGIDA AL PROFESIONAL SANITARIO

En todas las tareas propias de su actividad, el profesional de la salud está obligado a actuar conforme a la *lex artis*, conducta que, según Corcoy Bidasolo, “se configura través de la suma de reglas técnicas, máximas de experiencias y conocimientos aceptados por la comunidad científica” (2). Pero el deber de cuidado no responde, exclusivamente, a elementos estáticos, sino que dependerá también de la condición personal del paciente, la patología y el avance de la enfermedad, entre otros aspectos.

En este sentido, parece más completa la definición que se le atribuye a Martínez Calcerrada:

El criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria— para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (3).

El actuar conforme a la *lex artis* no se rige, entonces y de manera exclusiva, por los protocolos establecidos, que si bien constituyen indicadores de pericia, no son prueba suficiente para el caso concreto. Ello se debe a la propia naturaleza de la actividad médica, la diversidad de los pacientes y el nivel de gravedad de las enfermedades y los enfermos, entre otros. De esta manera, se comparte el criterio de Fernández Sessarego, quien extiende la obligación del médico al deber de informar y obtener

LA EUTANASIA, EN TÉRMINOS GENERALES, PUEDE DEFINIRSE COMO EL ACTO DE MATAR A OTRA PERSONA A PETICIÓN SUYA, CON LA FINALIDAD DE ALIVIARLE EL SUFRIMIENTO.

el consentimiento informado del paciente, como parte constitutiva de la *lex artis*, lo que encuentra sustento, según el jurista, en el respeto de la dignidad del enfermo que se refleja en el ejercicio de su libertad de decisión conforme a las circunstancias personales (4).

Cualquier omisión a dicho deber, que por cierto debe ser tenido en cuenta desde “una perspectiva *ex ante*” (2) de la conducta perpetrada, constituirá infracción legal que será pasible de diferentes tipos de sanciones, en función de la complejidad de la operación y la repercusión de su conducta en la salud o la vida del enfermo.

¿Cómo opera, entonces, esta diligencia exigida al profesional de la salud en el caso de un paciente moribundo o de pronóstico infausto a corto plazo? ¿Es posible pensar en la eutanasia como una opción legítima ante el sufrimiento del paciente sin expectativas de mejoría? ¿Se puede interrumpir el tratamiento de un paciente cuyos chances de vida están severamente comprometidos debido a la claudicación progresiva de órganos o funciones vitales a consecuencia de una enfermedad terminal? ¿No constituye esta medida una forma de eutanasia?

EUTANASIA: CONCEPTO Y ALCANCES

Spaemann señala que:

Dos factores refuerzan la plausibilidad de la exigencia de legalizar la eutanasia. En primer lugar, el considerable aumento de las posibilidades de prologar la vida artificialmente [...]

Otro factor decisivo es la orientación básica de la civilización occidental, que propone, por un lado, como fin último de la vida humana, el pasarlo bien, o al menos sentirse bien, y, por otro, que el más alto deber moral estriba en optimizar el mundo mediante el incremento de la cantidad de sensaciones placenteras (1).

Ambas situaciones se traslucen en las legislaciones emblemáticas y en la jurisprudencia que se comenta a continuación.

La eutanasia, en términos generales, puede definirse como el acto de matar a otra persona a petición suya, con la finalidad de aliviarle el sufrimiento.

Las pocas leyes que regulan esta conducta como un hecho permitido exigen dos requisitos adicionales:

- a) Que la terminación de la vida sea realizada por un médico.
- b) Que exista un convencimiento, por parte del profesional sanitario, de que el paciente tiene un padecimiento insostenible y sin expectativas de mejora.

Estos dos elementos, que parecen primordiales, permiten reformular la definición, al señalar que la eutanasia es el acto de matar a una persona, realizado por un profesional de la salud, a pedido del paciente con la finalidad de aliviarle un padecimiento insostenible.

Holanda, el primer país en contemplar la eutanasia, despenaliza la conducta del médico “que ha llevado a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o ha prestado auxilio al suicidio”² (Ley de Terminación de la vida a petición propia y del Auxilio al Suicidio, en vigor desde 1 de abril de 2002).

Por su parte, en Bélgica la Ley que regula la Eutanasia, de 28 de mayo de 2002, la define como “la terminación intencional de la vida de otra persona a pedido de esta” (Capítulo 1, Sección 2).

En Luxemburgo, la Ley sobre Eutanasia y Suicidio Asistido, de 16 de marzo de 2009, la enuncia como “el acto practicado por un médico, que pone fin intencionalmente a la vida de una persona a la demanda expresa y voluntaria de la misma” (art. 1).³

Más recientemente, en Quebec, la Ley sobre los cuidados al final de la vida, de 10 de junio de 2014, denomina a la eutanasia con el eufemismo, “ayuda médica para morir”, a la que define como el “cuidado consistente en la administración de medicamentos o sustancias, por un médico a una persona al final de la vida, a petición de la misma, con el fin de aliviar sus padecimientos, que lleva a la muerte” (art. 3. 6°).

Contribuye esta definición al eufemismo señalado, y agrava la situación al referirse al suministro de medica-

mentos. De acuerdo con la Real Academia Española: medicamento es “Sustancia que, administrada interior o exteriormente a un organismo animal, sirve para prevenir, curar o aliviar la enfermedad y corregir o reparar las secuelas de esta”.

Sin embargo, en el presente caso, el uso, abuso u omisión de medicinas o terapias están dirigidos a eliminar la vida del paciente. ¿Cómo explicar esta contradicción? Sobre el particular, Lucas Lucas refiere que la eutanasia se mueve en dos ámbitos: el de las intenciones y el de los métodos utilizados. En el presente caso, la acción libre y voluntaria del profesional de la salud está encaminada a matar al enfermo (5).

Con algunos matices, todas las legislaciones referidas presentan similares exigencias para eximir al médico de responsabilidad, a saber:

1. Que el peticionante sea persona mayor de edad. En los casos de Holanda y Bélgica se extiende a los menores. Holanda la admite a partir de los 12 años, y exige la participación de los padres o representantes legales en el proceso de decisión. Bélgica no señala edad mínima, y habilita para pedirla a los niños que tengan “capacidad de discernimiento”.
2. El pedido debe ser realizado por escrito, de manera libre y voluntaria.
3. Con excepción de Holanda, en los demás Estados se exige expresamente que la solicitud sea reiterada. Este país tampoco se pronuncia respecto de la necesidad de que exista un lapso entre el pedido y la ejecución del acto. Bélgica señala un mínimo de dos meses. En los

2 Se infiere del artículo 1c del Capítulo 1, Definiciones, que señala “El médico que, según la notificación, ha llevado a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o ha prestado auxilio al suicidio”.

3 En el caso de suicidio asistido la referida ley lo define como “el hecho de que un médico ayude intencionalmente a otra persona a suicidarse o procure a otra persona los medios a tal efecto, a la demanda expresa y voluntaria de la misma (art. 1)”.

casos de Luxemburgo y Quebec este requisito, aunque sin plazo específico, está implícito en la norma.

4. Todas las legislaciones coinciden en que el paciente debe padecer enfermedad grave e incurable que le provoque un sufrimiento insoportable.
5. Existe uniformidad respecto de la obligación del médico de informar al paciente sobre el estado real de su salud.
6. La decisión del médico de aplicar la medida eutánica será previa consulta con otro médico sobre la situación del paciente.

Respecto de la práctica, la ley holandesa señala la necesidad de una “pericia especial” del médico en la realización del acto eutanásico, el que, de acuerdo con la norma, debe realizarse “con el máximo cuidado y esmero profesional posibles”. Producido el hecho, el médico notificará al forense municipal (art. 293, CP). Entonces, deberá constar un informe que acredite el cumplimiento de los requisitos de cuidado (art. 21 de la ley que modifica a la Ley Reguladora de los Funerales).

Comentario especial merece la situación colombiana⁴ respecto de la denominada “muerte digna”. Sobre el particular, dos sentencias de la Corte Constitucional entienden que la eutanasia estaría justificada y, por tanto, no constituiría una conducta antijurídica cuando median determinadas circunstancias. Es el caso de las sentencias C-239/97 y T-970/14. La primera de ellas responde a la acción de inconstitucionalidad promovida por un ciudadano colombiano respecto del artículo 326 del Código Penal de 1980 que establecía: “Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin

4 Por un tema de proximidad geográfica y cultural.

a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”. Sobre el particular, manifiesta el accionante, el Estado incumpliría su rol de garantizar la vida e, incluso, discriminaría a las personas en razón de la precariedad de su salud, al considerar tal conducta como un homicidio atenuado, lo que establecería en dicho país la existencia de ciudadanos de diferentes categorías (6) de acuerdo con las condiciones de salud de estos. Por su parte, la Corte no solo entiende que la norma penal es constitucional, sino que considera que el consentimiento dado por el enfermo para que el médico acabe con su vida, en caso de enfermedad terminal y dolorosa, quita antijuridicidad a la conducta del sujeto activo.⁵ Ello, en el entendido de que:

El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aficciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto.

5 “En el caso del homicidio pietístico, consentido por el sujeto pasivo del acto, el carácter relativo de esta prohibición jurídica se traduce en el respeto a la voluntad del sujeto que sufre una enfermedad terminal que le produce grandes padecimientos, y que no desea alargar su vida dolorosa. La actuación del sujeto activo carece de antijuridicidad, porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquél que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide le ayuden a morir” (Sentencia C-239/97).

Adicionalmente, el Tribunal instó al Congreso de la República a regular sobre la materia.

Más recientemente, la sentencia T-970/14, que tiene su origen en el pedido de una paciente⁶ que solicita la protección del derecho fundamental a morir dignamente, al entender que la empresa prestadora de salud se lo niega, formula una reflexión respecto de lo que el tribunal entiende por muerte digna y por dignidad.

El criterio de la sentencia es compartido, en términos generales, por los partidarios de la eutanasia para quienes se trataría de un derecho, incluso humano, más que de un delito, con una percepción equivocada de lo que implica la dignidad al final de la vida. Para ello se amparan al menos en dos criterios jurídicos: el derecho a la dignidad y el derecho a la libertad o autodeterminación.

La sentencia en mención, que se remite sistemáticamente a la sentencia C- 239/97 para sustentar su propia decisión, toma en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Recurso permanente a la consideración de la dignidad como un elemento subjetivo mas no objetivo.

Ambas sentencias entienden la dignidad como una valoración subjetiva del paciente, quien ante el entendido de que su vida carece de las condiciones necesarias para considerarse digna puede solicitar que se le mate. Esta situación abre paso a la temida pendiente resbaladiza. Se fijan entonces pautas para legitimar la conducta eutanásica como un derecho. Pero cabe preguntarse: ¿en razón de qué circunstancias podría en adelante el

6 Para resguardar la intimidad de la paciente la sentencia la denomina señora Julia.

LA DIGNIDAD ES UNA CONDICIÓN ESENCIAL QUE EXIGE UN TRATO CONFORME A LA NATURALEZA HUMANA. Y MATAR A UN SEMEJANTE O MORIR EN MANOS DE ESTE NO PARECE UNA CONDUCTA DIGNA Y, POR TANTO, ACORDE A AQUELLA.

Estado arrogarse la prerrogativa de determinar cuándo una vida es o no digna y, por tanto, merece o no ser vivida y protegida? ¿Cuál es el elemento sustancial que determina que solo el sufrimiento físico y la conciencia del fin próximo de la vida son necesarios para justificar esta conducta? Todo el razonamiento de las sentencias en cuestión lleva a la apreciación de que solo son valiosas las vidas que reúnen determinadas características, las mismas que resultan establecidas por el Estado.

2. Derecho a morir dignamente entendido como un derecho fundamental.

Al respecto la sentencia T-970/14 señala que “la eutanasia es tan solo un procedimiento para proteger el derecho a morir dignamente”.

Se parte del entendido de que morir no es un derecho sino un hecho que acontece indefectiblemente en la vida de todo ser humano. Pero ¿puede entenderse que morir a consecuencia de la acción letal del médico, que por piedad mata a otro, es una forma digna de hacerlo? La dignidad es una condición esencial que exige un trato conforme a la naturaleza humana. Y matar a un semejante o morir en manos de este no parece una conducta digna y, por tanto, acorde a aquella. Por el contrario, conductas de este tipo, por muy piadosas que parezcan, alejan al ser

humano de su condición natural y lo ponen al margen de la racionalidad que le es propia.

Este criterio proeutanasia señalado en las legislaciones y la jurisprudencia mencionadas —por cierto minoritario en la legislación comparada— responde a una visión utilitarista de la vida, que resalta como sagrado todo aquello que pueda ser útil a los intereses propios o ajenos. Y en este objetivo, se instrumentaliza tanto al paciente como al médico. En el primero de los casos al cosificarlo y convertir su vida en una carga pesada, insoportable, tanto para él como para su familia e incluso para la sociedad. Por ello, debe eliminarse. En el segundo, al reducir al profesional sanitario a la condición de verdugo que ejecuta la orden del paciente.

En este sentido, no está demás resaltar que la relación médico-paciente se cimienta en la “mutua confianza” (7) entre las partes. Por ello, ninguna de ellas debe instrumentalizar a la otra, ni el médico está compelido a cumplir la voluntad caprichosa del paciente ni este puede verse coaccionado para seguir o abandonar un tratamiento determinado. Hay un ámbito íntimo que no debe ser usurpado, porque violentarlo implica un atentado directo contra la dignidad ontológica del ser humano.

Qué es la dignidad y cómo opera al final de la vida

La dignidad, señala Cofré, “...es una cualidad moral radical y primaria. Es el primer predicado ontológicamente relevante y distintivo de la persona. Y la persona es el ser cualitativa y esencialmente primero y distinto del mundo y la creación (8).⁷

⁷ En el mismo texto, De Cossio señala: “La dignidad debe en-

Esto significa, entonces, que la dignidad es mucho más que un mero “presupuesto esencial” como señala la sentencia de la Corte constitucional colombiana ya referida. Es parte esencial e inescindible del hombre y le cabe a todo ser humano, por cuanto es connatural a este. Por ello, considerar que la dignidad es lo que permite a la persona “razonar sobre lo que es correcto o no” (9) es una postura reduccionista que limita la existencia personal al uso actual de las capacidades intelectuales. ¿Qué ocurre entonces con un recién nacido o con una persona con demencia o en estado de coma?⁸ De acuerdo con la sentencia en cuestión, no se trataría de seres dignos, por cuanto desde ese criterio la dignidad se entiende como un añadido para gozar del derecho a la vida y no como parte constitutiva de la propia existencia.

Como bien se ha señalado en la doctrina, el concepto de dignidad ha sido reivindicado a lo largo de los siglos con diferentes fundamentos. Sobre el particular, Antonio Pelé (10) explica que en el ámbito religioso esta se asienta en la creación del hombre a imagen y semejanza de Dios. Ello genera, en consecuencia, un deber de respeto incondicionado hacia el ser humano en el entendimiento de que cada uno de nosotros participa de “la presencia divina” (11).

tenderse como el derecho que tiene todo hombre a de fin propio, y no como un simple medio para los fines de otros, constituyendo la dignidad el valor supremo del ser humano y que sirve de base a todos los demás deberes que el hombre ha de cumplir y es base primaria de su personalidad” (8).

⁸ ¿Cuál es la diferencia entre estas vidas y las de aquellas personas que se sienten profundamente mortificadas por condiciones de precariedad económica extrema? ¿Merecen estas últimas ser eliminadas porque la vida se les hace insoportable, o en realidad es a la sociedad a la que se le hace insoportable cargar con estas realidades?

ESTA CONDICIÓN SUPERIOR DE LA QUE ES PORTADORA LA RAZA HUMANA ESTÁ AMPLIAMENTE RECONOCIDA EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONALES Y SUPRANACIONALES. LA DIGNIDAD NO ES UN DERECHO, SINO UNA PARTE CONSTITUTIVA DEL SER. LOS DERECHOS, Y EN ESPECIAL LOS DERECHOS HUMANOS, EMERGEN DE LA CONDICIÓN DIGNA DEL HOMBRE.

Más tarde, la modernidad ancla su fundamento en la propia naturaleza humana (10). A todos nos es conocida la expresión kantiana que señala: las personas

...no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, son cosas cuya existencia es en sí misma un fin, un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medio.

Ambas posturas, teocéntrica y antropocéntrica, conducen a la misma conclusión: el ser humano es un ser valioso (10), superior al resto de los seres vivos e igual a cualquier otro congénere. La dignidad no puede estar sujeta a condiciones externas. Por tanto, cualquier valoración en contrario, propia o de terceros, es irrelevante.

Esta condición superior de la que es portadora la raza humana está ampliamente reconocida en los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales. La dignidad no es un derecho, sino una parte constitutiva del ser. Los derechos, y en especial los derechos humanos, emergen de la condición digna del hombre. Por tanto, la sociedad y el Estado están compelidos a protegerla, y la forma de

salvaguardarla solo será posible en tanto se resguarde la vida en su dimensión corpórea y espiritual en la cual esta se manifiesta.

El ser humano en cuanto tal es precario y dependiente; características que, señala MacIntyre, son propias de la condición animal de la que es partícipe el hombre (12). Y esta precariedad y dependencia, que si bien se evidencian en los momentos de mayor vulnerabilidad, subsisten en el día a día de las personas en el entramado social del que es parte y en el que, “generalmente cada una es cuidada y cuidadora, según el momento o las circunstancias” (13). Sin embargo, continúa MacIntyre, las corrientes filosóficas de la modernidad, en su afán por distinguir al hombre de los animales no humanos, se esmeran en diferenciar radicalmente el cuerpo del alma, pretendiendo que la condición humana radica en la libertad y en la autonomía, y olvidan que “el ser humano no solo tiene cuerpo sino que es cuerpo” (12). Por ello, cuando se hace referencia a la discapacidad o la enfermedad, se pierde de vista que quienes miran con distancia estas circunstancias en algún momento han sido o serán dependientes (12). En consecuencia, alegar tales condiciones profundamente humanas para justificar terminar con la vida propia o de un tercero es una situación inaceptable e incompatible con la propia naturaleza y, por ello, con su dignidad.

El derecho a la libertad

El reconocimiento de la libertad como derecho fundamental forma parte de la totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos y este derecho, al igual que el resto, se ejerce con las restricciones que imponen las leyes. Por ello es absurdo imaginar que el ordenamiento tolere que, al amparo de su ejercicio, se permita disponer de la vida propia o ajena, al constituir esta el sustrato que le da origen.

La vida, como bien jurídico protegido, trasciende la esfera individual y se erige en un bien para la sociedad. Sobre el particular son ilustrativos dos ejemplos mencionados por María Casini. El primero hace referencia al hecho del salvataje de la vida de un suicida. La actitud del tercero que evita que tal fin ocurra, e incluso obra en contra de la voluntad del suicida, es percibida en la sociedad como una conducta positiva. Por el contrario, se reprocharía la omisión de quien asiste a este espectáculo y no se manifiesta o incluso alienta o instiga al suicidio. Situación equivalente es la de las leyes de tránsito, que con la finalidad de proteger la vida, obligan a usar cinturón de seguridad en los autos o casco a quienes conducen motos. Quien al hacer uso de su libertad se niega a ello, será pasible de sanción. Para el Estado su vida es más importante que el uso de su libertad (14). Ello es así, manifiesta Fernández Sessarego, por cuanto el ser humano es “coexistencial”, vive y se realiza con otros y su vida está al servicio de los demás, razón por la cual el “proyecto de vida” individual está

LA VIDA, COMO BIEN
JURÍDICO PROTEGIDO,
TRASCIENDE LA ESFERA
INDIVIDUAL Y SE ERIGE
EN UN BIEN PARA LA
SOCIEDAD.

“en consonancia con el interés social, bien común” (3). Ello genera una corresponsabilidad individuo-sociedad que impide esta libre disposición. En este sentido, parece absurdo imaginar que para la sociedad sea un bien librarse de seres humanos en atención a condiciones de dependencia o minusvalía física o psíquica de las personas. En nombre de la libertad y del derecho a la autodeterminación, no es acorde a la dignidad ontológica del ser humano, ni al interés de la sociedad, el acto de acabar con la propia vida ni el de matar a otro por razones de enfermedad, discapacidad o cualquier otra circunstancia

que sugieran que la dependencia es un atenuante de la dignidad. Por el contrario, como se ha señalado, la dependencia es un rasgo inherente al ser humano.

Las fronteras del esfuerzo terapéutico

Las enfermedades largas y dolorosas, que generan deterioros conducentes irreversiblemente a la muerte, plantean cuestionamientos por parte de los médicos y del propio paciente, respecto de la conveniencia de persistir en tratamientos fútiles que, lejos de lograr una mejoría, aumentan las condiciones penosas de la subsistencia.

Consecuencia de ello, es usual que las personas implicadas decidan limitar el esfuerzo terapéutico y se centren en los cuidados paliativos necesarios para procurar que el tiempo restante de vida pueda sobrellevarse en las mejores condiciones posibles. En este sentido, hay consenso suficiente respecto de la legitimidad de la

suspensión de tales medidas terapéuticas, cuando ello acarrea un sufrimiento insoportable y hay un pedido expreso del enfermo para suspender dicho tratamiento, que deviene en una práctica terapéutica inútil. Tal postura no constituye una conducta eutanásica. Por el contrario, es asumir la condición finita del ser humano y aceptar el final no buscado.

Pero esta situación, aceptada de manera generalizada cuando media consentimiento del paciente, no es fácilmente aplicable en la praxis habitual del trabajo con enfermos moribundos dependientes de dispositivos artificiales para mantener la vida. Diversos estudios realizados señalan que existe un serio conflicto en el médico, ante la decisión de retirar medidas de soporte vital, a pesar de la futilidad de las mismas. Ello es así porque la muerte subsiguiente puede ser percibida, desde una perspectiva emocional, como un acto eutanásico, entendido en un contexto en el cual las certezas no existen (7, 15). Por ello, y a pesar de que la medicina se mueve por evidencias, la inminencia de la muerte no permite aseverar que esta ocurrirá indefectiblemente.

Por otra parte, los galenos temen la persecución legal de la familia del paciente (16), que no ha comprendido que es la enfermedad por sí misma la responsable del deceso, mas no la retirada del dispositivo artificial. Esta situación conlleva, en muchas oportunidades, a que el médico continúe o inicie tratamientos desproporcionados que pueden desembocar en un encarnizamiento terapéutico.

Ello genera una retroalimentación entre el ensañamiento provocado por el médico, bajo propia iniciativa o coaccionado por la familia del paciente, y el pedido por parte del paciente moribundo que solicita se le mate para evitar el sufrimiento innecesario generado por

DIVERSOS ESTUDIOS REALIZADOS SEÑALAN QUE EXISTE UN SERIO CONFLICTO EN EL MÉDICO ANTE LA DECISIÓN DE RETIRAR MEDIDAS DE SOPORTE VITAL, A PESAR DE LA FUTILIDAD DE LAS MISMAS. ELLO ES ASÍ PORQUE LA MUERTE SUBSIGUIENTE PUEDE SER PERCIBIDA, DESDE UNA PERSPECTIVA EMOCIONAL, COMO UN ACTO EUTANÁSICO, ENTENDIDO EN UN CONTEXTO EN EL CUAL LAS CERTEZAS NO EXISTEN.

la conducta cruel. ¿Cuál es entonces la conducta que configura la eutanasia? ¿En qué casos se estaría cometiendo un ilícito de estas características? ¿Qué acciones constituyen tratamientos y cuáles son cuidados exigidos al paciente? ¿Es una medida terapéutica la hidratación y la alimentación por vía artificial a un enfermo en el tramo final de su vida?

Sobre este último tema se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso Lambert y otros contra Francia (5/6/2015). Vincent Lambert es un ciudadano francés que sufrió un accidente de tráfico en el año 2008, que le provocó serias lesiones cerebrales irreversibles que devinieron en un estado vegetativo permanente. Desde el año 2013, su esposa y otros familiares han solicitado insistentemente la retirada de la hidratación y alimentación, situación a la que se opusieron los padres del mismo. La batalla legal llegó al TEDH que, tras reconocer que sobre el tema no hay

consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa, y luego de señalar que al respecto existe un margen de apreciación para legislar, permitió la retirada de la nutrición con base en las argumentaciones del Consejo de Estado francés. Sobre ese organismo público señaló que la llamada Ley Leonetti, referida a los derechos de los pacientes al final de su vida, permite inferir que tanto la alimentación como la hidratación entran en la categoría de tratamiento, que en este caso podrían enmarcarse en un cuadro de obstinación inaceptable.

En virtud de ello, y luego de disipar una serie de cuestiones de índole procesal, el máximo Tribunal europeo señaló que su decisión no constituye violación del artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁹

Sobre el mismo caso, y con posterioridad a la sentencia señalada, el Tribunal administrativo de Châlons-en-Champagne (Francia) acogió la decisión del nuevo equipo médico que trata a Lambert, que se resiste a proceder a la ejecución de la sentencia, considerando que:

Los principios de independencia profesional y moral de los médicos constituyen un derecho del paciente, que impide que un médico pueda ser considerado un simple ejecutor de decisiones adoptadas por un colega. No es posible obligar

jurídicamente a un médico a obrar en contra de su criterio profesional, imponiéndole el de otro médico (17).

En igual sentido que el TEDH se pronunció en julio de 2015 en Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “D.M.A. s/ declaración de incapacidad”. Se trataba de Marcelo Diez, un ciudadano argentino que también quedó en estado vegetativo permanente como consecuencia de un accidente vehicular ocurrido en 1994. Sus hermanas, en su carácter de curadoras, solicitaron la suspensión de las medidas de hidratación y alimentación. Tal posición fue rechazada por el Ministerio Público, que entendió que el paciente no se encontraba en estado terminal (como exige la Ley 26.742), y que solo requería para subsistir la hidratación y alimentación brindada y, por tanto, “no configuran en este caso procedimientos extraordinarios o desproporcionados, sino medias básicas de todo ser viviente”. Asimismo, se resaltó la falta de manifestación de voluntad por parte del señor Diez del retiro de las medidas de soporte vital.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia del Tribunal de Justicia de Neuquén, que señaló que la medida solicitada está comprendida expresamente en la Ley de Derechos del Paciente 26.742, razón por la cual ni siquiera era necesario acudir a sede judicial para proceder a la retirada de las medidas señaladas. Diez murió por inanición a los pocos días de ejecutarse la sentencia.

¿Es entonces un tratamiento fútil suministrar alimentación e hidratación a un paciente que no está en agonía?

9 “Artículo 2. Derecho a la vida. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”.

2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

En absoluto, la alimentación es un cuidado de base¹⁰ necesario que le corresponde al enfermo como ser humano, por las siguientes consideraciones:

- a) Si bien la hidratación y alimentación, por vía nasogástrica o parenteral, exigen un procedimiento especial para colocar los dispositivos necesarios para alimentar al paciente, la misma alimentación e hidratación no constituyen, por sí, tratamiento médico. En este sentido, tanto la RAE como la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*¹¹ entienden que los tratamientos son medidas terapéuticas o de alivio de malestares, no es esta la función de la alimentación y la hidratación. Por ello, a pesar del carácter artificial de la vía por la que se suministra la alimentación, no puede decirse lo mismo de la nutrición en sí, que constituye algo natural y necesario para todas las personas (18).
- b) Alimentarse e hidratarse son medidas de sostenimiento vital que cualquier ser humano requiere para conservar la vida.
- c) Privar a una persona de estos componentes conlleva a la muerte por inanición, mas no por el deterioro de la propia enfermedad.

10 Son curas de base las intervenciones ordenadas a satisfacer las necesidades, no solo corporales, quien —a causa de la enfermedad— no es capaz de cuidar de sí mismo (Ignacio Carrasco, clase en Máster en Bioética, Módulo V. Problemas éticos del enfermo crónico y del final de la vida, 2007-2008, UNAV).

11 Sobre el particular cabe señalar que la Real Académica Española define el tratamiento como “Conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad”, en tanto que la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* extiende el concepto al “Conjunto de medios de toda clase, higiénicos, terapéuticos y quirúrgicos, que se ponen en práctica para la curación o alivio de las enfermedades” (19).

¿Qué subyace entonces en un razonamiento que justifica el retiro de la hidratación y la alimentación como medidas habituales ante pacientes crónicos? Sin duda un criterio utilitarista de la vida, que ve y entiende al ser humano como un ser valioso en tanto y en cuanto sea útil a los intereses de los demás. Esta pretendida “utilidad” es difícil de ver en el ocaso de la vida, cuando la dependencia —característica profundamente humana— se hace más notoria. Cabe destacar que esta posición naturalmente egoísta que pretenden exaltar algunos *lobbies*, no es mayoritariamente aceptada por los profesionales de la salud, que ejercen una loable e innegable labor de servicio.

EL DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS ANTE LA SUSPENSIÓN DE MEDIDAS DE BASE

Los documentos de voluntades anticipadas (DVA), que han tomado cierta relevancia en las últimas décadas, constituyen una forma más de empoderamiento del paciente que toma un rol protagónico en el proceso de su propia enfermedad. No obstante, es pertinente señalar que, a pesar de los esfuerzos por difundir su utilidad, en la práctica no han tenido la acogida esperada. Por el contrario, países como España, que tienen leyes sobre el tema a nivel nacional y autonómico desde hace más de diez años, muestran escasos resultados (20). Ni los médicos, y menos la población en general, tienen conocimiento certero del significado real y el alcance de las instrucciones previas (21).

¿Qué se entiende por testamento vital, documento de voluntades o instrucciones anticipadas? Quijada González y Tomás y Garrido denominan así “al documento en el que una persona manifiesta los tratamientos que desea recibir o rechazar cuando haya perdido la capa-

EN UN ESCENARIO DE AUSENCIA DE REGULACIÓN DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS, O PORQUE COMO TALES NO ESTÉN REGULADAS, NO VEMOS MAYOR DIFICULTAD PARA IMPLEMENTARLAS. ÉLLAS, POR SUPUESTO, DEBERÁN SER INTERPRETADAS CON RESPETO POR EL VALOR INCONDICIONADO DE LA VIDA Y LA DIGNIDAD DEL PACIENTE, CON LA GARANTÍA DE TODO RECHAZO AL ENCARNIZAMIENTO TERAPÉUTICO.

cidad para expresarse por sí misma, y decide el destino de sus órganos o de su cuerpo tras su fallecimiento” (22). Sin perjuicio de las formalidades necesarias para garantizar el cumplimiento de la voluntad del otorgante, es evidente que los DVA son una evidencia más de la crisis de deshumanización a la que se asiste en la relación médico-paciente. El enfermo cada vez se siente menos próximo al profesional de la salud, y el médico cada vez experimenta mayor desconfianza respecto de los usuarios del sistema sanitario. De allí la necesidad de elaborar documentos de consentimiento informado para los procedimientos más elementales, que blinden al profesional de la salud de cualquier eventual responsabilidad. Estas circunstancias eran impensables décadas atrás.

Aún si se valora positivamente todo intento por garantizar la autonomía del paciente y de respetar el proceso natural de su muerte, se ve con cierta preocupación que el fin perseguido pueda verse desvirtuado en la práctica. Las instrucciones previas como práctica preventiva, sin enfermedad de por medio, son de muy difícil implementación. Ello es así porque el lapso entre su redacción y el momento en que ellas se hagan efectivas puede ser muy prolongado. Desde esta perspectiva, ¿cuáles serían las acciones que deben evitarse? ¿Qué tratamientos no deberán iniciarse o en cuáles se solicita la suspensión?

¿Cómo imaginar *ex ante* el devenir de una enfermedad o accidente que no existe en el momento de la redacción de dichas instrucciones? ¿Cuántos años pasarán entre la emisión de las voluntades anticipadas y el siniestro que justifique su aplicación? ¿Cuánto habrá avanzado entonces la medicina y cuántas y cuáles de las medidas solicitadas habrán caído en desuso? Por ello se adhiere al criterio de quienes entienden que es más positiva la redacción de estas voluntades ante una enfermedad en concreto y como consecuencia del acompañamiento que el médico hace al paciente en el proceso que vive (22). Ello implica un compromiso de ambas partes para asumir un rol protagónico real a fin de evitar cualquier ensañamiento terapéutico en el final de la vida. De esta forma, existe una participación activa y concreta del enfermo, cuya voluntad no podría subrogarse en la de terceros, cosa que sí ocurre en ausencia de dichas instrucciones previas.

En un escenario de ausencia de regulación de las voluntades anticipadas, o porque como tales no estén reguladas, no vemos mayor dificultad para implementarlas. Ellas, por supuesto, deberán ser interpretadas con respeto por el valor incondicionado de la vida y la dignidad del paciente, con la garantía de todo rechazo al encarnizamiento terapéutico.

La dignidad, como tal, no es un derecho, sino una parte constitutiva del ser. Los derechos, y en especial los derechos humanos, emergen de la condición digna del hombre. Por tanto, la sociedad y el “Estado están compelidos a protegerlos. La forma de salvaguardarlos solo será posible, al final de la vida, a partir del respeto por el proceso natural de la muerte, y la aceptación de la finitud de la existencia y la muerte, mas nunca provocándola.

CONCLUSIONES

Llegados a este punto cabe señalar las siguientes conclusiones:

1. El final de la vida, en el caso de enfermedades prolongadas y dolorosas, genera en muchos pacientes y sus familiares una situación de desasosiego muy grande.
2. Este sufrimiento podría llevar al paciente a pedir que se termine con su vida por considerar que lleva una existencia indigna.
3. Las leyes y la jurisprudencia que permiten la eutanasia exaltan la libertad como fundamento de la dignidad. Ello supone una visión utilitarista del mundo y de la vida.
4. Tal afirmación hace perder de vista que la dignidad es parte constitutiva del ser humano y no un título añadido a este.
5. Renunciar a los tratamientos desproporcionados es aceptar la finitud y asumirla, pero ello no implica renunciar a los cuidados de base.
6. Los testamentos vitales serán legítimos en tanto se respete el proceso natural de la muerte y no manden a provocarla.

REFERENCIAS

1. Corcoy Bidasolo M, Voz Lex artis, Casabona R (dir). Enciclopedia de Bioderecho y Bioética (vol II). Granada: Comares; 2011. pp. 1040-1046.
2. ¿Qué es la lex artis ad hoc?. [visitado 2016 oct 10]. Disponible en www.conamed.gob.mx/prof_salud/pdf/lex_artis.pdf
3. Fernández Sessarego C. La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado. Lima: Motivensa; 2011.
4. Spaemann R. ¿Matar o dejar morir? Cuad Bioét. 2007; XVIII(1):107-16.
5. Lucas Lucas R. Bioética para todos. Mexico D.F: Trillas; 2006. p. 149-53.
6. Sentencia C-239/97 REF. Expediente D-1490. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del Decreto 100 de 1980, Código Penal. Demandante José Eurípides Parra Parra.
7. Gamboa Antiñolo F. Limitación del esfuerzo terapéutico. ¿Es lo mismo retirar un tratamiento de soporte vital que no iniciarlo? Med Clin. 2010;135(9):410-16.
8. Cofré Lagos JO. Los términos “Dignidad” y “Persona”. Su uso moral y jurídico. Enfoque Filosófico. Revista de derecho (Valdivia). 2004 [visitado 2016 oct 10];(17). Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200001&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000200001>
9. Sentencia T-970/14 REF. Solicitud presentada por el Ministerio de Salud en relación con la Sentencia T-970 de 2014. Expediente T-970. Acción de Tutela instaurada por Julia en contra de Coomesa EPS.
10. Pelé A. Una aproximación al concepto de dignidad humana. Revista Universitas. 2004; 12(1): 9-13. [visitado 2016 sep 9]. Disponible en: http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf
11. Pacheco Zerga L. Derecho a morir y el deber de matar por respeto a la dignidad humana. *Revista de Derecho. Universidad de Piura*. 2007;(8):45-60.

12. MacIntyre A. Animales racionales y dependientes. Porqué los seres humanos necesitamos las virtudes. Barcelona: Paidós; 2013. pp. 17-ss.
13. Martín Palomo MT. Autonomía, dependencia y vulnerabilidad en la construcción de la ciudadanía. Madrid: Universidad Carlos III; 2010 [visitado 2017 mayo 17]. Disponible en: <http://www.zerbitzuan.net/documentos/zerbitzuan/Autonomia,%20dependencia%20y%20vulnerabilidad.pdf>
14. Casini M. La indisponibilidad de la vida humana en la perspectiva del Bioderecho. *Med Ética*. 2011;22(1):33-52.
15. Prat E. Decisiones prudenciales ante enfermedades terminales. El caso de la hidratación y alimentación artificial. Pamplona: Jornada de Bioética; 2009 [visitado 2016 oct 27]. Disponible en: www.unav.es/cdb/prat1.pdf.
16. Paredes Escobar M. Limitación del esfuerzo terapéutico en la práctica clínica. Percepciones de profesionales médicos y de enfermería de unidades de pacientes críticos de un hospital público de adultos en la Región Metropolitana. *Acta Bioethica*. 2012;18(2):163-71.
17. Albert M. Caso Lambert. Después de un largo juicio no se retirará alimentación. Valencia: Observatorio de Bioética Universidad Católica de Valencia; 2015 [visitado 2015 oct 19]. Disponible en: www.observatoriobioetica.org/2015/10caso-lambert-despues-de-un-largo-juicio-no-se-retirara-su-alimentacion/10305
18. Collazo Chao E, Girela E. Problemas éticos en relación a la nutrición y a la hidratación: aspectos básicos. *Nutr Hosp*. 2011;26(6):1233.
19. Pou Américo MJ. Enciclopedia de Bioderecho y Bioética (vol II). Granada: Comares; 2011.
20. Álvarez P. Testamento vital, instrucciones previas, voluntades anticipadas. *Panace@*. 2012;XIII(36):316-20.
21. Quijada-González C, Tomás y Garrido G. Testamento vital: conocer y comprender su sentido y significado. *Pers Bioet*. 2014;18(2):138-52.
22. Serrano Ruiz-Calderón JM. La Ley 41/2002 y las voluntades anticipadas. *Cuad Bioét*. 2006;XVII(1):74-5.