

Eutanasia: moral y derecho

Introducción

El obstáculo que se presenta en la actualidad para la práctica de cualquier tipo de eutanasia aparece expuesto en el artículo 83 del Código Penal, el cual dispone que “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese intentado o consumado”. Incriminar la instigación resultaba necesario aunque el artículo 45 del Código Penal ya castiga al que hubiera “determinado directamente” a otro a cometer un delito. La necesidad de esta disposición expresa reside en la circunstancia de que el suicidio no constituye delito en la legislación argentina.

Después de distinguir entre la instigación y la ayuda, voy a distinguir entre el suicidio asistido, como género, y la eutanasia, como especie. Sugeriré luego que la legislación penal necesita una reforma en este aspecto, pero mi propósito central es otro, y consiste en argumentar a favor de la existencia de un derecho constitucional a la eutanasia, de donde mis argumentos no se dirigirán centralmente al Poder Legislativo, sino a la Corte Suprema.

Instigación, ayuda y eutanasia

Resulta curioso que el Código Penal no distinga, en términos de la pena, entre la instigación y la ayuda al suicidio. Nadie discute que la vida es la condición necesaria para poder disfrutar de cualquier valor, de donde estimular a alguien para que le ponga fin aparece –al menos *prima facie*– como inmoral y merecedor de castigo. Es difícil, entonces, que alguien sugiera eliminar aquella parte del artículo 83 del

Código Penal que castiga la instigación al suicidio.

Ayudar a poner fin a la vida de alguien que ya desea hacerlo, en cambio, no es *prima facie* inmoral, puesto que se trata de colaborar con el cumplimiento de un deseo previo del agente, y no de provocarle ese deseo. Si el codificador, de todas maneras, considera adecuado ese castigo, la pena nunca debería ser la misma que se aplica a la instigación, acto moralmente mucho más reprochable.

Y es curioso que esta simetría en el castigo de dos conductas moralmente desiguales no haya despertado la atención de los penalistas. En efecto, si se examina la literatura que sucedió a la sanción del Código Penal no aparecen críticas relativas a este aspecto del artículo 83.¹

Finalmente, llama la atención que no se hayan resaltado con énfasis las diferencias que existen entre la ayuda al suicidio, como género, y la eutanasia, como especie del mismo, y que se considere adecuado castigar de la misma forma ambas cosas. El suicidio asistido consiste en ayudar a alguien a morir, de manera indolora, a su requerimiento o con su consentimiento. Que la ayuda se practique de una manera indolora no es, por supuesto, un recaudo esencial para que dicha ayuda exista, pero constituye una exigencia del sentido común. Cualquier persona puede suicidarse de un modo doloroso; si requiere ayuda ajena es, precisamente, para evitar el dolor.

La eutanasia es —como dije— una especie dentro de este género, consiste en ayudar a morir a un enfermo terminal, o a un enfermo que padece una incapacidad extrema, de manera indolora, a su requerimiento —o el de su representante— o con su consentimiento. El problema del suicidio asistido consiste en que siempre es posible cuestionar en estos casos la racionalidad de quien solicita la ayuda, y es posible argumentar —entonces— que si el suicidio no se lleva a cabo, en poco tiempo el propio suicida agradecerá que se haya impedido. Este problema, como resulta claro, desaparece en el caso de la eutanasia: no puede dudarse de la racionalidad de un agente que desea poner fin a su vida cuando él padece de una enfermedad terminal, muy probablemente dolorosa. Tal vez —incluso— podríamos dudar de la racionalidad de quien deseara continuar esa vida.

No solamente es posible, entonces, continuar castigando la instigación al suicidio, sino que también es posible continuar castigando la ayuda al suicidio, incluso aunque se desincriminara la práctica de la eutanasia. Creo que hay

¹ Cfr., por ejemplo, SEBASTIAN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, tomo III, pp. 108-110; MARIO ODERIGO, *Código Penal Anotado*, Buenos Aires, Editorial Ideas, 1946, pp. 114-115.

argumentos como para desincriminar la ayuda al suicidio, pero voy a concentrarme aquí únicamente en los casos de eutanasia.

Sin embargo, la pertinacia en perseguir criminalmente a los suicidas me obliga a examinar, aunque sea sumariamente, el status moral del suicidio en la filosofía práctica.

Suicidio

Sería un error pensar que la filosofía moral condena unánimemente la práctica del suicidio. Consideremos, por ejemplo, el caso de David Hume, quien defendía el suicidio, considerándolo una acción libre de toda culpa o reproche. ¿Debemos suponer –preguntaba Hume– que el Todopoderoso se ha reservado para sí mismo el disponer de la vida de los hombres, y no ha sometido ese evento a las leyes generales mediante las cuales ha gobernado el universo? Y respondía sin vacilar que esto era absolutamente falso,² y que a todos los animales habían sido confiados a su propia prudencia respecto de su conducta en este mundo.

Hume no creía, entonces, que pudiera haber fuertes objeciones religiosas al suicidio. Alguien puede estar convencido, como cuestión de hecho, de que la vida puede resultarle infeliz, y que su existencia –de prolongarse– puede tornarse inelejible. Seguramente la providencia me ha colocado en este cuarto en este momento, decía, pero ¿no puedo acaso abandonarlo cuando lo crea adecuado sin que se me impute el haber desertado de mi puesto?³

Tampoco consideraba que hubiera objeciones al suicidio provenientes de nuestras obligaciones sociales. Un hombre que se retira de la sociedad no daña a la sociedad, sino que solo deja de hacer un bien, lo cual –si es un daño– es uno de la especie menos importante. Y no estoy obligado a hacer un pequeño bien a la sociedad a expensas de un grave daño a mí mismo; si por consideraciones de edad, o de enfermedad, puedo legítimamente renunciar a cualquier cargo, empleando mi tiempo en prevenir esas calamidades y en aliviar lo más posible las miserias de mi vida futura, ¿por qué no puedo cortar esas miserias al instante, mediante una acción que no es más perjudicial para la sociedad?

Concluía entonces señalando que el suicidio puede a menudo ser consistente con nuestros intereses y con el deber hacia nosotros mismos, por lo que no puede

² DAVID HUME, "Of Suicide", en *Essays. Moral, Political and Literary*, Indianapolis, Liberty Fund, 1985, pp. 580 y 582.

³ HUME, cit., pp. 583 y 585.

cuestionarlo nadie que acepte que la edad, la enfermedad o la mala suerte pueden convertir la vida en una carga y tornarla en algo peor que su aniquilamiento.⁴

Lejos estaba Hume de pensar –pues– que el suicidio resultaba inmoral, de donde sin duda hubiera considerado que convertir en delito la ayuda al suicidio era –al menos– una cuestión debatible.

Distinto, desde luego, es el caso de Kant, quien estaba decididamente en contra del suicidio. Por una parte, él consideraba que preservar nuestra propia vida es un deber, el cual todos tienen una inclinación inmediata a cumplir. Pero, por la otra, esta inclinación provocaba inquietudes en Kant, porque para él, este cuidado que adopta mucha gente carece de mérito intrínseco y su máxima no tiene contenido moral. Es verdad que esta gente protege su vida de acuerdo con lo que establece el deber, pero –y este es el defecto– no lo hacen *por* deber. El caso que Kant encomia es el de la persona cuya adversidad y dolor han eliminado su gusto por la vida. El hombre desafortunado desea su muerte y, sin embargo, preserva su vida aunque no la ame, no por inclinación sino por deber. Aquí su máxima tiene contenido moral.⁵ La diferencia entre los dos casos es clara: en el primero, el individuo no quiere suicidarse, y este es el motivo por el que no lo hace; en el segundo, el individuo querría hacerlo, pero se abstiene por deber. El primer caso no tiene mérito moral y el segundo sí lo tiene, solo porque en el segundo el individuo honra su deber moral.

Es muy conocida la forma en que Kant enuncia el imperativo universal del deber: obra como si la máxima de tu acción fuera a convertirse mediante tu voluntad en una ley universal de la naturaleza. Distingue a continuación los deberes respecto de uno mismo y respecto de los demás, así como entre deberes perfectos e imperfectos, y ofrece este ejemplo: alguien está harto de la vida a causa de una serie de preocupaciones que lo llevan a la desesperación, pero todavía se encuentra en posesión de su razón y puede preguntarse a sí mismo si no sería contrario a su deber el quitarse la vida, lo que lo lleva a preguntarse también si la máxima de su acción podría convertirse en ese caso en ley general de la naturaleza. Ahora bien, en este caso su máxima sería “Por amor a mí mismo adopto como principio acortar mi vida cuando su prolongación amenaza con más dificultades que placeres”. ¿Puede el amor a uno mismo convertirse entonces en una ley universal de la naturaleza? No, responde Kant, puesto que se advierte de inmediato que una naturaleza cuya ley fuera destruir la propia vida se contradeciría a sí misma, y no podría entonces subsistir como naturaleza; en consecuencia, la máxima no podría ser una ley de la

⁴ HUME, cit., pp. 586 y 588.

⁵ KANT, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Cambridge University Press, 2010, 4:398.

naturaleza, y se opone al principio supremo de todo deber.⁶

Si analizamos a la letra este argumento kantiano puede advertirse que no se sigue de él que el suicidio en grado de tentativa no deba ser un delito, puesto que a Kant le resulta indiferente desde el punto de vista moral que el comportamiento del agente esté inspirado por cualquier otra cosa que no sea el deber moral.

El otro argumento importante de Kant en contra del suicidio consiste en que el agente que está considerando la posibilidad del suicidio se pregunte a sí mismo si su acción puede ser consistente con la idea de la humanidad como un fin en sí mismo. Si se destruye a sí mismo para escapar a su situación dificultosa, entonces hace uso de su persona simplemente como un medio para mantener una situación tolerable hasta el fin de su vida. Pero un ser humano no es una cosa y —en consecuencia— no es algo que pueda ser utilizado simplemente como un medio, sino que en todas sus acciones debe ser considerado un fin en sí mismo.⁷

Aquí sí estamos frente a una condena irrestricta a todos los casos vinculados con el suicidio que estamos considerando. Kant se opondría a la instigación al suicidio, a la ayuda al suicidio, como género, y a la eutanasia, como especie de ese género. Lo que no resulta claro es si convertir esos actos en delitos colabora con los propósitos de la moral kantiana.

En una posición intermedia entre Hume y Kant se ubica Mill, quien estudia la cuestión del suicidio en relación al tema que constituye el centro de su tesis: la autonomía. El ejemplo de Mill es el siguiente: supongamos que un funcionario público, o cualquier otra persona, advierte que un individuo intenta cruzar un puente que es considerado inseguro, y no hay tiempo para advertirle del peligro; en ese caso es admisible detener al individuo, sin que al hacerlo se infrinja su libertad, puesto que la libertad consiste en hacer lo que uno desea, y el individuo en cuestión no desea caerse al río. Pero si hay tiempo para avisarle del peligro, lo único que puede hacerse es prevenirlo, porque solo el individuo mismo puede juzgar el motivo que lo induce a correr el riesgo.⁸ Según mi interpretación, si un adulto normal quiere cruzar el puente para suicidarse, lo único que podemos hacer es advertirle el peligro de vida que corre, pero no impedirle que lo cruce; cualquier interferencia legal con el suicidio vulneraría la autonomía individual. Como bien dice Mill: “El individuo no es responsable ante la sociedad por sus acciones, en la medida en que ellas no conciernen a ninguna persona más que a él”.

⁶ KANT, cit., 4:421/4:422.

⁷ KANT, cit., 4:429.

⁸ JOHN STUART MILL, “On Liberty”, en *Three Essays*, Oxford University Press, 1975, p. 118.

Autonomía, paternalismo y perfeccionismo

Como dije antes, sin embargo, mi preocupación no concierne aquí a la instigación al suicidio, ni a la ayuda al mismo, sino que se relaciona con el caso de la eutanasia. Voy a concentrarme, entonces, en los argumentos morales que se refieren a ella.

El argumento central a favor de la eutanasia lo constituye el valor moral de la autonomía del individuo, que encontró su mejor formulación en el principio del daño, tal como Mill lo formuló en *On Liberty*, y que merece ser citado de forma completa:

El único fin por el cual la humanidad puede interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus integrantes, es la autoprotección. El único propósito por el cual el poder puede ser correctamente ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es prevenir el daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es garantía suficiente. Él no puede correctamente ser obligado a hacer, o a abstenerse de, algo porque sería mejor para él el hacerlo, porque lo haría más feliz, porque, en opinión de otros, hacerlo sería inteligente, o incluso correcto. La única parte de la conducta de alguien por la cual es responsable ante la sociedad, es la que concierne a otros. En la parte que simplemente le concierne a sí mismo, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente, el individuo es soberano.⁹

Si un individuo adulto y normal desea causarse un daño a sí mismo, la sociedad no puede intervenir para impedirlo, y si alguien causa un daño consentido a un tercero, no puede ser castigado por ello. El castigo solo puede ser aplicado en casos en los que alguien cause un daño no consentido a un tercero.

Quienes se oponen al ejercicio irrestricto de la autonomía lo hacen en nombre del principio paternalista. El paternalismo consiste en la interferencia con la libertad de acción de una persona, por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses o valores de la persona que es coercionada.¹⁰ La prohibición del consumo de drogas, por ejemplo, se lleva a cabo en nombre del paternalismo.

⁹ MILL, cit.

¹⁰ GERALD DWORKIN, "Paternalism", en Richard A. Wasserstrom (ed.), *Morality and the Law*, Belmont, Cal., Wadsworth Publishing Co., 1971, p. 108.

Existe un paternalismo inobjetable, desde luego, y consiste —precisamente— en la conducta que adoptan los padres respecto de sus hijos menores de edad. ¿Qué otra cosa podrían hacer que ser paternaes con ellos? El problema aparece cuando alguien trata a un adulto normal como si fuera su hijo menor de edad. Pero no voy a entrar aquí en el debate entre la autonomía y el paternalismo —en el cual yo me pronunciaría a favor de la autonomía— sencillamente porque el paternalismo no es suficiente para justificar la prohibición de la eutanasia. Si la autonomía cuestiona la prohibición de la eutanasia, y el paternalismo no alcanza para defender esa prohibición, ¿qué es lo que se requiere para ello? Un principio más fuerte que el paternalismo, obviamente: el principio perfeccionista. Un defensor del paternalismo cree que la autonomía solo puede dejarse de lado cuando se actúa en beneficio del individuo coaccionado, en beneficio —muchas veces— de su propia autonomía futura. El sacrificio de la autonomía actual del individuo incrementa su autonomía potencial. Este es el argumento que está detrás de la prohibición del consumo de drogas: se coarta ahora la autonomía del sujeto para que no se convierta en un adicto, y pueda elegir en el futuro entre una rica variedad de planes de vida. Pero si la interferencia con la autonomía actual no beneficia al afectado, el paternalista no permite una interferencia de ese tipo, el paternalista necesita algo que compense la pérdida de autonomía. Y en el caso de la eutanasia, está claro que la interferencia no beneficia al individuo coaccionado, ni redundando en beneficio de su autonomía futura, puesto que ese individuo no tiene futuro.

El perfeccionismo, en cambio, permite coartar la autonomía de un individuo para que su vida se ajuste a un determinado ideal de excelencia, sin tener en cuenta el beneficio de ese individuo, ni —desde luego— su autonomía futura. El caso del martirio o los de actos supererogatorios de heroísmo son buenos ejemplos de lo que digo. Es muy difícil sostener que el martirio es beneficioso para el mártir, salvo que se esté pensando en la vida futura, en cuyo caso ya no estaríamos frente a una teoría moral.

Mientras el paternalismo busca el beneficio de los intereses del individuo cuya autonomía es desplazada, el perfeccionismo se desentiende de esos intereses, y solamente busca ajustar la conducta del individuo a un ideal, que puede o no beneficiarlo. Por eso el perfeccionismo es una tesis más fuerte que el paternalismo y requiere argumentos más fuertes para defenderla. Además de ser más exigente, es muy probable que el perfeccionismo esté equivocado; el perfeccionista exige que se lleve a cabo un plan de vida de excelencia, y pasa por alto que bien puede haber excelencia en una vida concluida voluntariamente con dignidad.

De modo que la eutanasia aparece defendida por argumentos morales tan fuertes como el de la autonomía y atacada por argumentos tan controvertibles como el del

perfeccionismo. A esta altura bien podríamos pensar que no solo aceptar la práctica de la eutanasia es moral, sino también que podría ser inmoral el prohibirla. ¿Cuáles pueden ser las razones, entonces, para que la prohibición de la eutanasia sobreviva sin críticas en tantas legislaciones penales?

Religión

Razones religiosas, por supuesto. Aunque la moral es algo muy distinto de la religión, lo cierto es que muchas personas tienden a confundirlas, y esa tendencia resulta potenciada por la existencia de morales religiosas. Por eso resulta importante resaltar sus diferencias, para no enturbiar este debate.

Lo básico de una religión consiste en la fe en la existencia de un Dios con determinados atributos y exigencias. Si usted cree en ese Dios, y cree que a Dios lo ofende, o lo entristece, que se lleve a cabo un acto determinado, entonces ese acto es un pecado, y usted no debe llevarlo a cabo, o debe arrepentirse si ya lo llevó a cabo, porque piensa que será castigado si no lo hace. Pero es importante preguntarse si existe también algún argumento en contra de la realización de ese acto, alguna razón para no llevarlo a cabo, que sea independiente de ofender o entristecer a Dios: si ese argumento, si esa razón, no existe, entonces el acto podrá ser un pecado, pero sería difícil sostener que se trata de un acto inmoral (incluso debería ser difícil convencer a un creyente de esto).

¿Cuál es el motivo por el cual estoy interesado en esta distinción? Porque estoy debatiendo la eutanasia dentro del ámbito del derecho, y mientras el derecho debe ser capaz de soportar el escrutinio de la moral, no tiene por qué ser capaz de soportar el escrutinio de la religión: el ámbito de la discusión es el derecho argentino, y la Argentina no es una teocracia sino una democracia.

Este punto de vista debería merecer una adhesión unánime, pero no siempre ha ocurrido esto en el pasado, ni ocurre tampoco ahora. En su encíclica *Humanum Genus* el entonces papa León XIII dijo que un Dios creador y gobernador del mundo, una ley eterna que manda conservar el orden natural y un fin último del hombre colocado más allá de esta vida transitoria, “son las fuentes (...) y los principios de toda moral y justicia. Si se suprimen (...) la ciencia moral y el derecho quedan destituidos de toda moral y de toda justicia”. El Papa estaba sosteniendo aquí dos cosas, ambas equivocadas: a) que sin Dios y sin religión no hay moral; al considerar estos aspectos como definicionales, de allí se sigue que la encíclica

considera a los ateos como analíticamente inmorales; y b) que sin religión no hay derecho justo. La encíclica sostiene que la religión puede incidir en el derecho de dos maneras: de manera directa o de manera indirecta, a través de la moral. En otras palabras, el papa León XIII proponía una teocracia.

No nos entusiasmemos pensando que enfrentamos aquí solo un pensamiento propio del siglo XIX; con independencia del poder temporal del papado, cuyo restablecimiento supongo que nadie se atrevería ahora a sugerir, mucha gente comparte todavía en el siglo XXI las afirmaciones de la encíclica. Pero frente a personas más moderadas corresponde plantear la siguiente pregunta: ¿qué alternativa tienen disponible aquellas personas que no pueden encontrar argumentos que respalden sus creencias religiosas, que no pueden —en otras palabras— convertir su fe religiosa acerca de un tema determinado en argumentos moralmente aceptables? Mantener su fe, ciertamente, en lo que hace a sus propias acciones, y aconsejar a otras personas para que procedan de un modo semejante, sea asistiendo a misa, sea absteniéndose de comer carne vacuna en determinados días, sea evitando la práctica de la eutanasia. Lo que no pueden pretender es que la coacción del derecho se aplique a aquellas personas que no comparten su fe religiosa.

Las creencias religiosas pueden respaldar las preferencias personales de los individuos, pero no sus preferencias externas. La distinción entre ambos tipos de preferencias, que fue elaborada por Dworkin, es indispensable en estos temas. Las preferencias personales son las preferencias del individuo respecto de su propio disfrute de algunos bienes u oportunidades, mientras que las preferencias externas son las preferencias del individuo respecto de la asignación de bienes u oportunidades para los demás.¹¹ Yo puedo preferir salir de mi casa usando saco y corbata, y esta es una preferencia personal mía; también puedo preferir que todos los demás hombres hagan lo mismo, pero esta es una preferencia externa.

Mientras respetar las preferencias personales de los individuos impresiona como una política correcta, respetar sus preferencias externas podría reflejar un autoritarismo peligroso. Un nazi, por ejemplo, puede tener la preferencia externa de que los arios tengan más preferencias satisfechas, y los judíos menos, simplemente por ser lo que son.¹² Menos dramáticamente, una minoría de argentinos se opuso tenazmente durante muchos años a la sanción de la ley de divorcio, sobre la base de sus preferencias externas respecto de los matrimonios ajenos (esto ya ha sido señalado en el capítulo 10).

¹¹ RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 234.

¹² RONALD DWORKIN, "Rights as Trumps", en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984, p. 156.

Por supuesto que una persona debe ser respetada en el ejercicio de su preferencia religiosa personal respecto de la eutanasia: si no quiere que se le practique la eutanasia, obviamente no puede ser coaccionada de manera alguna (sencillamente porque en ese caso no podría hablarse de eutanasia). Y si un médico no desea practicar la eutanasia, dentro de ciertos límites, su objeción de conciencia también debe ser respetada. Lo que no resulta admisible es que su preferencia religiosa externa acerca de la forma en la que los demás individuos deberían comportarse acerca de la eutanasia sea respaldada por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, puede hablarse de un interés del Estado en la preservación de la vida de los ciudadanos, pero esto no significa que el Estado sea un ente que posee intereses: los que tienen intereses son los ciudadanos. Cada ciudadano tiene un interés en la preservación de su vida, en tanto preferencia personal, y la suma de esos intereses constituye el interés del Estado. Lo que no debe contar —desde el punto de vista moral— son las preferencias externas de los ciudadanos para mantener con vida a otros ciudadanos.

Clasificaciones

Aclarado este tema, corresponde ahora clasificar los distintos tipos posibles de eutanasia, pues ellos requieren argumentos morales diferentes. Voy a comenzar con la distinción entre eutanasia activa y eutanasia pasiva.

En la eutanasia activa el médico priva al paciente de su vida mediante una acción, por ejemplo aplicándole una inyección letal. Se requiere la acción del médico para que el paciente muera, de donde es correcto describir la acción como una en la que el médico mata al paciente. En la eutanasia pasiva, en cambio, el médico se limita a interrumpir el tratamiento del paciente, de donde no lo mata sino que lo deja morir: aquí no existe una acción sino una omisión.

¿Existe una diferencia moral entre ambos casos? Yo creo que en algunas circunstancias la hay, pero que la misma no reviste la forma en la que la mayoría de la gente parece concebirla. Supongamos que una persona heredará una gran fortuna en caso de que su padre muera, y que —con esta idea en su mente— omita darle la medicación necesaria para que continúe vivo¹³. ¿Qué diferencia moral relevante existe entre esta persona y aquella que mata a su padre administrándole una medicina? Podría pensarse que yo estoy tratando de mostrar aquí que la eutanasia activa no es *peor* que

¹³ Cfr. JONATHAN GLOVER, *Causing Death and Saving Lives*, Penguin Books, Middlesex, 1977, p. 95.

la pasiva, pero no es así. Lo que quiero mostrar es que, si aceptamos que existe una diferencia moral entre el omitir y el actuar (que yo pongo en duda en la mayoría de los casos) la eutanasia activa es moralmente *mejor* que la pasiva. Imaginemos que un niño se está muriendo de una obstrucción intestinal irreversible. Aplicarle una inyección letal de morfina revela una preocupación por preservar al niño de todo sufrimiento, preocupación a la cual no cuesta encontrarle un fundamento moral; dejarlo morir deshidratado en un proceso de varios días, en cambio, lo único que revela es la (equivocada) intención de tranquilizar la conciencia del médico, o la de los padres del niño, o la de ambos. Los principios morales deben condenar esta actitud. Aplicarle una inyección letal de morfina a un paciente canceroso terminal revela la aceptable preocupación moral de evitarle al moribundo –a su pedido– una lenta y dolorosa agonía, mientras que suspender su tratamiento y dejarlo morir, en un proceso que puede durar días, significa contemplar su lenta y dolorosa agonía. No cuesta encontrar un fundamento moral para la primera actitud, pero sí para la segunda. De modo que –desde el punto de vista moral– la eutanasia activa es preferible a la pasiva.

Veamos ahora la otra distinción relevante para el tema. He presentado las diferencias entre la eutanasia activa y la pasiva pero –en ambos casos– he mostrado ejemplos de eutanasia voluntaria, esto es, la eutanasia que es requerida por un paciente competente, paradigmáticamente un adulto normal. ¿Qué ocurre cuando el paciente es un menor o cuando el paciente se encuentra en estado vegetativo? Estos son los casos de eutanasia involuntaria, en los que el principio de autonomía no puede aplicarse directamente. ¿Pueden justificarse estos casos?

Por cierto que no puede aplicarse a ellos el principio de Mill que ya he citado, puesto que el menor carece de autonomía y la persona inconciente no puede manifestarla. Si el paciente experimentara dolor, el principio utilitarista podría justificar la eutanasia en estos casos, y si no lo hubiera, la mejor solución consiste en tratar de reconstruir lo que hubiera sido la expresión de la autonomía del paciente, de haberla tenido o de haberla podido manifestar. El custodio o representante legal del paciente debe ponerse en el lugar de este, tomando solamente en cuenta su interés, no el interés de los padres o el de la sociedad. El custodio no está obligado a solicitar la eutanasia, pero está facultado a hacerlo y, obviamente, debe existir una coincidencia de opiniones entre el médico y el custodio.

Tenemos entonces cuatro casos posibles de eutanasia: a) eutanasia voluntaria activa, b) eutanasia voluntaria pasiva, c) eutanasia involuntaria activa, y d) eutanasia involuntaria pasiva. El caso a) es el más sencillo de justificar moralmente, y el caso d), el más complicado.

Cuando digo que la eutanasia activa es más fácilmente justificable que la pasiva desde el punto de vista moral no estoy sugiriendo que nunca puede aceptarse la eutanasia pasiva. Consideremos el caso b), esto es, el de la eutanasia voluntaria pasiva, y supongamos que el paciente tiene fuertes convicciones religiosas, las que no le permiten solicitar la eutanasia activa. Ciertamente, en esta situación el paciente tiene derecho a solicitar la eutanasia pasiva, que es la que –en su caso– concuerda con sus convicciones.

Habiendo considerado las cuatro formas posibles que puede revestir la eutanasia, quiero mencionar un último ejemplo que se intentó considerar como una forma de eutanasia, de un modo injustificado y de mala fe. Mediante un decreto del 1 de septiembre de 1939 Hitler exterminó mediante cámaras de gas a alrededor de 275.000 personas que padecían diversas deficiencias, físicas o mentales, desde afectados por el síndrome de Down hasta sicóticos, escleróticos y paralíticos.¹⁴ Como es obvio, ni los afectados ni sus parientes fueron consultados, y el gobierno nazi pretendió encubrir esta masacre bajo el rótulo de eutanasia, de donde la palabra adquirió en Alemania una connotación fuertemente negativa. No necesito enfatizar, supongo, que las andanzas macabras de Hitler no tenían nada que ver con el tema que aquí nos ocupa, y creo que su torpe deformación del lenguaje debería ser ignorada.

El caso Quinlan

Es hora de ingresar de lleno en el ámbito del derecho, y voy a hacerlo estudiando algunas decisiones sobre la eutanasia adoptadas por tribunales de los Estados Unidos, las que mostraré en orden cronológico. El primer caso –el de Karen Quinlan– recibió en su momento una enorme atención periodística y fue resuelto por la Corte Suprema de Nueva Jersey.¹⁵ Se trata de un caso de eutanasia involuntaria pasiva. Quinlan era incompetente y requería la intervención de un guardián, aunque el Tribunal asimiló su caso al de un paciente competente con cáncer terminal, convirtiendo así al caso –para sus efectos prácticos– en uno de eutanasia voluntaria. Y se trataba de eutanasia pasiva puesto que Quinlan necesitaba la asistencia de un respirador y los peticionantes solicitaban que le fuera retirado.

¹⁴ Cfr. PHILIPPA FOOT, "Euthanasia", en *Virtues and Vices*, Oxford, Basil Blackwell, 1978, p. 33.

¹⁵ *In the Matter of Karen Quinlan, an Alleged Incompetent*, 70 N.J., 10:355, decidido el 1 de marzo de 1976.

La Corte aceptó el testimonio de un obispo, quien declaró que el procedimiento pedido era aceptable, precisamente porque entendió que no se trataba de eutanasia, “la que nunca podría ser lícita”. Pero la Corte especificó que aceptaba ese testimonio al único efecto de establecer el carácter moral del padre de Quinlan, y no para decidir el caso, lo cual —desde luego— no resulta objetable.

Finalmente, la Corte resolvió a favor del pedido, en base a un mal argumento: sostuvo que el derecho a la privacidad del peticionante superaba al interés del Estado, de donde cometió el error de interpretar ese interés como una preferencia externa.

El caso Cruzan

El segundo caso fue resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos: *Cruzan v. Director MD*.¹⁶ La situación resultaba similar a la de Quinlan y la Corte aceptó el mismo sustento legal, pero rechazó el pedido por cuestiones de prueba.

El juez Rehnquist señaló que debía exigirse una prueba clara y convincente, no quiso aceptar la opinión de los padres de Cruzan (no obstante reconocer que se trataba de padres amantes y cariñosos) y mostró su preferencia por las declaraciones de voluntad formuladas por escrito, que en el caso no existían. En definitiva, afirmó que no había seguridad de que el punto de vista de los familiares cercanos fuera el mismo que el del paciente.

El juez Scalía comenzó su opinión concurrente sosteniendo —como Kant— que el suicidio no era excusable, ni siquiera cuando se cometía para evitar males que la persona no tenía fuerza para soportar. Pero lo más importante es lo que sostuvo acerca de la distinción entre omitir y actuar, esto es, entre eutanasia activa y pasiva. Reconoció que la distinción entre acción e inacción tiene peso cuando la legislatura debe decidir en los casos en los que se trata de prevenir un suicidio, pero que no tiene sentido decir que alguien no puede suicidarse caminando hacia el mar, mientras que sí puede hacerlo esperando en la playa hasta que llegue el agua y lo tape; o que uno no puede encerrarse en una heladera, pero sí puede rehusarse a entrar en la casa cuando la temperatura exterior es más baja que el punto de congelación. Señaló que matarse de hambre no es algo distinto de pegarse un tiro en la sien, porque en los dos casos existe una decisión conciente de terminar con la vida.

Pero lo interesante del caso es que Scalía rechaza la distinción entre omitir y actuar, no para afirmar que deben permitirse ciertas acciones, sino para afirmar

¹⁶ Decidido el 25 de junio de 1990.

que pueden prohibirse las omisiones, que así como es incorrecto matar, es también incorrecto el dejar morir. Este es un error claro en la mayoría de los casos. La distinción entre matar y dejar morir se vincula con dos enfoques tradicionales de la ética: el consecuencialismo y el deontologismo. El consecuencialismo piensa que lo bueno es superior a lo correcto, y que lo correcto es cualquier cosa que maximice lo bueno. Si lo bueno es la felicidad, entonces, lo correcto es cualquier cosa —recuérdese, *cualquier* cosa— que maximice la felicidad. Si hay que matar a una persona para evitar que mueran cinco, el consecuencialismo dice que hay que matar, es peor dejar morir a cinco que matar a uno. El deontologismo piensa que lo correcto es superior a lo bueno, y que lo bueno —entonces— solo puede perseguirse dentro de los límites de lo correcto; específicamente, existen restricciones deontológicas a la persecución de lo bueno, de las cuales la primera es no matar. De modo que para el consecuencialismo no hay una distinción tajante entre matar y dejar morir, por lo que el matar está permitido en muchos casos. Y para el deontologismo, hay una distinción tajante entre matar y dejar morir, de donde matar está prohibido y dejar morir está muchas veces permitido. Scalia, por una parte, adopta la posición consecuencialista y niega la distinción tajante entre matar y dejar morir; por la otra, extrae la extraña consecuencia de que ambas cosas deben ser castigadas, lo que no suscribirían —con ese alcance— ni consecuencialistas, ni deontologistas. Si la distinción se rechaza, el resultado consiste en autorizar (en algunos casos acotados) el matar, no en prohibir el dejar morir.

El juez Brennan dijo que creía que Cruzan tenía un derecho fundamental a librarse de una nutrición e hidratación artificial y no deseada, derecho que no estaba sobrepasado por ningún interés del Estado, y que los obstáculos probatorios exigidos mostraban un prejuicio impropio por parte de la mayoría. Brennan interpretó a la perfección el tema del interés estatal, el derecho de Cruzan no es absoluto, pero ningún interés estatal puede sobrepasarlo; el Estado no tiene ningún interés legítimo general en la vida de alguien, separado del interés de la persona en vivir esa vida, de modo que el interés del Estado no puede superar la decisión de la persona de rehusar el tratamiento médico.

Brennan también se ocupó del aspecto probatorio del caso. Así como el Estado no puede desplazar directamente la decisión de Cruzan, tampoco puede hacerlo indirectamente a través de reglas procesales; la posibilidad de un milagro médico es parte del cálculo, pero es parte del cálculo del paciente. Y Brennan también advirtió que la Corte nunca definió específicamente qué tipo de evidencia consideraría clara y convincente, pareció sugerir que solo aceptaría un testamento, recaudo que muy poca gente adopta ante la baja probabilidad de quedar en estado vegetativo.

El juez Stevens, finalmente, recordó que las leyes en contra del suicidio presuponen que el suicida agradecerá luego al Estado su intervención, pero que no había ninguna base para creer que Cruzan poseyera algún interés en la prolongación de lo que el Estado había decidido que era su vida. Stevens también interpretó correctamente el tema del interés del Estado, los mejores intereses del individuo deben prevalecer respecto de cualquier política general del Estado que ignore esos intereses; la Constitución requiere que los intereses vitales del individuo en la libertad prevalezcan sobre la política general.

Tengo la impresión de que la mayoría del Tribunal estaba en este caso contra de la eutanasia, activa o pasiva; estaba en contra de la decisión adoptada en *Quinlan*, por ejemplo, y utilizó el aspecto probatorio como excusa. No puede aceptarse un derecho en teoría y desvirtuarlo luego en la práctica, exigiendo rigores probatorios irrazonables que convierten al derecho en ilusorio, que es —lamentablemente— lo que hizo aquí la Corte.

El caso Vacco

El tercer caso, *Vacco*, también fue resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos.¹⁷ Lo que se cuestionaba en este caso era que el estado de New York permitiera que una persona rehusara el tratamiento médico mientras no permitía la eutanasia activa. El juez Rehnquist rechazó la pretensión sin detenerse mucho en los argumentos. Dijo que la distinción entre ambos casos era ampliamente reconocida y aprobada por la profesión médica, sin preguntarse, sin embargo, cuál es la autoridad especial de los médicos en materia moral. Dijo que la distinción era importante, sin explicar por qué lo era para este caso, y que era una distinción ciertamente racional. Esta última es una afirmación oscura: nadie discute que hay diferencias entre el matar y el dejar morir, y que ellas deben ser recogidas, por ejemplo, en cualquier teoría de descripción de acciones, pero esto no es lo que se discute aquí, donde lo que cuenta es si existe o no una diferencia *moral* relevante entre ambas, lo que la Corte no trató de mostrar.

Rehnquist recurrió también a la noción de causa. Cuando el paciente rehúsa el tratamiento muere de su enfermedad previa, pero si ingiere una sustancia letal muere por la medicina. Aquí parece estar en juego una noción evaluativa de causa, que no se alcanza a explicar. ¿Por qué es mejor —desde el punto de vista moral—

¹⁷ *Vacco v Quill*, decidido el 26 de junio de 1997.

morir dolorosamente de una enfermedad terminal que morir indoloramente de una medicina?

Empleó finalmente la doctrina del doble efecto: a veces cuando un médico receta un anestésico puede acelerar la muerte del paciente, pero su propósito es aliviar el dolor, lo que no ocurre en la eutanasia activa. La doctrina del doble efecto ha tenido influencia en la doctrina moral desde que fue introducida por Tomás de Aquino para justificar la legítima defensa. Consiste en distinguir dos tipos de casos: a) aquel en el cual quiero el efecto que va a producirse, y b) aquel en el cual preveo el efecto, pero no lo quiero. Quien se defiende de un ataque, lo que quiere es protegerse, prevé la muerte del agresor, pero no la quiere.

La doctrina en cuestión produce algunos resultados contraintuitivos que no voy a examinar aquí. Lo que me interesa es destacar que ella puede resultar aplicable cuando el efecto se considera moralmente malo, pero ¿qué tiene de malo moralmente matar a alguien a su requerimiento para aliviarlo de grandes padecimientos físicos y psicológicos? La doctrina del doble efecto –sencillamente– está fuera de lugar en los casos de eutanasia.

El caso Glucksberg

El mismo día que se resolvió *Vacco* la Corte decidió otro caso importante de eutanasia: *Washington v Glucksberg*.¹⁸ Los peticionantes invocaron la existencia de un interés en la libertad protegido por la Enmienda Catorce (la cual prohíbe la privación de libertad sin debido proceso), libertad que se extiende a la elección personal por parte de una persona competente y terminalmente enferma a la eutanasia activa. La Cámara de Apelaciones del estado de Washington les dio la razón y sostuvo que la prohibición era inconstitucional en tanto se aplicara a adultos competentes terminalmente enfermos. La eutanasia involuntaria, como puede verse, no estaba abarcada en este caso.

El juez Rehnquist comenzó recordando que las leyes constituyen una indicación fiable del consenso nacional; siendo cierta, esta afirmación es irrelevante en el caso de los derechos constitucionales, que son derechos contramayoritarios. Limitó luego el alcance de la Enmienda Catorce al afirmar que ella solo protege derechos profundamente enraizados en la tradición legal, y que una tradición consistente y casi universal rechaza el derecho que los peticionantes invocan. Esta idea, si se lleva

¹⁸ *Washington, et al v. Harold Glucksberg*, decidido el 26 de junio de 1997.

consistentemente a la práctica, produciría un total inmovilismo legal. La Enmienda fue introducida, entre otras cosas, para evitar la posibilidad de que se repitiera un caso tan nefasto como *Dred Scott*, y –razonando como lo hace Rehnquist– es difícil ver la forma en que podría haberse revisado *Lochner*. Toda doctrina del precedente tiene que tener un lugar para el error, si es que desea ser de alguna utilidad. Otra vez aquí, como en *Vacco*, Rehnquist invocó la doctrina del precedente para recordar que la eutanasia activa puede ser una decisión tan personal y profunda como la decisión de rehusar tratamiento, pero que nunca goza de la misma protección. Otra vez, entonces, rehusó aceptar la posibilidad de errores dentro de la doctrina del precedente.

Y sostuvo también una concepción autoritaria de los intereses del Estado cuando afirmó que muchos de los derechos y libertades que protege la cláusula del debido proceso no garantizan la abarcadora conclusión de que todas las decisiones importantes, íntimas y personales están igualmente protegidas. En esta postura lo acompañó con entusiasmo el juez Stevens, quien sostuvo que el valor para otros de una vida personal es demasiado precioso como para permitir al individuo reclamar una autonomía completa respecto de una decisión para poner fin a esa vida. Como puede verse, se trata de una elegía a la posición autoritaria de permitir la primacía de las preferencias externas (a la par que Stevens se desdijo de su posición en *Cruzan*).

Otra vez, como en *Vacco*, Rehnquist invocó los principios éticos de la medicina y dijo que el Estado tiene un interés en proteger la identidad y la ética de la profesión médica y que hay quienes piensan que la eutanasia activa es incompatible con el papel del médico como sanador. Esta mención, y la de *Vacco*, confirman la necesidad de reformular el papel del médico en la adopción de decisiones morales, y de reformular también –principalmente por filósofos morales y no solo por médicos– la ética de la medicina.

Por último, Rehnquist empleó el argumento de la pendiente resbaladiza, al decir que el derecho limitado a la eutanasia activa puede convertirse en un permiso mucho mayor. El juez Souter lo acompañó en este aspecto, señalando que reconocer un derecho en este caso dejaría al tribunal sin una base principista para evitar reconocer otros. En mi opinión, los que invocan el argumento de la pendiente resbaladiza en los casos de eutanasia son aquellos que no se encuentran cómodos ni siquiera arriba de la pendiente. Nunca dicen, por ejemplo, cuál es la posición justificable a partir de la cual comenzaría a resbalarse hacia lo injustificable.

Dentro de este panorama desalentador, el juez Breyer dijo algo interesante: señaló que cualquier derecho fundamental a morir debería incluir el derecho a evitar un sufrimiento físico severo, pero que las leyes no obligan a ninguna persona a

soportar esto último. Anticipó que si la ley estatal impidiera la provisión de cuidado paliativo, incluyendo la administración de medicamentos para evitar el dolor al final de la vida, la Corte podría modificar sus conclusiones. Me parece que Breyer estaba pensando aquí que el médico estaría siempre autorizado a administrar el medicamento, sea que previera la muerte del paciente o que la deseara. Lo opuesto, como vimos, a la doctrina del doble efecto.

El Memorial de los Filósofos

Con motivo de los casos *Vacco* y *Washington*, un prestigioso grupo de filósofos morales presentó un *amici curiae*, que no fue atendido en absoluto por la Corte, pero cuyos argumentos resultan relevantes aquí. El *amici* fue conocido como el Memorial de los Filósofos.¹⁹ A diferencia de lo acontecido con los fallos que estoy exponiendo, los argumentos del memorial son impecables, y voy a mencionar los más importantes.

- a) Muchas personas ven a la muerte como el acto final del drama de la vida y quieren que ese último acto refleje sus propias convicciones, y no que se les impongan convicciones ajenas en su momento más vulnerable. La Constitución insiste en que la gente debe ser libre de adoptar estas decisiones profundamente personales por sí misma, y no debe ser forzada a terminar su vida de un modo que la horroriza, solo porque esto es lo que una mayoría considera adecuado.
- b) Incluso si fuera posible eliminar todo dolor en el moribundo, eso no terminaría, y ni siquiera aliviaría, la angustia que muchos sienten al permanecer vivos, pero entubados, inermes y a veces sedados hasta la inconciencia.
- c) Un médico viola los derechos de su paciente –sea por acción o por omisión– cuando causa la muerte de su paciente en contra de sus deseos. Pero cuando un paciente competente desea morir, no tiene sentido apelar al derecho del paciente a no ser muerto como una razón para considerar impermisible un acto diseñado para causarle la muerte.
- d) Desde el punto de vista del paciente, no existe una diferencia moralmente relevante entre que el médico termine el tratamiento que lo mantiene vivo, si esto es lo que el paciente desea, y que el médico lo ayude a terminar con

¹⁹ Puede consultarse en *The New York Review of Books*, edición del 27 de marzo de 1997.

su vida proveyéndolo de píldoras letales, si esto es lo que el paciente desea, excepto que la última hipótesis es más rápida y más humana.

e) Los pacientes tienen derecho a que el Estado no les prohíba a los médicos asistirlos, pero no tienen derecho a obligar al médico a que los asista. Tienen solo derecho a que los asista un médico que desee hacerlo.

f) El suicidio asistido es algo distinto a la eutanasia. El Estado puede sostener que las personas que no son enfermos terminales, pero desean morir, pueden luego muy probablemente estar agradecidas de que se les haya impedido terminar con la vida.

Después de este refrescante interludio filosófico, en el que no aparecen –obviamente– errores argumentales, reanudo ahora el examen cronológico de los fallos que nos ocupan.

El caso Kevorkian

El caso *Kevorkian* es muy distinto a los anteriores, y fue resuelto por la Cámara de Apelaciones de Michigan.²⁰ El defendido, Kevorkian, cometió dos errores: practicó la eutanasia cuando no estaba legalizada y participó después en su propia defensa. Fue un caso de eutanasia activa, Kevorkian fue condenado y pidió que la condena fuera revocada.

La decisión del Tribunal constituye un compendio de los desaciertos que encontramos en los fallos anteriores. Así, se vuelve a repetir que existe una gran distinción fáctica entre rehusar un cuidado, incluso si al hacerlo se apresura la muerte, y poner deliberadamente fin a la vida. Y se olvida, nuevamente, que puede existir una diferencia en términos de descripción de acciones, pero que de ello no puede inferirse una diferencia moral.

Se dice en el fallo que no se ha invocado ningún precedente y que no existen antecedentes significativos para expandir el derecho a la privacidad de modo que incluya a la eutanasia. Y se olvida, nuevamente, que cualquier teoría del precedente debe incluir la posibilidad de una teoría del error, so pena de concluir en el inmovilismo.

Se menciona el argumento de la pendiente resbaladiza, sin intentar ninguna precisión acerca de qué parte de la pendiente aceptaría el Tribunal, y se sostiene que

²⁰ *People of the State of Michigan v. Jack Kevorkian*, decidido el 20 de noviembre de 2001.

si la sociedad va a reconocer un derecho a librarse de un sufrimiento intolerable e irremediable, debería hacerlo a través de la mayoría en la legislatura, olvidando, otra vez, que estamos en presencia de un derecho contramayoritario.

Lo único que tiene el fallo de novedoso es la introducción de un nuevo error. Afirma que ningún tribunal puede contestar a la pregunta de cuánto dolor es necesario antes de que el sufrimiento se vuelva intolerable e irremediable, que ningún juez puede evaluar la calidad de la vida humana y determinar que poner fin a un sufrimiento es justificable en un caso y no en otro. Debido a su concepción autoritaria, el Tribunal pasó por alto lo obvio: una vez establecida la presencia de una enfermedad terminal, el tribunal ya no decide nada, decide la parte, lo que implica que el problema decisorio del juez nunca ve la luz.

El caso Schiavo

El caso *Schiavo*²¹ involucra un ejemplo de eutanasia pasiva involuntaria, con una complejidad adicional: los familiares del paciente discrepaban entre ellos respecto de la conveniencia o no de la eutanasia.

La víctima, Teresa Schiavo, se encontraba en estado vegetativo y, mientras el marido quería desconectarla, los padres se oponían. El tribunal falló a favor del marido, y los padres reclamaron nuevas medidas que el tribunal denegó. El gobernador de Florida y la legislatura, entonces, mostraron una desagradable veta populista. La legislatura dictó una ley estableciendo que el gobernador tenía autoridad para impedir la desconexión de pacientes en estado vegetativo que no hubieran expresado su voluntad por escrito y cuyos familiares objetaran la desconexión; la ley –sancionada en tiempo record– concedía discreción total al gobernador respecto de su aplicación, y el gobernador dictó de inmediato un decreto ordenando que se reinsertara la nutrición e hidratación de Schiavo.

La Corte señaló que se trataba aquí del derecho de la propia Teresa Schiavo de adoptar su decisión, independientemente de sus padres y de su marido. Admitió que es desafortunado que las familias discrepen, pero que el mejor foro que puede ofrecerse para esta decisión privada y personal es un tribunal de justicia. Consideró que la ley de Florida era inconstitucional, puesto que importaba una delegación ilegal de la autoridad legislativa, que constituía también una violación al derecho

²¹ *Jeb Bush v. Michael Schiavo*, decidido por la Corte Suprema de Florida el 23 de septiembre de 2004.

a la privacidad y que su aplicación implicaba permitir al gobernador usurpar la función del Poder Judicial, puesto que dicha ley generaba un decreto que revocaba una decisión última del tribunal.

Lo más interesante de este caso es que el tribunal rebate en la práctica el argumento de que el mejor lugar para decidir estas cuestiones es la discusión legislativa, puesto que –de hecho– hubo un debate legislativo y el tribunal –sin embargo– consideró que su resultado era inconstitucional, dijo que la esencia del pensamiento de los Padres Fundadores consistía en que la existencia de los tribunales preservaba los derechos de los individuos, incluso cuando el hacerlo era contrario a la voluntad popular.

El caso Gonzales

El último caso vinculado con la jurisprudencia de los Estados Unidos que voy a considerar es el de *Gonzales v Oregon*.²² La cuestión a resolver consistía en determinar si la ley de control de medicamentos permite al fiscal general de los Estados Unidos prohibir a los médicos la receta de remedios para ser empleados en casos de eutanasia, aunque la ley estatal permita ese procedimiento, como lo hace el estado de Oregon. El fiscal general consideró que utilizar medicamentos para esos fines no constituía una práctica médica legítima.

Para que los pacientes de Oregon puedan optar por la eutanasia deben poseer un diagnóstico de enfermedad incurable e irreversible, la cual –de acuerdo a un juicio médico razonable– les causará la muerte dentro de los próximos seis meses. Oregon no desincriminó simplemente la eutanasia, sino que limitó también su ejercicio a los médicos de los pacientes terminales. El médico debe proporcionar al paciente pronósticos y prescripciones, dar información acerca de alternativas paliativas, aconsejar a los pacientes y asegurarse de que ellos actúen voluntariamente.

Sin consultar al estado de Oregon, el fiscal general impuso una decisión para restringir el uso de medicamentos en casos de eutanasia, considerando que la eutanasia no constituye un propósito médico legítimo. No estaba en discusión que esa decisión del fiscal afectara el régimen previsto en la ley de Oregon.

La Corte se preguntó quién debía decidir si se trataba o no de un procedimiento médico legítimo y entendió que el fiscal general no estaba autorizado a hacerlo,

²² *Gonzales, Attorney General v. Oregon*, Corte Suprema de los Estados Unidos, decidido el 17 de enero de 2006.

puesto que el Congreso no le había delegado esa autoridad, que iba mucho más allá de sus facultades. La Corte consideró que la legislación que controla el uso de medicamentos se basa en la circunstancia de que la profesión médica es regulada por el poder de policía de los estados.

El juez Scalía disintió, al considerar que la medicina es la ciencia y arte que se entiende con la prevención, cura y alivio de las enfermedades, y que la eutanasia no es una rama legítima de esa ciencia o arte. Este razonamiento contiene dos de los defectos que ya he examinado: entrega el tema de la ética médica a la decisión de los médicos (que saben medicina pero no ética) y considera a la tradición como inmutable. Sostuvo que la Corte confunde lo que la medicina debería ser con lo que es. Reconoció que muchos en Oregon piensan que los límites de la medicina legítima deberían extenderse para incluir la eutanasia, pero que el peso abrumador de la autoridad confirma que no lo ha sido. Pero para Scalia el deber ser se identifica aquí con la moral positiva, y –a tenor de su legislación– no cabe duda de que la moral positiva del estado de Oregon está a favor de incluir la eutanasia dentro de los límites de la medicina legítima, de donde Scalia se queda aquí sin argumento.

Balance de la jurisprudencia de los Estados Unidos

El balance de la jurisprudencia de los Estados Unidos en materia de eutanasia es francamente negativo, en especial al nivel de su Corte Suprema, puesto que los tribunales inferiores respondieron de manera adecuada. La Corte Suprema de New Jersey resolvió correctamente el caso *Quinlan*. La Cámara de Apelaciones de Michigan se encontró con un hecho consumado en el caso *Kevoorkian*: el acusado cometió un hecho considerado como delito de homicidio, se molestó en filmarlo y en difundir la filmación, y concluyó solicitando la protección del derecho constitucional a la eutanasia; difícilmente estas sean las condiciones adecuadas para conseguirlo. Finalmente, la Corte Suprema de Florida intervino con decisión en *Schiavo*, y corrigió los extravíos populistas del gobernador y de la legislatura del Estado.

Pero la actuación de la Corte Suprema de los Estados Unidos en estos casos (salvo en *Gonzales*) resultó decepcionante y merece seis consideraciones críticas.

- a) Sin molestarse en argumentarlo, la Corte descansa en la distinción entre el omitir y el actuar, entre el matar y el dejar morir. Si se acepta una ética

consecuencialista, la distinción suele carecer de sentido, y aun si se acepta una ética deontológica tampoco ella se acepta de manera irrestricta. Las diferencias entre el omitir y el actuar tienen importancia desde el punto de vista de una teoría de descripción de acciones, pero no lo tiene desde el punto de vista moral.

Si la distinción es aceptada, suele serlo de manera tal que se considera permitido el dejar morir y prohibido el matar, y cuando es rechazada, suele serlo de manera tal que ambas cosas se consideran –solo en ciertos casos, obviamente– permitidas. Nadie la reconocería en la forma en que lo propone Scalia, esto es, prohibiendo ambas cosas.

Pero en los casos de eutanasia, el dejar morir no revela caridad sino ensañamiento, pues pospone la muerte y prolonga la angustia y el dolor. La eutanasia activa es más aceptable moralmente que la eutanasia pasiva.

b) La Corte construye el tema del interés del Estado de un modo autoritario en las dos interpretaciones que se le pueden asignar. En la primera, el Estado aparece como una entidad suprapersonal que posee intereses propios, y en la segunda, los intereses del Estado son los intereses de la mayoría de sus ciudadanos, pero la Corte cuenta también como admisibles las preferencias externas. Creo que ambas interpretaciones son contrarias a la Constitución, que exige concebir el interés del Estado como la suma de las preferencias personales de sus integrantes.

c) La Corte emplea el argumento de la pendiente resbaladiza, pero no dice si aceptaría por lo menos estar en la cima de la pendiente. Supongamos que la eutanasia sea un derecho constitucional, en este caso, no se lo puede negar sobre la base de que concederlo podría dar lugar a que se peticionen como derechos ciertas conductas inaceptable. Lo que hay que hacer es negarse a conceder esos otros supuestos derechos, puesto que si resultan inaceptables entonces ellos deben poseer características que no comparten con la eutanasia.

d) La Corte invoca muchas veces la opinión de la mayoría, olvidando que los derechos constitucionales funcionan como derechos contramayoritarios.

e) La Corte menciona la fuerza del precedente sin dejar lugar para el error, de donde su postura conduce al inmovilismo jurídico.

f) La Corte invoca deficiencias probatorias como excusa para negarse a conceder el derecho a la eutanasia.

La jurisprudencia en Argentina: Corte Suprema

Paso ahora a la jurisprudencia argentina, de la cual voy a considerar dos casos. El primero es la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Bahamondez*,²³ el que no constituye un ejemplo de eutanasia pero contiene reflexiones que interesan al tema. Específicamente, el caso se refería al derecho de un testigo de Jehová de rehusar una transfusión de sangre, y los jueces Cavagna Martínez y Boggiano se preocuparon especialmente (y sin necesidad) de separarlo de la eutanasia. Señalaron, entonces, que el Estado se halla investido de título suficiente para tutelar la integridad física y la vida de las personas en supuestos como el consumo individual de estupefacientes o la práctica de la eutanasia. En estos casos –dijeron– no existe óbice constitucional para el castigo, tanto del afectado, como de los profesionales intervinientes, pues ellos constituyen manifestaciones de una cultura de la muerte que, al lesionar la naturaleza y la dignidad de la persona, no es susceptible de tutela ni de tolerancia jurídica. Esto es así –agregaron– aun cuando la eutanasia, es decir, la acción positiva u omisión de medios proporcionados, objetivamente destinada a provocar o acelerar la propia muerte, pudiera fundarse en convicciones religiosas, de donde existe una diferencia importante entre la eutanasia y la objeción de conciencia.

Nótese que se trataba aquí de una postura conservadora extrema, que condenaba tanto la eutanasia activa, como la pasiva. Pero no me parece que esta posición pueda preocuparnos, pues la composición actual de la Corte no adopta esta actitud intransigente; para mostrarlo, basta recordar que ya ha modificado la jurisprudencia relativa al otro ejemplo que mencionaron allí Cavagna Martínez y Boggiano, esto es, el consumo individual de estupefacientes.

También los jueces Belluscio y Petracchi recordaron que en este caso no se había invocado ningún derecho a la muerte o al suicidio, lo que es correcto, desde luego. Lo que el actor sostenía era que se violaba su autonomía individual, cuyo expreso reconocimiento Belluscio y Petracchi encontraron expresado en los artículos 14 y 19 de la Constitución, y al que consideraron como el fundamento sobre el que reposa la democracia constitucional.

El voto más interesante, sin embargo, fue el de los jueces Barra y Fayt, quienes precisaron el contenido del artículo 19 y al que voy a referirme más adelante.

²³ *Marcelo Bahamondez*, decidido el 6 de abril de 1993. Fallos: 316:479.

La jurisprudencia en Argentina: Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

Voy a considerar, por último, una decisión de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires relativa a un caso de eutanasia.²⁴ Se trataba de un caso similar a *Schiavo*, puesto que existían divergencias entre los familiares: mientras el marido quería desconectar a la víctima, los padres se negaban. Razonablemente, los jueces no pudieron evitar el análisis de esta situación, aunque algunos exageraron su alcance.

El juez Hitters, por ejemplo, dijo que en nuestro derecho positivo no se encuentra permitido trasladar una decisión tan extrema a un sujeto distinto del propio afectado en forma inmediata, lo cual conduce a considerar obligatorio el testamento de vida. El juez Roncoroni aceptó esta alternativa cuando dijo que bastaría con la prueba rotunda y convincente de que el paciente, en pleno uso de sus facultades mentales y como fruto de una madura y seria reflexión, rechazaba en el futuro todo tratamiento. Aunque inmediatamente después complicó su razonamiento cuando invocó el argumento de la pendiente resbaladiza, y lo debilitó todavía más cuando sostuvo que se podía “desembocar en atrocidades como las que provocó la Alemania nazi”.

La jueza Kogan reconoció que la vida no puede mantenerse en cualquier circunstancia y a cualquier costo, sino que debe primar la autonomía del paciente, pero que en este caso el consentimiento era muy difícil de inferir, al no existir una voluntad expresa del paciente y al haberse planteado discrepancias entre los familiares más cercanos.

El juez Pettigiani invocó el curioso argumento de que la paciente tenía una posibilidad cierta de supervivencia, y afirmó —extrañamente— que “estos seres disminuidos, inválidos y doloridos son un beneficio inmenso para la sociedad”, ya que la presencia de un ser querido a quien amar y cuidar “es una experiencia gratificante para la familia”. Me parece que estos argumentos son demasiado desafortunados como para perseguirlos en detalle. Por último, es interesante advertir que él coincidió con Scalia en rechazar la distinción entre matar y dejar morir, extrayendo la conclusión de que debe prohibirse la eutanasia activa y la pasiva.

El voto más interesante para mi propósito fue el del juez Negri. Como principio general, sostuvo que consideraba inadecuada la exigencia de una manifestación expresa de la voluntad del enfermo, puesto que una persona inconciente no está en condiciones de hacer conocer su voluntad actual, ni ha podido razonablemente

²⁴ *S. M. de C.*, decidido el 9 de febrero de 2005.

anticiparla. Negri advirtió, con todo acierto, que en caso contrario no podría existir la eutanasia involuntaria. Recordó que el peticionante no había invocado normas que justificaran su pretensión, limitándose a señalar que el gobierno federal sostiene el culto católico, uno de cuyos representantes coincidía con la postura de su presentación. Negri dijo, con toda razón, que la autoridad de la Iglesia Católica no puede sustituir al derecho reconocido por la Constitución, especialmente cuando se trata de la condena a morir por privación de alimento y bebida. Y aquí, en este aspecto, aparece la parte más importante del voto, ya que Negri recordó que se peticionaba una muerte digna y, para alcanzarla, a la vez, se postulaba la eliminación de la hidratación y del sustento. No puedo como juez de derecho, sostuvo, acceder a la petición de dejar morir de hambre y sed a la víctima. A mi juicio, Negri identificó perfectamente el centro del problema: la eutanasia pasiva suele ser cruel, y –salvo voluntad expresa del paciente– no puede utilizarse cuando está disponible la activa. Negri, creo, hubiera accedido –en un caso mejor fundamentado– a la práctica de la eutanasia activa, incluso involuntaria.

El derecho constitucional a la eutanasia

Llegó el momento, entonces, de fundamentar la existencia de un derecho constitucional a la eutanasia, como es mi propósito hacerlo. Ante todo, ya he mostrado que la eutanasia –en cualquiera de sus variedades– no es inmoral. Más aún, he mostrado que negar la eutanasia en determinadas circunstancias sí es inmoral. El artículo 83 del Código Penal, al no distinguir la ayuda al suicidio de la eutanasia, y castigar a ambas por igual, es inmoral.

No constituye un obstáculo para lo que estoy sosteniendo la circunstancia de que en el pasado se haya castigado la eutanasia. Las convicciones morales evolucionan, y el relativismo ético temporal es una realidad innegable. Sócrates está considerado un arquetipo del comportamiento moral, aunque era un pedófilo homosexual. Aristóteles y Cicerón computaban entre los hombre virtuosos de su tiempo, aunque ambos defendían la esclavitud. No podemos juzgar a Sócrates, a Aristóteles y a Cicerón empleando las convicciones morales del siglo XXI, pero tampoco podemos juzgar la moralidad de ciertas conductas en el siglo XXI empleando convicciones morales de otros siglos. En la época actual contamos con argumentos morales suficientes como para sostener que la proscripción de la eutanasia es inmoral.

Paso ahora a la parte legal del tema. El argumento a favor de la eutanasia se basa primero en el artículo 19 de la Constitución Nacional: “Las acciones privadas

de los hombres, que de ningún modo ofenden al orden y la moral pública, ni perjudican a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. Reconozco que, luego de la modificación introducida en el texto del artículo el 25 de abril de 1853 a instancias del convencional Ferré (incorporando al texto la mención a la moral pública), la redacción del artículo perdió claridad con su mención a la moral pública. En el dictamen preliminar sobre la reforma constitucional que presentó el Consejo para la Consolidación de la Democracia el 7 de octubre de 1986 se propuso una fórmula alternativa muy superior: “Las acciones de los hombres que no perjudican u ofenden a terceros ni alteran el orden, están exentas de la autoridad de los magistrados”.

Sin embargo, la Corte ha interpretado el artículo 19 de una manera liberal. En *Bazterrica* y en *Capalbo*²⁵ la Corte resolvió que: a) el orden y la moral pública se refieren solo a las relaciones intersubjetivas que perjudican a terceros, y b) las acciones privadas solo pueden ser objeto de restricción cuando medie peligro concreto para un tercero. En *Bahamondez*, que ya he citado, los jueces Barra y Fayt dijeron que el artículo 19 concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio. Se trata del señorío a su propio cuerpo y, en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que ese artículo contiene. Finalmente en *Arriola*²⁶ la Corte resolvió que: a) las preferencias personales de la gente por una política no pueden reemplazar las preferencias personales de los individuos, dicho de otra forma, las preferencias externas no pueden primar sobre las personales y las preferencias de la mayoría no pueden imponerse a la minoría; b) toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea; y c) no es misión del derecho penal prevenir los daños que una persona pueda causarse a sí misma.

Claramente, con esta interpretación no puede rehusarse la concesión de un derecho constitucional a la eutanasia, cualquiera sea la versión que el paciente –o su representante– elijan.

El argumento a favor de la eutanasia se basa en segundo lugar en el artículo 33 de la Constitución Nacional: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Nuevamente acepto que la redacción del artículo no es

²⁵ Decididos el 29 de agosto de 1986.

²⁶ Decidido el 25 de agosto de 2009.

ejemplar, y la propuesta del Consejo para la Consolidación de la Democracia lo puso de relieve al incorporar a la fórmula del artículo el “principio de la dignidad de la persona”, que constituye la clave del problema. Afortunadamente, la protección de la dignidad de la persona forma hoy parte de nuestro derecho positivo; el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos dice en su inciso 1 que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

El argumento a favor de la eutanasia se basa, en tercer lugar, en una distinción que ya he formulado: la distinción entre paternalismo y perfeccionismo. La práctica de la eutanasia requiere el reconocimiento de la autonomía, y el adversario clásico de la autonomía es el paternalismo. Pero —como ya he dicho— la proscripción de la eutanasia requiere algo más que el paternalismo y necesita invocar al perfeccionismo moral. El perfeccionismo, no obstante, enfrenta un grave problema, y es el de las desmedidas exigencias a las que somete al agente moral. El perfeccionismo parece ignorar la diferencia entre el acto obligatorio y el acto supererogatorio.

Un acto es obligatorio cuando es nuestro deber llevarlo a cabo (o abstenernos de llevarlo a cabo, como ocurre en el caso de las omisiones). Como se trata simplemente de cumplir con nuestro deber, no merecemos elogio alguno por llevar a cabo el acto, pero somos pasibles de crítica si fracasamos en hacerlo. Un acto es supererogatorio cuando va más allá de nuestro deber; merecemos elogio si lo llevamos a cabo, pero no somos pasibles de crítica si fracasamos en hacerlo. Los santos y los héroes son ejemplos clásicos de agentes morales que llevan a cabo actos supererogatorios.

El perfeccionismo puede reclamarnos moralmente una muerte heroica, pero no puede imponerla por medio del castigo legal. La Corte reconoció en *F.A.L.*²⁷ la existencia de un principio que impide exigirles a las personas que realicen en beneficio de otras, o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposibles de conmensurar. En otras palabras, no son exigibles los actos supererogatorios.

El caso a favor de la existencia de un derecho constitucional a la eutanasia, entonces, se basa en estos tres argumentos.

El derecho a morir

¿Hay, pues, un derecho a morir? Si lo hay, como acabo de defenderlo, ¿sobre quién recae la obligación, que es el correlato de ese derecho? Hay dos tipos de obligaciones en las que podemos pensar aquí. La primera es una obligación negativa, y recae sobre el

²⁷ Decidido el 13 de marzo de 2012.

Estado. Ella consiste en la obligación de no incriminar la eutanasia. Pero existe también otra obligación —esta vez positiva— que debemos considerar: ¿hay alguien obligado a practicar la eutanasia? En un principio, esa obligación recae sobre el médico que debe practicar la eutanasia. Supongamos que existe acuerdo sobre estas circunstancias de hecho: 1) el paciente está gravemente enfermo; 2) su enfermedad es incurable; 3) el paciente está soportando un gran dolor y una gran angustia; 4) es imposible aliviarlo de ambas cosas mediante tratamiento médico; 5) la mera interrupción del tratamiento para combatir la enfermedad ocasionaría al paciente una larga y penosa agonía; 6) el paciente es un adulto que está en posesión de sus facultades mentales, y 7) el paciente requiere que el médico ponga fin a su vida de manera indolora.

Parecería que aquí existe una obligación del médico de acceder al pedido del paciente, obligación que es uno de los correlatos del derecho del paciente. Pero el médico en cuestión puede tener fuertes convicciones religiosas, las que han influido en sus principios morales, y se opone entonces a la práctica de la eutanasia. Lo adecuado es entonces, no obligar al médico a practicar la eutanasia, sino facultarlo para que lo haga. Hay, sí, una obligación de la sociedad como un todo de abstenerse de interferir en la relación médico/enfermo: si un médico rehúsa practicar la eutanasia, el paciente puede recurrir a otro médico cuyas convicciones morales sean diferentes a las del primero.

Cuestiones de hecho

Supongamos que se ha logrado un derecho a la eutanasia, ya sea por medio de la Legislatura, que modificó acertadamente esta parte del Código Penal, ya sea por medio de la Corte Suprema, que declaró inconstitucional la incriminación de la eutanasia. Contra lo que podría parecer, la tarea no ha concluido.

Falta implementar —por supuesto— la forma en que ha de regularse la eutanasia, para que la práctica no caiga en manos de enfermeras agotadas, herederos ambiciosos o médicos corruptos. Es necesario, por ejemplo, determinar el concepto de enfermedad terminal y quién tiene la facultad de decidirlo, así como es necesario estipular la forma en que va a establecerse la decisión del paciente en los casos de eutanasia involuntaria. Hay que decidir —asimismo— el número de médicos que va a estar involucrado en esas decisiones.

Esto no es algo peculiar respecto de la eutanasia. Cuando la Corte Suprema decidió el caso *Sejean*, el Congreso debió intervenir con posterioridad para dictar

la ley de divorcio, y con motivo del caso *Arriola* ya existen proyectos legislativos para regular la tenencia de estupefacientes. De modo que, permitida la eutanasia, sea por vía legislativa mediante la modificación del artículo 83 del Código Penal, sea por vía judicial mediante la declaración de inconstitucionalidad de aquella parte del artículo 83 que incrimina la eutanasia, todavía quedan cosas por hacer. Pero ya habremos dado un paso adelante, librándonos de una prohibición injusta.