

El derecho a la muerte digna: en defensa del suicidio asistido y de la limitación del esfuerzo terapéutico

*Fernanda Freire dos Santos, Roberto Dias**

THE RIGHT TO A DIGNIFIED DEATH: IN DEFENSE OF THE ASSISTED SUICIDE AND THE LIMITATION OF THERAPEUTIC EFFORT

ABSTRACT: This article upholds the right to a dignified death by the limitation of therapeutic effort and to the assisted suicide of imputable and legally mature people which are terminally ill, with minimum life expectancy – also referred as poor prognosis patients –, and those in a persistent vegetative state. Thus, we will reinforce the paradigm shift in medical ethics' paternalism, analyze the state's secularism and the triumph of human's dignity in its sovereign individual protection and the possibility to abdicate the fundamental right to live as a plea to defend the right to a dignified death.

KEYWORDS: The right to a dignified death; assisted suicide; limitation of therapeutic effort; human dignity; sovereign will; abdication of the fundamental right to live.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Conceptos – 3. Crimen y castigo – 4. Medicalización de la vida versus homenaje a la autonomía – 5. La laicidad del Estado y la renuncia del derecho a la vida – 6. Conclusión.

1. Introducción

Portadora de un glioblastoma, un agresivo tumor cerebral ubicado en la región del cerebro que controla la memoria, el lenguaje y la toma de decisiones, Brittany Maynard, norteamericana, californiana¹, de 29 años, decidió poner fin a su propia vida el 1º de noviembre de 2014, con una poderosa mezcla de sedativos y depresores del sistema nervioso central.

* *Fernanda Freire dos Santos: Abogada, maestranda en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP), especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de São Paulo (USP) y en Derecho del Entretenimiento y de la Comunicación por la Escuela Superior de Abogacía de la OAB/SP. Mail: fernandafreire@globo.com. Roberto Dias: Abogado, doctor en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP), profesor de Derecho Constitucional de la PUC-SP y de la FGV-SP, presidente de la Comisión de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados de Brasil – São Paulo (OAB-SP). Mail: rdiasdasilva@pucsp.br. Artículo seleccionado tras su anonimización por el Consejo de Dirección de la Revista de entre los estudios presentado al "Call for apers" sobre "cuestiones relativas al final de la vida".*

¹ En octubre de 2015, casi un año después de la muerte de Brittany Maynard, se aprobó la legislación en California que legaliza el suicidio asistido por médicos. La entrada en vigencia de la ley fue el 1º de enero de 2016.

End of Life Issues

Informada por dos médicos de que tendría sólo seis más meses de vida², Brittany tomó dos actitudes: hizo una lista de cosas pendientes y elaboró un plan para morir antes que el cáncer destruyese sus facultades mentales y le provocase demencia.

Una de las providencias fue mudarse para el estado de Oregón³, pionero en aprobar una legislación que permite el suicidio asistido para pacientes en estado terminal.

Otro caso es el de Nancy Cruzan que tuvo la corteza cerebral destruida por falta de oxígeno después de un accidente automovilístico que le causó un daño cerebral permanente e irreversible⁴. Después de pasar siete años viviendo en estado vegetativo persistente (EVP)⁵ y la interposición de diversos recursos por sus padres (representantes legales) en la Suprema Corte americana, el soporte vital finalmente se retiró en 1990.

En el caso de Brittany, se trataba de una paciente competente y consciente⁶ que decidió sobre su propia muerte. Ya en el de Cruzan, una persona inconsciente, cuyos padres, apelando a la Justicia, afirmaban que, varias veces, a lo largo de los años, ella había expresado la voluntad de no ser mantenida viva artificialmente.

¿Qué se puede decir de las conductas adoptadas por Maynard y por los padres de Nancy?⁷ ¿Existe el derecho de morir?⁸ ¿Cuál es la forma correcta de pensar sobre cómo y cuándo morir? ¿Es

² RAMOS, Jorge. *Brittany Maynard, de 29 anos, mereceu o direito de morrer em paz*. Disponible en <http://noticias.uol.com.br/blogs-e-colunas/coluna/jorge-ramos/2015/02/05/opiniao-brittany-maynard-de-29-anos-mereceu-o-direito-de-morrer-em-paz.htm>. Se consultó el 27.11.2015.

³ Además del estado de Oregón, los estados de Washington, Montana y Vermont, en EE.UU., permiten el suicidio asistido para pacientes en estado terminal o con una enfermedad grave e incurable. En el estado de Nuevo México no existe una legislación específica sobre el tema, pero las decisiones judiciales ya admitieron la práctica. No por casualidad, Oregón fue el estado en el cual vivió y murió, en 1990, la primera paciente asistida por el Dr. Jack Kervokian, inventor de la “máquina del suicidio”, llamada *Thanatron*. En noviembre de 1998, después de permitir la divulgación de un video en el programa *60 Minutes* de la cadena de televisión CBS que mostraba al médico aplicando una inyección letal a un paciente que sufría del síndrome de Lou Gehrig (esclerosis lateral amiotrófica), éste fue acusado, juzgado y condenado por homicidio en segunda instancia (*homicidio em segundo grau*). Falleció el 3 de junio de 2011, con 83 años, el apodado Dr. Muerte, que ayudó alrededor de 130 personas a quitarse la vida.

⁴ Sobre el caso Cruzan, véase DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13 y siguientes y 276 y siguientes.

⁵ El estado vegetativo persistente puede definirse como “una condición clínica de completa ausencia de percepción de sí mismo y del ambiente, acompañada de ciclos de sueño y vigilia, con preservación parcial de las funciones autónomas del hipotálamo y del tronco cerebral”. OSELKA, Gabriel. *Não alimentar, nem hidratar*. Bioética Clínica – Reflexões e discussões sobre casos selecionados. Coord. Gabriel Oselka, São Paulo: Cremesp – Centro de Bioética, 2008, p. 223.

⁶ Conforme conceptualización y didáctica de DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 257-266.

⁷ Otros casos de repercusión mundial fueron los de Terri Schiavo y de Eluana Englaro. En 1990, Terri, norteamericana, sufrió una parada cardíaca, a los 27 años, como consecuencia de años luchando contra la anorexia y bulimia nervosas. El episodio le produjo falta de oxigenación en el cerebro y una lesión irreversible que la dejó en EVP hasta su muerte, con 42 años. En los últimos 7 años de vida, su marido y representante judicial había estado pidiendo la desconexión de los aparatos de nutrición e hidratación que la mantenían viva. Michael Schiavo afirmaba que, antes de entrar en EVP, su esposa había expresado que no quisiera ser mantenida viva artificialmente. Los padres de Terri se oponían a la desconexión. El 18 de marzo de 2005, se retiró el tubo de alimentación y el 31 de marzo ella se murió. Eluana Englaro, italiana, vivió 17 años en EVP, después de sufrir un accidente automovilístico en 1992, a los 22 años, que le provocó daños cerebrales

condenable preferir morir a solamente seguir existiendo? ¿Qué es exactamente estar vivo? Aunque admitamos el valor trascendental, sagrado e intrínseco de la vida humana, ¿éste sigue existiendo cuando sólo permite sufrimiento? O, conforme lo predicen algunos religiosos, ¿el dolor es necesario para la purgación del alma? ¿Y las personas que se consideran indignas ante la degradación física y mental y los dolores lancinantes que ni siquiera lo más potentes analgésicos logran controlar?⁹ ¿Existe un deber o un derecho a la vida?

En este artículo, nuestro objetivo será desarrollar argumentos a favor del suicidio asistido de los pacientes competentes y conscientes, que así lo deseen, o de la limitación del esfuerzo terapéutico (LET) de los conscientes o inconscientes, que, en algún momento, expresaron el deseo de no ser mantenidos vivos artificialmente, ya sea por medio de directrices anticipadas de voluntad¹⁰, testamento vital o poder otorgado sobre su salud.

Nuestras consideraciones están dirigidas hacia el derecho de morir con dignidad de las personas imputables y mayores de edad que: (a) se encuentran en estado terminal¹¹; (b) con expectativa de

irreversibles. Durante años el padre de Eluana luchó por el derecho de ayudarla a morir. El 9 de febrero de 2009, días después de quitarle la sonda de alimentación e hidratación, murió a los 38 años.

⁸ En Brasil, en 2005, ocurrió el caso de Jeson de Oliveira, cuyo hijo de 4 años, Jheck, portador de una enfermedad degenerativa del sistema nervioso central, con cuadro clínico irreversible, perdió el movimiento de los brazos, de las piernas, del cuello, el habla y la visión. En la época que el padre pensó en petitionar, solicitando la ortotanasia – pero no lo hizo –, el niño estaba internado hacía 4 meses, alimentándose solamente por medio de sonda y respirando con la ayuda de aparatos. La madre de Jheck tenía una posición contraria a la del padre y creía que un repentino avance de la ciencia podría sacar al niño del estado en que estaba. Después de la repercusión del caso en los medios brasileños, a la madre se le regaló una casa y el apoyo de un plan de salud, y el Gobierno del Estado de São Paulo le ofreció una mini UTI instalada en el inmueble. Las noticias más recientes revelan que el muchacho, en 2015, era mantenido vivo y tenía 15 años de edad (<http://gcn.net.br/noticia/297975/franca/2015/09/garoto-jheck-completa-15-anos-de-idade>. Se consultó el 10.9.2016).

⁹ La morfina, un potente opiáceo, también produce tolerancia a la droga en el organismo: la dosis usualmente administrada no hace más efecto y para que produzca efecto nuevamente, es necesario aumentar la cantidad suministrada. Aquí existe otro problema, el llamado cuidado paliativo de doble efecto. El temor de los médicos de ser acusados de homicidio puede causar el uso de dosis de fármacos menores que las necesarias para atenuar los dolores de aquellos que están al borde de la muerte. También sobre la administración de analgésicos, Camila Appel, en la materia *A arte de morrer bem: médicos brigam por espaço para cuidados paliativos*, publicado en el diario Folha de S. Paulo, informa que los médicos brasileños no tienen la costumbre de recetar morfina a los pacientes debido al preconceito de que la droga causa depresión respiratoria y adicción. El consumo *per cápita* de Austria – el país que más receta morfina – es de 100mg por año; la media mundial es de 6,5mg, y en Brasil, de 1,5mg. Los estudios indican que el riesgo de adicción es inferior a 0,01%. En Brasil, las personas mueren mal y gritando de dolor. Disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/equlibriosauade/2015/09/1681738-a-arte-de-morrer-bem-medicos-brigam-por-espaco-para-cuidados-paliativos.shtml>. Se consultó el 10.9.2016.

¹⁰ Reglamentada por la Resolución CFM nº 1995/2012. En la exposición de motivos, se informa que el 95% de las personas al fin de la vida no logran comunicarse.

¹¹ Maria Elisa VILLAS-BÔAS, en *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*, p. 39, distingue paciente en estado terminal, paciente grave no terminal y paciente con mal pronóstico. Este último sería aquel que “aunque sufre una enfermedad sin perspectiva de cura y cuyo pronóstico es previsiblemente negativo, no se encuentra, sin embargo, en situación de muerte inminente”. El paciente grave no terminal “está en una situación delicada desde el punto de vista médico, inspirando cuidados intensivos y, a veces, tratamientos agresivos, con éxito esperado para sacarlo del riesgo de muerte en que momentáneamente se encuentra”. Ya para el paciente en estado terminal “el riesgo de muerte

vida mínima — los llamados pacientes con mal pronóstico; o (c) en estado vegetativo persistente (EVP).

Pretendemos dejar claro, sin embargo, que no defendemos que todas las personas en estado terminal, con mal pronóstico o en EVP deban buscar la muerte. Nuestras reflexiones se dirigen a los pacientes en dichas condiciones para que, si así lo desean por considerar su situación indigna y degradante, o que hayan expresado previamente su repudio a ser mantenidos vivos artificialmente, tengan garantizado su derecho a una muerte digna.

2. Conceptos

Para que podamos realizar la defensa del suicidio asistido y de la eutanasia pasiva, aquí llamada limitación del esfuerzo terapéutico (LET), es necesario delimitar sus conceptos, pues la polisemia de términos ha dificultado un debate racional sobre el tema. Barroso y Martel definen al suicidio asistido de esta manera:

“Acto de quitarse la propia vida con la ayuda o asistencia de tercero. El acto causador de la muerte es de autoría de aquel que termina con su propia vida. El tercero colabora con el acto, ya sea brindando informaciones, ya sea colocando a la disposición del paciente los medios y condiciones necesarios a la práctica. La ayuda y la asistencia difieren de la inducción al suicidio. En el primero, la voluntad proviene del paciente, mientras que en el segundo caso, una tercera persona actúa sobre la voluntad del sujeto pasivo, interfiriendo en su libertad de acción. Las dos formas pueden combinarse, o sea, existe la posibilidad de que una persona sea simultáneamente instigada y asistida en su suicidio. El suicidio asistido por médico se clasifica como suicidio asistido”¹².

Conforme Villas-Bôas, el suicidio asistido puede tener “por fundamento una situación bastante similar a aquella a la cual se orientaría la eutanasia, o sea, la del paciente en gran sufrimiento por una enfermedad incurable”¹³. En este caso, la muerte es provocada por el propio enfermo, con base en su autonomía¹⁴, correspondiéndole al médico recetar los medicamentos necesarios para dar fin a la vida del paciente, preferentemente, de forma tranquila e indolora.

La limitación del esfuerzo terapéutico (LET) puede entenderse como ortotanasia o eutanasia pasiva, como lo explica Diniz:

“La eutanasia pasiva, o ortotanasia, es la eutanasia por omisión, que consiste en el acto de suspender medicamentos o medidas que alivien el dolor, o dejar de usar los medios artificiales para prolongar la vida de un paciente en coma irreversible, por ser intolerable la prolongación de una vida vegetativa bajo el punto de vista físico, emocional o económico, aceptando el pedido del propio enfermo o de

es inminente e ineludible y la finalidad precípua de curar — objetivo inalcanzable en esta etapa de la enfermedad — da lugar al deber de asistencia y cuidado”.

¹² BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. “A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida”. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, t. 38: 241-242, 2010. Disponible en <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930>. Se consultó el día 10.9.2016.

¹³ VILLAS-BÔAS, *op. cit.* p. 92.

¹⁴ Para disponer del derecho fundamental a la vida deben estar presentes las condiciones para el ejercicio válido de la autonomía, que involucran el sujeto del consentimiento, la libertad de elección y la decisión informada.

sus familiares. (...) La ortotanasia es el acto de dejar morir naturalmente, sin someterlo a una abreviación o prolongación desproporcionada, al suspender el soporte vital o desconectar las máquinas sofisticadas que sustituyen y controlan órganos en disfunción”¹⁵.

En sentido análogo, Barroso y Martel definen la ortotanasia como la “muerte en su momento adecuado, sin combatirla con los métodos extraordinarios y desproporcionados utilizados en la distanasia¹⁶, ni adelantarla por acción intencional externa, como en la eutanasia. Es una aceptación de la muerte, pues permite que ésta siga su curso”¹⁷. Villas-Bôas también distingue los términos eutanasia pasiva y ortotanasia, afirmando lo siguiente:

“Muchos son los autores que las consideran sinónimos, pero ésta no es la interpretación más precisa, ya que la eutanasia pasiva es la eutanasia (anticipación, por lo tanto) practicada por omisión. No todo paciente bajo soporte artificial de vida es terminal o no tiene indicación de la medida. La eutanasia pasiva consiste en la suspensión u omisión deliberada de las medidas que serían indicadas en aquel caso, mientras que en la ortotanasia se omiten o suspenden las medidas que no están más indicadas, por resultar inútiles para aquella persona, debido a la etapa de la enfermedad en que se encuentra”¹⁸.

Roguet también dice que “en la eutanasia pasiva se suspende u omite una medida médica restrictiva, con el fin de matar; mientras que en la ortotanasia, el objetivo es no prolongar el sufrimiento en vano”¹⁹.

La distinción entre los términos es tenue y, por ello, en este artículo, los consideraremos sinónimos. A nuestro criterio, la palabra ortotanasia tiene menos estigma que la expresión “eutanasia pasiva”. A su vez, la limitación del esfuerzo terapéutico (que identificaremos a partir de ahora sólo con la sigla LET) es una expresión aún más leve que “ortotanasia” y, por este motivo, le daremos preferencia en este estudio.

La LET, aun cuando se le llama ortotanasia, ha sido moral²⁰ y legalmente aceptada²¹, e incluso está prevista en el art. 1º de la Resolución CFM nº 1.805/2006²², que establece que “se le permite al

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 393.

¹⁶ Segundo VILLAS-BÔAS, *Op. cit.* p. 74, “la muerte lenta y sufrida, prolongada, alejada por recursos médicos, contraria al bienestar (*à revelia do conforto*) y a la voluntad de la persona que muere. Se origina de un abuso en la utilización de estos recursos, aunque sean flagrantemente infructíferos para el paciente, de modo desproporcionado, obligándolo a un mayor sufrimiento, al lentificar, sin revertir, el proceso de morir ya en marcha”.

¹⁷ BARROSO; MARTEL. *Op. cit.*, p. 5.

¹⁸ VILLAS-BÔAS, *Op. cit.* p. 73-74.

¹⁹ ROGUET, Patricia. *Ortotanásia: a morte no tempo certo*. In TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.). “Estudos Avançados de Biodireito”. Río de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 36.

²⁰ Incluso los religiosos aferrados a la idea de la santidad de la vida han aceptado la muerte en esos términos. El Papa Juan Pablo II (1920-2005), después de sufrir una infección del tracto urinario, tuvo un shock séptico, con fiebre alta y presión arterial baja, pero no lo llevaron a un hospital en el cual probablemente sería sometido a la obstinación terapéutica o a un tratamiento fútil. Prefirió morir en casa. Antes de eso, en 1980, la Sagrada Congregación para la doctrina de la fe, en una declaración sobre la eutanasia, ya había considerado “lícito, con el consentimiento del enfermo, recurrir a los medios de que dispone la medicina más avanzada, aunque estén todavía en etapa experimental y su aplicación no esté exenta de algunos riesgos. Al aceptarlos, el enfermo podrá dar también pruebas de generosidad al servicio de la humanidad. También se permite interrumpir la aplicación de tales medios, cuando los resultados no correspondan a las esperanzas depositadas en ellos. Pero,

médico limitar o suspender procedimientos que prolonguen la vida del enfermo en fase terminal, de enfermedad grave e incurable, respetándose la voluntad de la persona o de su representante legal". Haciendo un paralelo con el suicidio asistido, tal vez sea relevante iniciar el debate sobre el cambio de esa expresión – así como ocurrió con la “eutanasia pasiva” – para un término suavizado, considerándose la carga peyorativa inherente a la expresión “suicidio”. Como ejemplo tenemos en Portugal, la práctica se llama “muerte medicamentosa” y en Suiza, “autoliberación”.

para tomar tal decisión, se tendrá en cuenta el justo deseo del enfermo y de la familia, además de la opinión de médicos verdaderamente competentes” (subrayamos). Disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html. Se consultó el 10.9.2016.

²¹ Vale destacar la acordada del Tribunal de Justicia de São Paulo, en la Apelación nº 0003009-12.2010.8.26.0004 – 5ª Cámara de Derecho Privado, Relator Juez Superior Moreira Viegas, juzgado el 12.6.2013, en el cual los hijos de un paciente fallecido interpusieron una acción de responsabilidad civil contra el hospital pleiteando una indemnización por daños materiales y morales, alegando que la muerte del padre (con metástasis de un cáncer de laringe) fue acelerada por los médicos. Los actores de la acción alegaron que los médicos insistieron en el alta del paciente para que el tratamiento siguiese en la casa – lo que, según ellos, sería un absurdo –, y que los medicamentos sedativos, suministrados al padre con la discordancia de los hijos, causaron su muerte. Sin embargo, el perito contratado para la causa afirmó en su informe que el paciente “falleció de manera natural (ortotanásica, causa interna) durante el tratamiento paliativo, en virtud de la enfermedad neoplásica avanzada de laringe (probablemente grado VI) asociada a complicaciones infecciosas (pulmonares) con falla de múltiples órganos” y que “no es la sedación lo que mata al paciente. Lo que mata al paciente es la enfermedad neoplásica avanzada. Esto, en medicina, por la bioética, se llama ortotanasia. Este es el modo de morir. Una muerte por causa interna con la asistencia de familiares y equipo médico, trabajando para, de forma confortable, científica, ética y legal, atenuar el dolor y la ansiedad del fin de la existencia de un ser”.

²² Aquí se podría discutir el poder legislador del Consejo Federal de Medicina – órgano de fiscalización profesional –, considerándose que lo dispuesto en la mencionada Resolución exorbita la norma del Código Penal. Sin embargo, el desvío para el debate sería largo y no es nuestra propuesta. Tramita en el Senado Federal el Proyecto de Ley nº 236/2012 que tipifica el crimen de eutanasia, en los siguientes términos: “Art. 122. Matar, por piedad o compasión, un paciente en estado terminal, imputable y mayor, a su pedido, para acortar el sufrimiento físico insoportable en virtud de una enfermedad grave. Pena: prisión, de dos a cuatro años. § 1º El juez dejará de aplicar la pena evaluando las circunstancias del caso, así como la relación de parentesco o los estrechos lazos de afecto del agente con la víctima § 2º No existe delito cuando el agente deja de usar medios artificiales para mantener la vida del paciente en caso de enfermedad grave irreversible, siempre y cuando dicha circunstancia haya sido previamente testimoniada por dos médicos y tenga el consentimiento del paciente, o, en su imposibilidad, de ascendiente, descendiente, cónyuge, compañero o hermano”. En la Cámara de los Diputados tramita el PL nº 6.715/2009 (originado del Proyecto de Ley del Senado nº 116/2000), con el fin de modificar el Código Penal, excluyendo de la ilicitud la ortotanasia. Por tratar de temas correlativos están reunidos los Proyectos de Ley 3.002/2008, 5.008/2009 y 6.544/2009. El Proyecto de Ley 5.008/2009 prohíbe la suspensión de los cuidados para pacientes en EVP en un intento de obstar la ortotanasia en tales casos. Sobre los derechos fundamentales de los pacientes al fin de la vida y el proyecto de modificación del Código Penal brasileño, véase DIAS, Roberto. “Derechos fundamentales de los pacientes al fin de la vida: de la ética médica al proyecto de código penal brasileño”. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, t. 3, p. 99-116, 2015 (<http://www.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=article&op=view&path%5B%5D=102&path%5B%5D=86> – Se consultó el día 10/9/2016).

3. Crimen y castigo

A pesar de la interpretación contraria ya defendida por uno de los autores de este ensayo²³, existe una fuerte tendencia en Brasil de afirmar que el Código Penal tipifica como homicidio tanto la eutanasia activa como la eutanasia pasiva²⁴, pese, en lo referente a esta última forma de intervención, a la existencia de jurisprudencia considerándola legal²⁵ – en la forma de ortotanasia –, además de la previsión de la Resolución CFM nº 1.805/2006, y la práctica cotidiana de la LET en los hospitales²⁶.

Como una de las hipótesis de homicidio privilegiado, Capez comenta la eutanasia u homicidio piadoso:

“Consiste en ponerle fin a la vida de alguien, cuya recuperación es de difícilísimo pronóstico, mediante su consentimiento expreso o presumido, con la finalidad de abreviarle el sufrimiento. Se intercambia, a pedido del ofendido, una dolorosa prolongación de su existencia por un fin inmediato de la vida, acortando su sufrimiento físico. Se puede practicar mediante un comportamiento activo (eutanasia activa) u omisivo (forma pasiva). En el primer caso, por ejemplo, el médico le aplica una inyección letal al paciente a su pedido, por no soportar más verlo sufrir. El actor actúa, interfiere positivamente en el curso causal; la segunda hipótesis es la del paciente con cáncer en fase terminal, ya inconsciente, que es transferido de la UTI para un cuarto de hospital o para su casa, mediante la autorización expresa de su familia, presumiéndose su aquiescencia”²⁷.

Conforme se deduce de las palabras del autor, poco importa si el paciente o su familia quisieron interrumpir el tratamiento, o si el médico, por mera liberalidad, acertó la vida de un enfermo terminal, conmovido con su condición, pues, conforme la vigente legislación, ambas conductas caracterizarían homicidio privilegiado. El autor termina así:

“Es posible afirmar la atipicidad en la eutanasia omisiva, bajo el argumento de que, en situaciones extremas, no existe bien jurídico para tutelar, ya que la vida sólo existe del punto de vista legal, pero en nada se parece a los estándares mínimos de una existencia digna, pues la persona sólo está vegetando. Sin embargo, es orientación pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia que en ambos casos ocurre homicidio privilegiado”²⁸.

²³ Sobre la posibilidad de interpretar los artículos del Código Penal brasileño conforme la Constitución para no tipificar la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta como homicidio, véase DIAS, *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, especialmente p. 216.

²⁴ CP, art. 121: “Matar a alguien: Pena – reclusión de 6 (seis) meses a 20 (veinte) años”. Si el homicidio fuese considerado piadoso, incide la causa de disminución de la pena del § 1º: “Si el agente comete el crimen impulsado por motivo de relevante valor social o moral, o en un estado de emoción violenta, en seguida a la injusta provocación de la víctima, el juez puede reducir la pena de un sexto a un tercio” (destacamos).

²⁵ Véase nota al pie del texto nº 21.

²⁶ Los procesos de intervenir en el morir son comúnmente practicados en hospitales de Brasil. Esto ocurre, generalmente, de común acuerdo entre pacientes, familiares y médicos, revelándose un velo de hipocresía en la negativa de su ocurrencia. Sobre el tema, véase la siguiente materia periodística: COLUCCI, Claudia; LEITE, Fabiane; GOIS, Antonio. Médicos revelam que eutanásia é prática habitual em UTIs do Brasil. *Folha de S. Paulo*. 20.2.2005. Disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u105876.shtml>. Se consultó el 10.9.2016.

²⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Tomo 2. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

²⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Tomo 2. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

La ayuda al suicidio, a su vez, está tipificada en el art. 122 del CP²⁹, y, según las palabras del mismo autor, está configurada así:

“La prestación de ayuda material con carácter meramente secundario (...) auxilio meramente accesorio, limitándose el agente, *in exemplis*, a suministrar los medios (el arma, el veneno), a dar instrucciones sobre el modo de usarlos, a crear condiciones de viabilidad del suicidio, a burlar la vigilancia de otros, a impedir o dificultar el inmediato socorro³⁰.”

Para José Afonso da Silva, la eutanasia es inadmisibles, estando implícitamente vedada por el derecho a la vida, consagrado por la Constitución. Según él, el individuo no puede disponer de la propia vida, aunque se encuentre sufriendo atrocemente:

Ni siquiera el consentimiento lúcido del enfermo excluye el sentido delictuoso de la eutanasia en nuestro Derecho. Sucede que – como recuerda Aníbal Bruno – “la vida es un bien jurídico que no importa proteger sólo del punto de vista individual; tiene importancia para la comunidad. El desinterés del individuo por su propia vida no la excluye de la tutela penal. El Estado sigue protegiéndola como valor social, y este interés superior invalida el consentimiento del individuo para que lo priven de ella. Ni siquiera cuando se dan las circunstancias que incluirían el hecho en la categoría de eutanasia u homicidio piadoso³¹.”

Se deduce, según este autor, que existe un deber de vivir, aunque sea para satisfacer los “intereses de la comunidad”.

La adopción de tales interpretaciones por la doctrina conduce a la obstinación terapéutica y al tratamiento fútil³² por parte de los profesionales del área médica, temerosos de ser eventualmente responsabilizados, principalmente cuando no existe una relación de proximidad y confianza con el enfermo y sus familiares, lo que culmina con la práctica de la distanasia, con el objetivo de retardar la muerte lo máximo posible, utilizando todos los medios disponibles, que resulta en sufrimientos insoportables para los pacientes cuyo fin es próximo e inevitable³³.

²⁹ CP, art. 122: “Inducir o instigar a alguien a suicidarse o prestarle ayuda para que lo haga: Pena – reclusión, de 2 (dos) a 6 (seis) años, si el suicidio se consuma, o reclusión, de 1 (uno) a 3 (tres) años, si del intento de suicidio resulta en lesión corporal de naturaleza grave” (subrayado por nosotros).

³⁰ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 124.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 69.

³² En las palabras de Debray, citado en la exposición de motivos de la Resolución CFM nº 1.805/2006, tal conducta consiste en el comportamiento médico que utiliza “procedimientos terapéuticos cuyos efectos son más nocivos que el propio mal que se está tratando. Inútiles, pues la cura es imposible y los beneficios esperados son menores que los inconvenientes provocados”. CONSEJO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolución nº 1805/2006. Disponible en http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.pdf. Se consultó el 10.9.2016.

³³ Roberto Dias, con base en las lecciones de Renato Lima Charnaux Sertã, Roxana Cardoso Brasileiro Borges y Miguel Ángel Núñez Paz, conceptúa la distanasia como “la muerte lenta y con gran sufrimiento. Se trata de la prolongación artificial de la vida, a costa de la agonía del paciente. Es, en último análisis, la transformación de la persona en objeto de la intervención médica, con evidente perjuicio de la dignidad del paciente” (*Direito Fundamental à morte digna*, p. 196).

En verdadera incoherencia, al intentar homenajear el carácter sagrado de la vida humana, la obstinación terapéutica promueve reales actos de tortura y tratamiento degradante, ofendiendo lo que la vida posee de más valioso, la dignidad³⁴.

Sin embargo, la LET no pasa a lo largo de las polémicas, ya que la limitación del tratamiento incluye no sólo la interrupción de eventual hemodiálisis, transfusión de sangre, administración de antibióticos y ventilación mecánica, sino también de la hidratación y de la nutrición forzosas.

No obstante, la suspensión de la hidratación y de la nutrición no es consensual en Brasil. Sobre el tema, Leo Pessini y Marco Antonio Oliveira Azevedo manifiestan lo siguiente:

“Al hecho de parar, por ejemplo, de administrar antibióticos a un paciente cuando existen evidencias suficientes de que ningún antibiótico es capaz de cambiar el cuadro clínico no se le puede llamar eutanasia (aunque la cuestión se complique un poco más en el caso de la desconexión de los aparatos de soporte vital y de la suspensión de la hidratación y de la alimentación)”³⁵.

Destacamos que algunos autores adoptan la expresión “limitación consentida de tratamiento” (LCT) que incluye retirar el soporte vital (RSV), no ofrecer soporte vital (NSV) y las órdenes de no resucitar o de no reanimar (ONR). Conforme Barroso y Martel:

“RSV significa suspender los mecanismos artificiales de mantenimiento de la vida, tales como los sistemas de hidratación y de nutrición artificiales y/o el sistema de ventilación mecánica; NSV, a su vez, significa no utilizar estos mecanismos. ONR es la orden de no iniciar los procedimientos para reanimar un paciente que sufre de un mal irreversible e incurable, cuando ocurre un paro cardiorrespiratorio”³⁶.

Podemos decir que la LET está autorizada por nuestro ordenamiento jurídico, conforme se puede deducir de lo dispuesto en el art. 1º, inciso III³⁷ y del art. 5º, inciso III³⁸, de la Constitución Federal.

³⁴ La Constitución Federal, en el art. 5º, inciso III, prevé que “nadie será sometido a tortura ni a trato deshumano o degradante”.

³⁵ PESSINI, Leo y AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira *apud* ROGUET, Patricia. *Ortotanásia: a morte no tempo certo*. In TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.). “Estudos Avançados de Biodireito”. Río de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 36.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Op. cit.* p. 6.

³⁷ “Art. 1º La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: (...) III – la dignidad humana”.

³⁸ “Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: (...) III – nadie será sometido a tortura ni a trato deshumano o degradante”

También podemos citar el art. 15 del Código Civil³⁹, el art. 7º, inciso III, de la Ley nº 8.080/1990⁴⁰ y diversos artículos del Código de Ética Médica⁴¹.

Además, en el estado de São Paulo está en vigor la Ley de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Salud (Ley nº 10.241/1999), conocida como Ley Covas⁴², que establece, en su art. 2º, que es un derecho del paciente⁴³, “consentir o rechazar, de forma libre, voluntaria y clara, habiendo sido adecuadamente informado, los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que en él se podrían realizar” (inciso VII); “rechazar tratamientos dolorosos o extraordinarios para intentar prolongar la vida” (inciso XXXIII); y “elegir el lugar de su muerte” (inciso XXIV).

Con relación al suicidio asistido, nos basamos en los argumentos de Dworkin y en la exposición de la lógica presente en la decisión proferida por el Segundo Tribunal Itinerante de EE.UU. Allí se afirmó que la legislación que criminaliza el suicidio viola la cláusula de la igual protección, puesto que si la Suprema Corte, en el mencionado caso Cruzan – o, *mutatis mutandis*, en nuestra argumentación a favor de la LET –, admite que los pacientes que están conectados a tecnologías de soporte a la vida tienen el derecho constitucional de que se les desconecten sus aparatos; prohibir a los moribundos que no están conectados a tales aparatos de recurrir a medios alternativos de acelerar la muerte es negarles un tratamiento de isonomía⁴⁴.

La aceptación moral de la LET y la aún criminalizada conducta de ayuda farmacológica al suicidio parecen contener algo de curioso de la naturaleza humana: la preferencia por la omisión y no por la acción.

El caso Rodriguez vs. British Columbia, juzgado el 30 de septiembre de 1993, por la Suprema Corte de Canadá, es ilustrativo⁴⁵. Sue Rodriguez era portadora de esclerosis lateral amiotrófica y luchó por el

³⁹ “Art. 15. Nadie puede ser obligado a someterse, con riesgo de la vida, a tratamiento médico o a intervención quirúrgica”.

⁴⁰ “Art. 7º Las acciones y servicios públicos de salud y los servicios privados contratados o afiliados que integran el Sistema Único de Salud (SUS) se desarrollan de acuerdo con las directrices previstas en el [art. 198 de la Constitución Federal](#), obedeciendo además a los siguientes principios (...) III – preservación de la autonomía de las personas en la defensa de su integridad física y moral”.

⁴¹ Ejemplificamos con el art. 50, que establece que: “Le está vedado al médico suministrar medios, instrumentos, sustancias o conocimientos que faciliten la práctica de tortura u otras formas de procedimientos degradantes, deshumanos o crueles en relación a la persona”.

⁴² El propio gobernador del Estado de São Paulo, Mario Covas (1930-2001), se benefició de la Legislación de carácter ortotánásico, puesto que tenía cáncer y eligió morir en su casa.

⁴³ Aquí usamos la expresión “paciente” para evitar la repetición de vocablos. Conforme RIBEIRO en *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte*, Cad. Saúde Pública, p. 1752, al hablar sobre la Carta de los Derechos de los usuarios de salud aprobada por la Resolución Ministerial nº 675/GM, del 30.3.2006, editada por el Ministerio de la Salud, “el uso de la palabra usuario – en vez de paciente, el sujeto pasivo – no fue una opción lingüística neutra, sino un paso decisivo para consolidar, en el sistema de salud nacional, la prevalencia del interés del enfermo y no más del profesional de la salud”.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 664.

⁴⁵ El 6 de febrero de 2015, en el caso Carter vs. Canadá, la Suprema Corte revertió este juicio, permitiéndoles a los adultos canadienses, mentalmente competentes y que estén sufriendo de forma intolerable y prolongada, el derecho de tener ayuda médica para morir. Para un análisis sobre tal decisión, véase Fernando Rey MARTÍNEZ, “La ayuda médica a morir como derecho fundamental. Comentario crítico de la sentencia de la Corte Suprema de Canadá del 6 de Febrero de 2015, asunto Carter v. Canadá”. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, nº 2, p. 245-260, 2015.

derecho de morir antes que su degeneración física aumentase. Conforme el relato de Barroso y Martel, el Tribunal hizo mención de la autonomía, pero prevaleció la distinción entre el rechazo de tratamiento, reconocido como un derecho de la paciente, y el suicidio asistido, prohibido en el país en la época. De acuerdo con la decisión:

“Lo que la revisión precedente demuestra es que Canadá y otras democracias occidentales reconocen y aplican el principio de la santidad de la vida como un principio general que está sujeto a limitadas y estrechas excepciones en situaciones en las cuales las nociones de autonomía personal y dignidad deben prevalecer. Sin embargo, esas mismas sociedades siguen distinguiendo entre formas activas y pasivas de intervención en el proceso de morir, y, con rarísimas excepciones, prohíben el suicidio en situaciones semejantes a la de la apelante”⁴⁶.

Sin embargo, ¿no sería menos cruel aplicarle una inyección letal al paciente inconsciente, mantenido vivo artificialmente, que haya manifestado previamente su deseo de no seguir así que suprimir su alimentación e hidratación, recordando que, aunque se retiren los tubos, tarda días para que el enfermo, por fin, se muera? ¿No sería menos cruel permitir que el suicida abdique de la vida con la ayuda de un profesional de la salud que obligarlo a buscar algún medio “clandestino” de morir, arriesgándose a tener un fin agónico o incluso a infligirse una grave lesión y no fallecer?

4. Medicalización de la vida versus homenaje a la autonomía

Con los grandes avances de la ciencia y de la tecnología, la medicina logra mantener en funcionamiento, por tiempo indeterminado, un cuerpo humano con cuadro de salud irreversible. En las palabras de Kovács:

“Pacientes en etapas avanzadas de enfermedades, sin perspectiva de cura o mejora, ‘vegetando’ en UTIs, sin ninguna función vital autónoma, siendo todas realizadas por aparatos: alimentación por tubos, eliminación por cánulas, latidos cardíacos estimulados, manos y brazos con sueros inyectados, o atados para que un movimiento no los retire, y, finalmente, en la boca un tubo para garantizar el ritmo respiratorio. Nos parece una imagen cruel de un ‘Frankenstein’ del siglo XX”⁴⁷.

Concomitantemente a los avances tecnológicos en el área de la salud que permiten la prolongación casi indefinida de la vida, hubo un cambio brutal de paradigma en la ética médica: el antiguo modelo hipocrático, basado en el principio de la beneficencia fundamentado en el paternalismo, dio lugar a la autonomía del paciente. Como nos informa Barroso,

El fin de la Segunda Guerra Mundial señala el comienzo de la superación del paradigma del paternalismo. El marco de ese movimiento fue el Código de Núremberg, de 1947, destinado a regular las investigaciones con seres humanos. Fundado en el principio de la autodeterminación de la persona, el Código estableció el consentimiento informado como requisito para la validez ética de los experimentos médicos. Estas directrices, posteriormente, se incorporaron a la Declaración de

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. “h: dignidade e autonomia individual no final da vida”. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 38: 254, nota al pie del texto nº 51, 2010. Disponible en <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930>. Se consultó el día 10.9.2016.

⁴⁷ KOVÁCS, Maria Júlia. *Autonomia e o Direito de morrer com dignidade*. Revista Bioética. Tomo 6, nº 1, p. 1.

Helsinki, editada por la Asociación Médica Mundial (AMM), en 1964. El modelo se extendió, igualmente, a la relación médico-paciente⁴⁸.

De hecho, con el paso del tiempo, la relación entre médico y paciente sufre relevantes cambios. El vínculo vertical, fundado en el paternalismo, empieza a dar lugar a un vínculo horizontal, basado en la autonomía del paciente. A propósito, con este cambio, la idea de paciente parece antigua o, como mínimo, equívoca, pues se refiere no sólo al individuo enfermo, sino también a una persona conformada, que espera con tranquilidad las órdenes de su superior. Y el paciente de hoy, consciente de sus derechos, no es propiamente una persona que deba esperar pasivamente las órdenes médicas sin participar de las decisiones sobre su salud y, en último análisis, sobre su vida y su muerte. Este cambio de enfoque, en Brasil, es el resultado principalmente de las previsiones constitucionales sobre ciudadanía, libertad y dignidad⁴⁹.

Así, el paciente puede negarse a recibir tratamiento médico, independientemente de estar o no en la fase terminal de una enfermedad⁵⁰. Conforme Sarlet, la dignidad humana es:

“la calidad intrínseca y distintiva reconocida en cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, lo que implica, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que protejan a la persona tanto contra todo y cualquier acto de naturaleza degradante y deshumana, como le garantice las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de favorecer y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos⁵¹.”

El principio se funda en el imperativo categórico kantiano que asevera que toda persona debe ser tratada como un fin en sí misma y veda la cosificación y la instrumentalización del ser humano, puesto que nadie existe en el mundo para atender a los propósitos de otros o para servir a metas colectivas de la sociedad⁵².

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, Liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponible en http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf. Se consultó el 18.11.2015.

⁴⁹ En este sentido, véase: DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna*, p. 139.

⁵⁰ Muchas veces, la negación ocurre por convicciones religiosas. Como ejemplo, citamos la negativa a recibir transfusión de sangre por testigos de Jehová, que consideramos legítima, siempre y cuando el consentimiento sea libre, claro e inequívoco.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, nº 9, ene./jun. 2007, p. 383.

⁵² La formulación del imperativo práctico es la siguiente: “obra de tal modo que puedas usar la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre y simultáneamente como fin y nunca simplemente como medio” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 59). Es importante destacar que Kant, al tratar de la doctrina de la virtud y de los deberes consigo mismo, pese a no analizar directamente la eutanasia, aborda la cuestión del suicidio para negarlo, considerándolo como el asesinato de sí mismo y, por lo tanto, un crimen. Además de “una violación de nuestro deber con otros seres humanos”, el suicidio caracteriza una violación a un deber consigo mismo, pues el ser humano está “obligado a preservar su vida simplemente en virtud de su condición de persona” (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, Bauru: Edipro, 2003, p. 263-266).

Con la obstinación terapéutica, el personal médico ve al individuo como un montón de células y órganos transformados en campos de batalla, en los cuales la guerra ya se perdió, pero no se acepta la derrota, ya sea por vanidad personal ya porque los profesionales de salud temen ser punidos, o por motivos puramente mercantiles de los hospitales. Esta práctica cosifica e instrumentaliza el ser humano, violando su dignidad.

En la concepción de Barroso⁵³, la dignidad humana tiene dos vertientes, la autonomía y la heteronomía. Al defender la posibilidad de actuación de terceros para abreviar el proceso de muerte de pacientes, homenajeamos la dignidad como autonomía del propio paciente. Esta concepción de la dignidad posee como aspectos esenciales la capacidad de autodeterminación; las condiciones para el ejercicio de esa autodeterminación, o sea, el mínimo existencial, comprendiendo aspectos económicos, educativos y psicofísicos; la universalidad; y la inherencia de la dignidad al ser humano. Por otro lado, la dignidad como heteronomía sería más una “constricción externa a la libertad individual que un medio de promoverla (...). En la concepción heterónoma, la dignidad no tiene la libertad como componente central, sino, al revés, es la dignidad que moldea el contenido y le da límites a la libertad”⁵⁴.

Igual que Barroso, no adoptamos, de forma excluyente, uno u otro aspecto de la dignidad, pero, a nuestro criterio, se deduce que, en la Constitución brasileña, existe un predominio de la idea de dignidad como autonomía:

“Dentro de una perspectiva histórica, la Carta de 1988 representó una ruptura con el modelo dictatorial intervencionista, constituyendo el marco inicial de la reconstrucción democrática de Brasil. De ahí su énfasis en las libertades personales, parte esencial de una larga lista de derechos individuales y garantías procedimentales. La dignidad como heteronomía obtuvo menos énfasis. Conforme se vio, ella gira alrededor de conceptos indeterminados como “moral pública” y “buenas costumbres”, por ejemplo, que ni siquiera figuran en el texto constitucional brasileño. Otras locuciones como “interés público” y “orden público” se mencionan en el texto para hipótesis muy contadas y de aplicación específica, que no incluyen – por lo menos expresamente – la restricción a derechos fundamentales”⁵⁵.

Así, la regla general presupone elecciones individuales consagrando la autonomía e imponiendo especial carga argumentativa para alejarlas⁵⁶. Conforme Roxin,

“Si el paciente rechaza, por lo tanto, la operación que salvaría su vida o la necesaria internación en una unidad de tratamiento intensivo, el médico debe abstenerse de tales medidas y, si fuese el caso,

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, Liberdade religiosa e escolhas existenciais*, p. 10 y siguientes. Disponible en <http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Se consultó el 10.9.2016.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, Liberdade religiosa e escolhas existenciais*, p. 12.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, Liberdade religiosa e escolhas existenciais*, p. 14-15.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, Liberdade religiosa e escolhas existenciais*, p. 16.

dejar que el paciente muera. Esta solución se deduce, correctamente, de la autonomía de la personalidad del paciente, que puede decidir acerca de la extensión y duración de su tratamiento⁵⁷. El respeto a la autonomía del paciente es la antítesis del paternalismo, que, en las palabras de Isaiah Berlin – basado en los pensamientos de Kant –, es una práctica despótica, no por oprimir más que “la tiranía manifiesta, brutal”, sino porque es un “insulto a mi concepción de mí mismo como ser humano”⁵⁸. O, como argumenta Dworkin, “obligar a alguien a morirse de una manera que otros aprueban, pero que para él representa una terrible contradicción a su propia vida, es una devastadora y odiosa forma de tiranía”⁵⁹.

5. La laicidad del Estado y la renuncia del derecho a la vida

La argumentación contra las diversas formas de eutanasia y el suicidio asistido, fundamentada en la expresión de la Constitución Federal, que dispone sobre la “inviolabilidad del derecho a la vida”, es refutable. La inviolabilidad mencionada en el texto constitucional⁶⁰ se refiere a una protección contra terceros, en el sentido de que nadie podrá disponer, arbitrariamente, de la vida de otro.

“La disposición de posiciones jurídicas subjetivas resultantes de derechos fundamentales forma parte, con frecuencia, del propio ejercicio del derecho. Es lo que sucede, por ejemplo, al ceder el derecho de imagen a una campaña publicitaria o en la autolimitación del derecho de privacidad por parte de las personas que aceptan participar de un *reality show*. Del mismo modo, tatuar el cuerpo de alguien contra su voluntad representa una forma grave de violación a la integridad física y moral, pero es suficiente con consentirlo para que la conducta sea socialmente aceptada. Por lo tanto, existe como mínimo un problema conceptual por detrás de la afirmación de que los derechos fundamentales son indisponibles”⁶¹.

Barroso no se olvida de observar que la autolimitación parcial, temporal y revocable es diferente de una renuncia total y definitiva, como ocurre en el caso de la disposición de la propia vida, y que, aunque la Constitución no mencione la indisponibilidad de derechos fundamentales en ninguna

⁵⁷ ROXIN, Claus. *A proteção da vida humana através do direito penal*. Disponible en <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>. Se consultó el 10.9.2016. Este pasaje de la obra de Roxin fue citado por BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, Liberdade religiosa e escolhas existenciais*, p. 6, nota al pie del texto nº 11.

⁵⁸ BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade”. In: *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 259. Sobre la noción de daño y la cuestión del paternalismo, véase también FARRELL, Martín Diego. “La eutanasia y los principios morales”. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, t. 4, nº 4, oct./dic. 1991, p. 76.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 307.

⁶⁰ CF/1988, art. 5º: “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad (...)”. Véase también el art. 11 del Código Civil, que trata de los derechos de la personalidad: “Con excepción de los casos previstos por ley, los derechos de la personalidad son intransmisibles e irrenunciables, no pudiendo su ejercicio sufrir limitación voluntaria”.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, Liberdade religiosa e escolhas existenciais*, p. 17-18. Disponible en <http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Se consultó el 10.9.2016.

parte, existen límites implícitos, incluso porque el ordenamiento jurídico puede establecer restricciones expresas para proteger “el derecho de terceros, el orden público o el propio titular de derechos fundamentales”⁶².

De este modo, el tema no es la irrenunciabilidad del derecho a la vida, siendo los derechos fundamentales, en principio, disponibles. Como explica Jorge Reis Novais, “la renuncia es también una forma de ejercicio del derecho fundamental, puesto que, por un lado, la realización de un derecho fundamental incluye, de alguna forma, la posibilidad de disponer de él, incluso en el sentido de su limitación, siempre y cuando ésta sea una expresión genuina del derecho de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad individual”⁶³.

Entender lo contrario sería lo mismo que admitir la existencia de un deber de vivir impuesto por el Estado, lo cual no se puede deducir del ordenamiento jurídico brasileño, como lo explican bien Marco Segre y Gabriela Guz⁶⁴:

“Es necesario que quede clara la distinción entre la ‘inviolabilidad’ del derecho a la vida – por el cual se reconoce una protección contra terceros – y la ‘disponibilidad’ del derecho a la vida, que comprende a la propia persona involucrada y corresponde, efectivamente, a la posibilidad de que cada uno se guíe de acuerdo con la propia concepción de vida. Ambas nociones – inviolabilidad y disponibilidad – deben componer el derecho a la vida. Sin embargo, se nota que, bajo la argumentación de que la vida constituye un derecho inviolable, algunos juristas entienden que se refiere a la imposibilidad de que un individuo tome decisiones con relación a su vida – y muerte. Pese a las opiniones contrarias, queda claro, para nosotros, que tal interpretación manifiesta una confusión entre las nociones antes mencionadas de inviolabilidad y disponibilidad, pues presentan la idea de un ‘deber de vivir’ impuesto por el Estado — que, destacamos, no existe en el ordenamiento jurídico brasileiro”.

Tampoco se podría alegar que la inexistencia del derecho a la muerte se haría bajo el argumento de la santidad de la vida humana. Pues en un Estado incluyente, laico y pluralista, en que diferentes cosmovisiones y la diversidad deben estar presentes obligatoriamente, es esencial admitir que las personas puedan pensar y actuar de forma diferente unas de las otras. Es inconcebible que el poder estatal determine a cuáles conceptos éticos y metafísicos deban someterse los moribundos en agonía o los pacientes con mal pronóstico que deseen acabar con su propio sufrimiento, o los enfermos inconscientes, muchas veces sujetos a tratamientos deshumanos, que quisieran satisfacer su voluntad anterior de no ser mantenidos vivos artificialmente, contra su concepción de dignidad.

Esto significa que, con la laicidad estatal, las religiones pueden, como máximo, imponer sanciones religiosas a sus seguidores. Sin embargo, no se puede exigir la misma conducta del Estado, que debe garantizar el ejercicio de la libertad constitucional de creencia y de culto – incluyendo la libertad de no creer –, además de permitir que las personas actúen o se omitan según sus creencias o con base en la absoluta ausencia de ellas.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, Liberdade religiosa e escolhas existenciais*, p. 18.

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 235.

⁶⁴ SEGRE, Marco; GUZ, Gabriela. Bioética e direito na terminalidade da vida. *Bioética*, Brasília, t. 13, nº 2, p. 124, 2005.

De este modo, como lo expuso Mariano Silvestroni, “no se puede prohibir la disponibilidad sobre la propia vida sin incidir en arbitrarias concepciones de moral colectiva”, pues sólo “partiendo de una concepción de Estado que subordine los derechos individuales a vagos criterios de moral colectiva o al capricho legislador se podrá imaginar la prohibición de la disposición del más disponible de los bienes jurídicos, al punto de pretender obligar un individuo a sufrir una muerte dolorosa y a renunciar a su dignidad”⁶⁵.

En una mención al suicidio asistido, Dworkin destaca que el Derecho produce un resultado aparentemente irracional, puesto que,

“Por un lado, las personas pueden optar por morir lentamente, negándose a comer, negándose a recibir un tratamiento capaz de mantenerlas vivas o pidiendo para que se les desconecten los aparatos de respiración artificial; por otro, no pueden optar por la muerte rápida e indolora que sus médicos podrían fácilmente ofrecerles. Muchas personas – incluso médicos – creen que esa distinción no es irracional sino, al revés, esencial; creen que los médicos no deben, sean cuales sean las circunstancias, transformarse en asesinos. Para muchas otras personas, sin embargo, este principio parece cruelmente abstracto”⁶⁶.

El ordenamiento jurídico brasileño, cuando alzó a la más alta posición jerárquica tanto la vida como la autonomía y la dignidad humana, impuso una determinada interpretación de los arts. 121, § 1º, y 122 del Código Penal⁶⁷. Si la vida es un derecho disponible por el propio titular, éste puede libremente decidir, con base en su concepción de dignidad, sobre la continuidad o interrupción de un tratamiento médico, sin que esto implique responsabilizar al médico. En otras palabras, la autonomía y la dignidad del paciente tienen fundamental importancia en la caracterización del crimen, siendo que esta conducta no se considerará un ilícito penal en la hipótesis de que la interrupción del tratamiento ocurriese por libre voluntad del paciente.

En lo referente a la ayuda al suicidio, la voluntad de morir ya estará presente y, por lo tanto, en este caso, el crimen no se comprobará cuando la ayuda practicada por el médico ocurra por motivos humanitarios, atendiendo a los intereses fundamentales del paciente, para preservar la dignidad, que está afectada por una enfermedad que le causa sufrimientos insoportables y afecta su calidad de vida⁶⁸.

⁶⁵ SILVESTRONI, Mariano H. “Eutanasia y muerte piadosa: la relevancia del consentimiento de “la víctima” como eximente de la responsabilidad criminal”. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, t. 5, nº 9, p. 573, 564-565, sep. 1999.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais*. p. 259-260.

⁶⁷ “Art. 121. Matar a alguien: Pena – reclusión, de seis a veinte años. § 1º Si el agente comete el crimen impulsado por motivo de relevante valor social o moral o en un estado de emoción violenta, en seguida a la injusta provocación de la víctima, el juez puede reducir la pena de un sexto para un tercio. (...) Art. 122 – Inducir o instigar a alguien a suicidarse o prestarle ayuda para que lo haga: Pena – reclusión, de dos a seis años, si el suicidio se consuma; o reclusión, de uno a tres años, si de la tentativa de suicidio resulta una lesión corporal de naturaleza grave. Párrafo único – La pena se duplica: I – si el crimen se practica por motivo egoísta; II – si la víctima fuese menor de edad o tuviese disminuida, por cualquier motivo, la capacidad de resistencia”.

⁶⁸ Para Maria Lúcia Karam, lo “que efectivamente importa es la afirmación de la relevancia jurídico-penal del consentimiento del titular del derecho a la vida y, consecuentemente, la licitud de todas las conductas de cualquier tercero que, de común acuerdo con el individuo que desea morir (ya sea porque no soporta más los sufrimientos causados por una enfermedad incurable, ya sea por cualquier otro motivo), contribuye para su suicidio, omite la acción que evitaría su muerte o realiza la acción que la causa”. Y continúa la autora: “La

6. Conclusión

La transformación del proceso de morir en un fenómeno crónico y la llegada de un nuevo paradigma en la ética médica fundamentado en la autonomía del paciente trajeron cuestionamientos bioéticos relevantes, como la existencia de situaciones en que sería moralmente aceptable la interrupción de la vida humana. El modo cómo terminamos nuestra existencia pasó a ser una de las cuestiones éticas más controvertidas e importantes de la actualidad.

Debido a la complejidad del debate sobre el derecho de morir, incluida la dimensión pasional, en primer lugar debemos admitir que, en un Estado laico, incluyente y pluralista, algunas personas pueden considerar indignas y degradantes la manutención de la vida por medios artificiales; la postergación del proceso de muerte por medio de técnicas que sólo prolongan el dolor y el sufrimiento; o la mera posibilidad de enfrentar el deterioro físico y mental durante o al final de su enfermedad.

Para estos sujetos de derecho, imputables y mayores de edad, que consideran que este proceso de morir los somete a la pérdida de la autonomía y de la dignidad, impidiéndolos de realizar las cosas que hacen la existencia placentera y válida, defendemos la disponibilidad del derecho fundamental a la vida, debiendo garantizarse el derecho a la muerte digna. Incluso porque no existe un deber jurídicamente impuesto de que las personas vivan contra la propia voluntad y la propia concepción de dignidad.

El respeto al derecho a la libertad, la protección constitucional de la dignidad humana y la prohibición constitucional de someter a los individuos a tortura o a tratamiento deshumano o degradante pueden prevalecer en el análisis casuístico y autorizar las formas de morir por intervención, al ponderarse con el derecho a la vida.

El debate sobre el tema en un Estado laico no admite ilaciones religiosas, puesto que es inconcebible que el poder estatal determine a cuáles conceptos metafísicos y éticos deban estar sujetos los pacientes con enfermedades terminales e incurables, los enfermos con mal pronóstico y aquellos que se encuentran en EVP y quisieran satisfacer su voluntad anterior de no ser mantenidos vivos artificialmente, pues esto violaría su concepción de dignidad.

Junto con la noción de dignidad humana como autonomía, que valora el individuo, la libertad y los derechos fundamentales, debe existir el reconocimiento de las personas como seres morales, que son capaces de hacer elecciones y asumir sus responsabilidades en oposición a las políticas inspiradas en la moralidad social unitaria y fundamentalista impuesta por un Estado paternalista, que, al no admitir el pluralismo, impone, de forma tiránica, la manera cómo debemos vivir y morir.

afirmación de la licitud de la conducta del tercero, que, de común acuerdo con el individuo que desea morir, contribuye para su suicidio, omite la acción que evitaría su muerte o realiza la acción que la causa, deriva directamente del imperativo reconocimiento de la dignidad y, así, de la libertad y de la autonomía moral de aquel individuo que quiere morir, garantizadas por las normas fundamentales inscritas en las declaraciones internacionales de derechos y en las constituciones democráticas” (KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 22- 23, t. 2. Escritos sobre a liberdade.)