

## Derechos fundamentales de los pacientes al fin de la vida: de la ética médica al proyecto de código penal brasileño

Roberto Dias\*

PATIENTS FUNDAMENTAL RIGHTS AT LIVES END: FROM MEDICAL ETHICS TO THE BRAZILIAN PENAL CODE DRAFT

ABSTRACT: This paper analyzes the fundamental rights of terminally ill patients. It starts by examining, from a constitutional perspective, the rights to life and to death with dignity. It then investigates the standards for medical ethics as they appear in the decisions by the Brazilian Federal Council of Medicine over the past ten years, especially those concerning the right to information, patient's consent or refusal to undergo medical treatments, and living wills. Finally, from the viewpoint of the fundamental rights of patients, the paper offers a critique of the Criminal Code Bill, which aims to criminalize euthanasia, currently under discussion in the Brazilian Congress.

KEYWORDS: Terminally ill patient's fundamental rights; Medical ethics; Consent of patient; Living will; Euthanasia in the Brazilian Criminal Code bill.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La disponibilidad del derecho a la vida. – 3. El derecho a la muerte digna y la eutanasia. – 4. La ética médica y las normas del Consejo Federal de Medicina brasileño. – 5. La eutanasia en el proyecto de Código Penal brasileño. – 6. Consideraciones finales.

*«De todas las decisiones tomadas por alguien, las que dicen respecto a la vida y a la muerte son las más importantes y cruciales para la formación y expresión de la personalidad; creemos crucial que se tomen acertadamente, pero también consideramos crucial que nosotros mismos las tomemos, que estén en consonancia con nuestro modo de ver las cosas. Aun las personas que quieren imponer sus convicciones a todos por medio del derecho criminal, cuando ellas y sus colegas, que piensan de la misma manera, son políticamente poderosos, se quedarían horrorizadas, tal vez a punto de deflagrar una revolución, si sucediera una inversión de su suerte política y se vieran delante de la pérdida de la libertad que ahora pretenden negar a los demás.»*

Ronald Dworkin

### 1. Introducción

**M**i propósito es examinar, en este artículo, la evolución de las normas que rigen la actuación médica en Brasil – editadas por el Consejo Federal de Medicina (CFM) – en los últimos diez años, especialmente en el campo de los derechos de los pacientes al

\* Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP y coordinador de la FGV Direito SP. Artículo requerido por el Comité Directivo.



final de la vida, y confrontarlas con el proyecto de Código Penal brasileño, en discusión en el Senado, que disciplina, por primera vez de forma expresa, el delito de eutanasia en Brasil.

En la última década, la preocupación del CFM con la bioética ha acarreado la edición de normas que tratan sobre la autonomía del paciente, disciplinando el derecho a la información<sup>1</sup> y la necesidad de exigir a los enfermos el consentimiento para la realización de procedimientos médicos<sup>2</sup>. El mismo Consejo, en 2006 pasó a permitir que los médicos limiten o suspendan procedimientos y tratamientos que prolonguen la vida de los enfermos en fase terminal, garantizándoles los cuidados necesarios para aliviar los síntomas que causan sufrimiento, bajo la perspectiva de una asistencia integral, respetada la voluntad de los pacientes o de sus representantes legales<sup>3</sup>. Más recientemente, el CFM también ha reconocido la medicina paliativa como un área de actuación médica<sup>4</sup> y ha reglamentado las directivas anticipadas de voluntad de los pacientes<sup>5</sup>.

En consonancia con el orden constitucional democrático inaugurado en 1988, se nota una clara tendencia adoptada por el Consejo Federal de Medicina a garantizar los derechos fundamentales de los pacientes al final de la vida, especialmente el derecho a la información y a la autonomía y, en consecuencia, el derecho a una muerte digna. Por otro lado, desde el año 2012, tramita en el Senado Federal brasileño el proyecto de un nuevo Código Penal<sup>6</sup>, que disciplina el delito de eutanasia, algo que no existe expresamente en el actual Código Penal, editado en 1940.

En los últimos años, el Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño ha enfrentado importantes cuestiones relativas al bioderecho. Ello sucedió, por ejemplo, al decidir, en 2012, que no era delito interrumpir el embarazo de un feto anencefálico, teniendo en vista la libertad sexual y reproductiva de la mujer, además de la protección de su salud, dignidad y autodeterminación<sup>7</sup>. En 2008, la misma

<sup>1</sup> Con ello no estoy afirmando que el antiguo Código de Ética Médica (Resolución CFM 1246, de 8 de janeiro de 1988) no contuviera disposiciones sobre la necesidad de que el médico le aclare al paciente, y obtenga su consentimiento para la realización de un procedimiento. En este sentido, ver, por ejemplo, los arts. 46, 48, 56 e 59 del Código de Ética Médica derogado en 2010: [http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao\\_impressao.php?id=2940](http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=2940) (último acceso 12/09/2015).

<sup>2</sup> Código de Ética Médica, Resolución 1931/2009, del Consejo Federal de Medicina, especialmente Capítulos IV e V, que tratan, respectivamente, de los derechos humanos y de la relación de los médicos con pacientes y familiares (arts. 22 a 42): [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122) (último acceso 30/08/2015).

<sup>3</sup> Resolución 1805/2006, del Consejo Federal de Medicina: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm) (último acceso 09/09/2015).

<sup>4</sup> Resolución CFM 1973/2011, Anexo II (Convenio celebrado entre el Consejo Federal de Medicina – CFM, la Asociación Médica Brasileña – AMB y la Comisión Nacional de Residencia Médica – CNRM), apartado 3.34: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2011/1973\\_2011.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2011/1973_2011.htm) (último acceso 05/09/2015).

<sup>5</sup> Conferir los términos de la Resolución CFM 1995/2012 en el siguiente sitio web del Consejo Federal de Medicina: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf) (último acceso 05/09/2015).

<sup>6</sup> Se trata del Proyecto de Ley del Senado nº 236, de 2012, que, actualmente, está en la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía de la Casa Legislativa: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404> (último acceso 06/09/2015).

<sup>7</sup> Supremo Tribunal Federal, ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, relator Ministro Marco Aurélio Mello, fecha del juicio: 12/04/2012 (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>, Último acceso 06/09/2015).

Corte ya había decidido que la Ley de Bioseguridad no violaba la Constitución y, portanto, se permitía la utilización de células-tronco embrionarias en la investigación científica a efectos terapéuticos. Según el Tribunal, además de que tal práctica no caracteriza aborto, la ley protegería el derecho fundamental a una vida digna, que pasa por el derecho a la salud y la planificación familiar<sup>8</sup>. Numerosas cuestiones sobre el derecho a la salud también han sido juzgadas por el STF – que, en general, viene garantizando la efectividad de tal derecho social – y, actualmente, la Corte está decidiendo si el delito de porte de drogas para uso personal es inconstitucional, teniendo en cuenta varios argumentos, entre éstos el derecho a la intimidad del usuario de sustancias estupefacientes, y también, el de la persona a colocar en riesgo la propia salud sin que el Estado pueda penalmente interferir en esa conducta<sup>9</sup>.

A pesar de que estas relevantes cuestiones sobre la vida humana han llegado recientemente al Supremo Tribunal Federal, el debate sobre los derechos fundamentales de pacientes al final de la vida – como, por ejemplo, los problemas jurídicos relacionados con la autodeterminación del enfermo terminal, la suspensión de tratamientos médicos, la validez del testamento vital, y por fin, el derecho fundamental a una muerte digna – aún no han sido analizados por la más alta Corte brasileña<sup>10</sup>.

Sin embargo, esos temas han sido disciplinados en el área de la ética médica y discutidos en el Parlamento brasileño. Por tanto, después de exponer mi visión, desde el punto de vista constitucional, sobre el derecho a la vida y a la muerte digna, examinaré los avances que han habido en Brasil en el campo de la ética médica, en lo que respecta a los derechos de los pacientes en la etapa terminal, y luego discutiré la propuesta de inclusión del delito de eutanasia que consta en el proyecto de Código Penal en votación en el Senado brasileño.

<sup>8</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, relator Ministro Carlos Ayres Britto, fecha del juicio: 29/05/2008 (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>). Último acceso 06/09/2015.

<sup>9</sup> Se trata del Recurso Extraordinário 635.659, que tramita en el Supremo Tribunal Federal desde 2011. En agosto de 2015, el relator, Ministro Gilmar Mendes, dictó voto favorable a la descriminalización del porte de drogas para uso personal. El día 10 de septiembre de 2015, los Ministros Luiz Edson Fachin y Luís Roberto Barroso votaron a favor de la descriminalización del porte de marihuana para consumo personal. El juicio se suspendió con el pedido de vista del Ministro Teori Zavascki. Para el acompañamiento procesal, ver: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4034145#> (último acceso 12/09/2015).

<sup>10</sup> De hecho, los casos de eutanasia difícilmente llegan a los tribunales. En Uruguay, donde hay autorización legal, desde el año 1934, para concederse el perdón judicial al actor de un homicidio piadoso practicado por motivos humanitarios, tras reiterados pedidos de la persona que desea morir (art. 37 del Código Penal uruguayo), no había ninguna noticia, por lo menos en 60 años de vigencia de la ley penal, de un único fallo judicial que hubiera aplicado lo que dispone el referido art. 37. En este sentido, ver H. R. ALMADA et. al. *Eutanasia y ley penal en Uruguay*, in *Bioética*, v. 7, n. 1, 1999, p. 124. Esta falta de visibilidad de la eutanasia, según Frederico de Lacerda de la Costa Pinto, ocurre porque ella está «circunscrita a un círculo clínico u hospitalario reservado y técnicamente hermético, o al túmulo del silencio familiar» (F. L. C. PINTO, *Sistemas penales comparados: tratamiento jurídico penal de la eutanasia – Portugal*, in *Revista Penal*, n. 16, jul. 2005, 192). Ya según Soren Holm, que constata la misma tendencia en Dinamarca, la «ausencia de casos de eutanasia en la justicia» se debe a que «ella sólo sucede en casos en que todo el equipo de salud, el paciente y sus parientes están de acuerdo que la eutanasia es la acción apropiada en la circunstancia» (S. HOLM, *Legalizar a eutanasia? Uma perspectiva dinamarquesa*, in *Bioética*, 7 (1), 1999, 103).

## 2. La disponibilidad del derecho a la vida<sup>11</sup>

Este estudio no tiene, obviamente, la pretensión de definir la vida, incluso por ser ésta indefinible, ya que abarca una gama de numerosas relaciones, alegrías, sufrimientos, reacciones, angustias, placeres, etc. Creo que la vida es mucho más que el ciclo que comienza en cierto momento y termina con la muerte. Ella debe ser entendida en su complejidad, y principalmente, en su calidad intensidad y dignidad, y no como un intervalo de tiempo o tan sólo como un fenómeno biológico<sup>12</sup>.

Según este artículo, lo que importa es entender la vida como un derecho garantizado constitucionalmente. Por más obvio que pueda parecer, no está de más recordar que la vida también es un presupuesto para el ejercicio de los otros derechos, porque es preciso estar vivo para ejercerlos. Sin vida no hay derecho, o sea, los derechos dependen de la vida para existir<sup>13</sup>.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico brasileño, de modo general, no trata explícitamente de la muerte como un derecho. Aborda ese tema como algo a ser evitado, estableciendo sanciones a los que practican actos que lleven a la muerte.

¿Pero será que la vida, además de un derecho y un presupuesto para el ejercicio de los otros derechos es también una obligación, un deber? ¿O será que la vida, aparte de un derecho, es también, en ciertas circunstancias, un presupuesto para el ejercicio de un último derecho, el derecho a la muerte? ¿Será que, en determinadas situaciones, un derecho como el derecho a la libertad, amparado en la dignidad, se puede ejercer para darle fin a la propia vida? ¿Y será que la dignidad, delante de ciertas condiciones es contemplada constitucionalmente de tal manera que autorizaría el propio fin de la vida?

Importantes juristas brasileños, como, por ejemplo, José Afonso da Silva y Maria Helena Diniz, afirman que los derechos fundamentales tendrían como una de sus características la irrenunciabilidad<sup>14</sup>. No existiría, en ese caso, «el derecho de una persona sobre sí misma», pues la vida sería un bien indisponible<sup>15</sup>. De ahí la pregunta: ¿vivir, entonces, sería una obligación, un deber hacia uno mismo y para con los otros?<sup>16</sup>

<sup>11</sup> He desarrollado estos temas con más profundidad en el libro R. DIAS, *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*, Belo Horizonte, 2012, especialmente 116 y siguientes.

<sup>12</sup> Albert Calsamiglia, cuando trata sobre el valor de la vida, dice que «lo que valoramos más de la vida no es que seamos seres vivos, que tengamos unas características naturales, sino la conducta y los objetivos que hemos alcanzado en ella» (A. CALSAMIGLIA, *Sobre la eutanasia*. In R. VÁSQUEZ (ed.), *Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales*, México, 2002, 151). En sentido análogo, ver G. JAKOBS, *Suicidio, eutanásia e direito penal*, Barueri, 2003, 35: «El valor principal no es la vida como fenómeno biológico, sino su calidad o, por lo menos, su soportabilidad, ya que, como cualquiera puede juzgar en cualquier momento, vivir no significa preocuparse continuamente por la salud».

<sup>13</sup> En este sentido, ver J. A. M. GAMEZ, *Reflexiones sobre la eutanasia: una cuestión pendiente del derecho constitucional a la vida*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, Núm. 54, 1998, 85-86.

<sup>14</sup> J. A. SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2010, 181.

<sup>15</sup> M. H. DINIZ, *O estado atual do biodireito*, São Paulo, 2006, 424-425.

<sup>16</sup> I. KANT, *A metafísica dos costumes*, Bauru, 2003, 263-266. Ver, también, I. KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, São Paulo, 2005, 52-60. Este filósofo, al tratar de la doctrina de la virtud y de los deberes para sí mismo, a pesar de no analizar directamente la eutanasia, plantea la cuestión del suicidio para negarlo, considerándolo como el asesinato de sí mismo y, por lo tanto, un delito. Además de «una violación de nuestro deber para con otros seres humanos», el suicidio caracteriza una violación a un deber hacia sí mismo, pues el ser humano está «obligado a preservar su vida simplemente en virtud de su calidad de persona».

Pues, la Constitución brasileña no menciona un deber de vivir, pero establece, expresamente, que se garantiza «la inviolabilidad del derecho a la vida». Por tanto, la vida no debe ser entendida como un deber<sup>17</sup>, sino como un derecho a algo, compuesto de tres elementos<sup>18</sup>: el sujeto del derecho, o sea, aquel que está vivo; los responsables de la obligación correspondiente al derecho, que son todos los que tienen el deber de respetar y preservar dicho derecho, activa y pasivamente; y el objeto del derecho, esto es, el valor protegido, que es la propia vida.

El examen de estos tres elementos se debe hacer caso a caso y no de manera abstracta, como una ley universal, pues, frente a determinadas circunstancias de hecho, la libertad puede vaciar el derecho a la vida si las condiciones existentes en aquel momento indicaran que la preservación de ese valor constituye una violación a la dignidad de la persona humana, según la concepción del titular del derecho. En definitiva, la vida no debe ser tomada como un deber y tampoco como un deber universal. Debe entenderse como un derecho de cada uno, que impone deberes positivos y negativos al Estado y a los particulares.

La mencionada expresión «inviolabilidad del derecho a la vida», prevista en el art. 5º de la Constitución brasileña, además de no indicar que la vida es un deber hacia uno mismo y para con los otros, tampoco los lleva a concluir que es un derecho absoluto<sup>19</sup>. Según los términos de la Constitución, la «inviolabilidad» de tal derecho significa que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, o sea, nadie podrá disponer de la vida de otros<sup>20</sup>. Pero ello no significa que se prohíba a las personas que decidan sobre la duración de la propia vida<sup>21</sup> y que no puedan elegir sus caminos en lo que concierne a la propia muerte.

Tampoco es correcto afirmar que el derecho fundamental a la vida es indisponible e irrenunciable<sup>22</sup>. Por otra parte, los derechos fundamentales no tienen como característica la irrenunciabilidad<sup>23</sup>. Como argumenta Jorge Reis Novais, «la renuncia es también una forma de ejercicio del derecho fundamental, considerando que, por un lado, la realización de un derecho fundamental incluye, en alguna medida, que de él se pueda disponer, incluso en el sentido de su limitación, desde que esta

<sup>17</sup> En este sentido, ver L.L. MÖLLER, *Direito à morte com dignidade e autonomia*, Curitiba, 2007, 144-145.

<sup>18</sup> En este sentido, ver R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2002, 186 y siguientes; y O. V. VIEIRA, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, São Paulo, 2006, 19 y siguientes.

<sup>19</sup> Roxana Cardoso Brasileiro Borges también argumenta que el derecho a la vida no es absoluto y, principalmente, no es un deber (R. C. B. BORGES, *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado*, in M.C.C.L. SANTOS, *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, São Paulo, 2001, 297).

<sup>20</sup> L. F. GOMES, *Sistemas penales comparados: tratamento jurídico penal de la eutanasia – Brasil*, *Revista Penal*, Barcelona, 16, jul. 2005, 176, recuerda que el derecho internacional vigente en Brasil proclama que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y debe ser protegido por ley, puesto que nadie podrá ser arbitrariamente privado de la vida (art. 6º, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de la Costa Rica).

<sup>21</sup> R. SZTAJN, *Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido*, São Paulo, 2002, 156.

<sup>22</sup> Sobre la confusión entre las nociones de «inviolabilidad» e «indisponibilidad» del derecho a la vida, ver M. SEGRE y G. GUZ, *Bioética e direito na terminalidade da vida*, *Bioética*, 13 (2), 2005, 124.

<sup>23</sup> En este sentido, ver V. A. SILVA, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, 2005, 61-65.

sea una expresión genuina del derecho de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad individual»<sup>24</sup>. Admitir lo contrario conduce al intérprete a transformar el derecho en un deber.

Con estas afirmaciones no pretendo menospreciar la importancia de los derechos fundamentales en la protección de los individuos. Sin embargo, como argumenta Ronald Dworkin<sup>25</sup>, los derechos fundamentales asumen la posición de triunfos contra el Estado, y no tendría sentido que los individuos tuvieran tales triunfos si no pudieran usarlos de acuerdo con su concepción de vida<sup>26</sup>.

Además, estaríamos delante de un paternalismo autoritario – que no se puede admitir en un Estado Democrático de Derecho – si imagináramos la posibilidad de que el Estado, basado en concepciones de moral colectiva, impidiera que el individuo pudiera disponer de sus derechos, obligándolo, por ejemplo, a «sufrir una muerte dolorosa y renunciar a su dignidad»<sup>27</sup>. En las palabras de Ronald Dworkin, «llevar a alguien a morir de una manera que otros aprueban, pero que para él representa una terrible contradicción de su propia vida, es una devastadora y odiosa forma de tiranía».<sup>28</sup>

Con eso, concluyo que la vida, prevista como un derecho por la Constitución brasileña, es pasible de disposición por el propio titular.

### 3. El derecho a la muerte digna y la eutanasia<sup>29</sup>

Es innegable que los avances de la medicina, en las últimas décadas, han traído muchos beneficios a la salud de las personas. Basta notar, alrededor del mundo, especialmente en las democracias estables del occidente, el significativo aumento de la expectativa de vida de la población. Sin embargo, junto a dichos beneficios, surgen importantes cuestionamientos sobre las obstinadas tentativas de prolongación del ciclo vital y la postergación del proceso de muerte<sup>30</sup>. Frente al progreso tecnológico y científico, la muerte se considera – en particular por una expresiva fracción de la clase médica – como un fracaso y algo a ser evitado a toda costa.

Aunque ello puede significar, en muchos casos, imponer daños a los derechos de los pacientes, que no deben ser vistos como objetos de las intervenciones médicas, sino como sujetos con autonomía,

<sup>24</sup> J. R. NOVAIS, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006, 235.

<sup>25</sup> R. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, 2002.

<sup>26</sup> Según Jorge Reis Novais, «de la propia dignidad de la persona humana y del principio de la autonomía e de autodeterminación individual – que integran y moldean de algún modo el cimiento de todos y de cada uno de los derechos fundamentales – deriva el poder del titular de disponer de esta posición de ventaja, inclusivamente en el sentido debilitarla, cuando de esa mengua, y en el cuadro de su libre conformación, espera retirar beneficios que de otra manera no obtendría» (J. R. NOVAIS, *op. cit.*, 235).

<sup>27</sup> M. H. SILVESTRONI, *Eutanasia y muerte piadosa: la relevancia del consentimiento de «la víctima» como exigente de la responsabilidad criminal*, in *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 5 (9), set. 1999, 573 y 564-565.

<sup>28</sup> R. DWORKIN, *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, São Paulo, 2003, 307.

<sup>29</sup> Para un análisis más minucioso sobre los temas desarrollados en este punto, ver R. DIAS, *op. cit.*, 137 y siguientes.

<sup>30</sup> La muerte, como advierte Márcio Palis Horta, no debe ser entendida como un momento o un evento, sino como un fenómeno progresivo, como un proceso (M. P. HORTA, *Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer*, *Bioética*, 7 (1), 1999, 29). El concepto de muerte como un proceso también puede verse en M.E. VILLAS-BÔAS, *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polémicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*, Rio de Janeiro, 2005, 18: «Se puede decir que el morir es una evolución gradual, a veces lenta, a veces súbdita, que se extiende en cadena a través de órganos y tejidos».

que tienen el derecho de participar en las decisiones sobre su salud y, en última instancia, sobre su vida y su muerte, sin imposiciones paternalistas o autoritarias de médicos u hospitales.<sup>31</sup> Adoptar una posición paternalista, y además, tratar del asunto en el ámbito del derecho penal tiende a empujar la práctica de la eutanasia hacia la clandestinidad, y así, dejar fuera de control potenciales abusos cometidos en nombre de la preservación de una vida o del ejercicio del derecho a una muerte digna. A pesar de obvio, me parece importante explicar que en este trabajo rechazo el vínculo de la expresión «eutanasia» con la idea de genocidio o eugenesia. Rechazo, con ello, toda tentativa de defensa del que ya se ha llamado «eutanasia colectiva»<sup>32</sup>. Estas nociones conducen a la distinción entre eutanasia voluntaria e involuntaria. Mientras que aquella se practica teniendo en cuenta los intereses fundamentales y la solicitud del destinatario, esta última – que no defiendo en este estudio – se practica contra la voluntad de la persona y se debe entender como un homicidio.

Y la eutanasia no se confunde con el homicidio, porque aquella se realiza para proteger la dignidad del enfermo, buscando disminuir los daños que éste sufre según sus propias convicciones. Ya el homicidio no tiene ni una ni otra característica, pues su práctica no se funda en una razón humanitaria, y con él no se busca disminuir cualquier daño, sino simplemente matar<sup>33</sup>.

Teniendo en cuenta las distinciones que se han hecho arriba y las reflexiones realizadas en el punto anterior, se puede notar que las nociones de autonomía y dignidad de la persona están intrínsecamente vinculadas al significado de la vida y de la muerte.

Con base en estas ideas, entiendo adecuado conceptualizar eutanasia como lo ha hecho Núñez Paz<sup>34</sup>, acrecentando apenas que la anticipación o la no postergación de la muerte debe ser un procedimiento médico que puede suceder tanto por pedido expreso, como por voluntad presumida de la persona, pero siempre en interés de ésta, considerando su noción de dignidad.

Así, entiendo la eutanasia como el comportamiento médico que anticipa o no posterga la muerte de una persona, por motivos humanitarios, mediante solicitud expresa o por voluntad presumida – pero siempre en atención a los intereses fundamentales – de aquel que sufre una enfermedad terminal<sup>35</sup> incurable, lesión o invalidez irreversible, que le cause sufrimientos insoportables, desde el punto de vista físico o moral<sup>36</sup>, considerando su propia noción de dignidad.

<sup>31</sup> El paternalismo, como asevera Isaiah Berlin – basado en los pensamientos de Kant –, es despótico, «no porque sea más opresivo del que la tiranía manifiesta, brutal», sino por ser un «insulto a mi concepción de mí mismo como ser humano» (I. BERLIN, *Dois conceitos de liberdade*, in *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*, São Paulo, 2002, p. 259). Sobre la noción de daño y la cuestión del paternalismo, ver también M. D. FARRELL, *La eutanasia y los principios morales*, in *Fascículos de Ciências Penais*, 4 (4), 1991, 76.

<sup>32</sup> R. SZTAJN, *op. cit.*, 133.

<sup>33</sup> A. CALSAMIGLIA, *op. cit.*, 158.

<sup>34</sup> M. A. NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad: problemática jurídica a la luz del Código Penal de 1995*, Madrid, 1999, 55.

<sup>35</sup> Se adopta aquí el concepto de paciente terminal formulado por Clóvis Francisco Constantino y Mario Roberto Hirschheimer: «se define al paciente terminal como el portador de una enfermedad en un estadio que evoluciona inexorablemente hacia el óbito, independiente de los esfuerzos empleados, que causa gran sufrimiento y no presenta posibilidades terapéuticas que puedan mejorar la calidad de vida, por más corta que sea». (C. F. CONSTANTINO y M. R. HIRSCHHEIMER, *Dilemas éticos no tratamento do paciente pediátrico terminal*, *Bioética*, 13 (2), 2005, 90-91).

<sup>36</sup> Como afirma Fernando Rey Martínez, «también la integridad moral del paciente (y en el sólo su integridad física) puede verse afectada en un contexto eutanásico. El sujeto debe poder adoptar libremente decisiones

Por fin, todavía en este punto es importante distinguir la eutanasia activa de la eutanasia pasiva, también conocida como ortotanasia<sup>37</sup>. Aunque las dos clases constituyan medios de abreviar la vida del paciente<sup>38</sup> que sufre una enfermedad terminal incurable, lesión o invalidez irreversible que le acarree graves e insoportables sufrimientos, proporcionándole una muerte digna — como han apuntado Nuñez Paz<sup>39</sup> y Claus Roxin<sup>40</sup> — la eutanasia activa se caracteriza por la adopción de conductas médicas comisivas tendientes a anticipar la muerte, mientras que la eutanasia pasiva ocurre cuando se omiten o suspenden los tratamientos médicos con miras a no postergarla muerte<sup>41</sup>. La eutanasia activa, a su vez, además de una práctica médica destinada a anticipar, directa e intencionalmente la muerte<sup>42</sup>, también se puede caracterizar como la aceleración de la «muerte como resultado indirecto de acciones médicas que objetivan el alivio del sufrimiento de un paciente terminal»<sup>43</sup>. En este último caso, conocido con eutanasia de doble efecto o indirecta, la muerte es, portanto, «una consecuencia accesoria de hacer soportable una vida próxima a su fin»<sup>44</sup>, o sea, no es el objetivo inmediato de la conducta médica, sino el resultado indirecto de suministrarse remedios que alivien el dolor y el sufrimiento del paciente.

Hechas estas diferenciaciones, resta saber cómo maneja el Consejo Federal de Medicinalos derechos de los pacientes al final de la vida.

#### 4. La ética médica y las normas del Consejo Federal de Medicina brasileño<sup>45</sup>

El Consejo Federal de Medicina, en Brasil, ha tenido la preocupación de disciplinar la actuación médica en la etapa final de la vida de los pacientes. Lo ha hecho de tal manera que pueda garantizar

---

sobre su salud corporal, incluso aunque, de modo indirecto o reflejo, acorten su vida o provoquen su muerte, en virtud de su derecho a la integridad física, pero también debe poder adoptar esas mismas decisiones por mor de su derecho a la integridad moral, que actúa como una barrera que impide que el sujeto se vea reducido, en un asunto tan crítico y fundamental como es el final de su vida, a mero objeto de una 'medicina de aparatos' o a simple espectador de una escena que, sin embargo, le debería tener como protagonista» (F. R. MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Madrid, 2008, 119).

<sup>37</sup> Hay quien distinga eutanasia pasiva de ortotanasia. Para Maria Elisa Villas-Bôas, la eutanasia pasiva ocurre cuando, para ponerle un término a los sufrimientos, se omiten o se suspenden las conductas que todavía eran indicadas y proporcionales y que podrían beneficiar al paciente. Ya la ortotanasia ella define como «conductas médicas restrictivas». En este último caso, el médico busca proporcionar «confort al paciente, sin interferir en el momento de la muerte, sin acortar el tempo natural de vida ni postergarlo indebida y artificialmente, para que la muerte llegue a la hora cierta, cuando el organismo efectivamente ha alcanzado un grado de deterioro irremediable» (M. E. VILLAS-BÔAS, *op. cit.*, 74-75 y 80-81. El trecho entre comillas consta en la p. 80).

<sup>38</sup> Para Rachel Sztajn, desde el punto de vista ético y moral, es irrelevante la distinción entre eutanasia activa y pasiva, «pues el resultado producido, sea cual sea su forma, es el mismo: anticipación de la muerte del ser humano» (R. SZTAJN, *op. cit.*, 135).

<sup>39</sup> M. A. NÚÑEZ PAZ, *op. cit.*, 55.

<sup>40</sup> C. ROXIN, *Estudos de direito penal*, Rio de Janeiro, 2006. 189.

<sup>41</sup> Para Günther Jakobs, hablarse de eutanasia pasiva es un eufemismo, «porque, por ejemplo, desconectar una máquina-corazón-pulmón de funcionamiento automático o de un respirador similar no requiere menos actividad que la inyección de un veneno» (G. JAKOBS, *op. cit.*, 37).

<sup>42</sup> Es el caso de la eutanasia activa directa.

<sup>43</sup> R. SZTAJN, *op. cit.*, 133.

<sup>44</sup> G. JAKOBS, *op. cit.*, 35.

<sup>45</sup> He desarrollado parte de estas reflexiones en el siguiente libro: R. DIAS, *op. cit.*, 174 y siguientes.

importantes derechos a los enfermos, definiendo, al mismo tiempo, la responsabilidad de los médicos cuando se ocupan de enfermos terminales.

Destaco, a continuación, tres temas que me parecen de relevancia para la preservación de los intereses de los pacientes terminales y que han sido regulados por el CFM en los últimos años: el derecho a la información; la negativa a someterse a tratamiento médico y las directivas anticipadas de los pacientes<sup>46</sup>.

#### 4.1. El derecho a la información y el consentimiento del paciente

Para decidir sobre la propia vida y sobre la propia muerte, el paciente debe ser amplia y objetivamente informado sobre los diagnósticos obtenidos, los tratamientos recomendados, los riesgos involucrados y los pronósticos esperados. Hace parte de la noción de ciudadanía y dignidad el derecho del paciente a ser informado sobre esas cuestiones relativas a su salud. Más que eso, la información es un presupuesto para que se ejerza el derecho general de libertad en lo que se refiere a la conducción de su propia vida, y en última instancia, de su propia muerte. Se trata de un requisito imprescindible para el ejercicio, con responsabilidad, del derecho constitucional a la autonomía.

El derecho a la información es, por eso, el presupuesto esencial para que el paciente pueda decidir qué rumbo tomar cuanto a su salud y, ulteriormente, a su vida y a su muerte. Sólo si está debidamente informado podrá, libremente, prestar su consentimiento o manifestar su negativa respecto a los procedimientos médicos sugeridos, teniendo en vista su propia dignidad<sup>47</sup>. Adecuadamente informado, el paciente podrá ejercer su derecho a la autonomía.

En Brasil, el Código de Ética Médica<sup>48</sup> impone al profesional de salud el deber de prestar toda la información al enfermo para que este pueda decidir libremente sobre sí y su bienestar, o sea, para que éste tenga el derecho de consentir o rechazarlos procedimientos propuestos:

Se prohíbe al médico:

Art. 22 – Dejar de obtener el consentimiento del paciente o de su representante legal después de aclararle el procedimiento a realizar, excepto en caso de riesgo inminente de muerte.

Art. 24 – Dejar de garantizar al paciente el ejercicio del derecho de decidir libremente sobre su persona o su bienestar, así como ejercer su autoridad para limitarlo.

<sup>46</sup> Con ello no estoy afirmando que estos tres temas tengan que ver única y exclusivamente con los pacientes terminales.

<sup>47</sup> Para un análisis histórico sobre el consentimiento informado, ver A. G. D. PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*, Coimbra, 2004, 57-60. La expresión «consentimiento informado» es criticada por Roxana Cardoso Brasileiro Borges, quien defiende el uso de términos como «solicitud de tratamiento» o «decisión de interrupción del tratamiento», en la medida en que el «antiguo paciente, que era casi reducido a una posición de objeto en el tratamiento, que vivía en una situación de sometido, de enajenado del proceso, pasa a participar en la decisión de someterse o no al tratamiento y de continuar o no con el tratamiento» (R. C. B. BORGES, *op. cit.*, 296-297).

<sup>48</sup> Resolución CFM nº 1931, de 17 de septiembre de 2009, vigente a partir del 14 de abril de 2010. Para el texto completo de la Resolución, consultar la siguiente página de la *internet*: [http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao\\_impressao.php?id=8822](http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=8822) (último acceso 06/09/2015).

Art. 31 – No respetar el derecho del paciente o de su representante legal de decidir libremente sobre la ejecución de prácticas diagnósticas o terapéuticas, excepto en caso de inminente peligro de muerte.

Art. 34 – Dejar de informar al paciente el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos y objetivos del tratamiento, excepto cuando la comunicación directa le pueda provocar daño, en cuyo caso deberá hacerla a su representante legal.

Como se nota, el Código analizado obliga al médico a prestar toda la información al paciente acerca del diagnóstico, del pronóstico, de los riesgos y objetivos del tratamiento, estableciendo tan sólo dos excepciones: cuando la información pueda causarle daño y en el caso de inminente riesgo de muerte. La expresión «inminente riesgo de muerte» debe ser interpretada como caso de urgencia o emergencia, en que no hubo tiempo hábil y, por tanto, no ha sido posible prestarle al paciente la información y obtener su consentimiento o su negativa al tratamiento. No entender de esta forma significa contrariar una de las premisas que ya se han asentado en este artículo, o sea, que la vida es pasible de disposición por el propio titular del derecho, quien, tras ser debidamente informado por el médico, decide sobre su salud, su vida y su muerte.

Además de ello, impedir que el paciente ejerza su autonomía, y con base en el art. 31 del Código de Ética Médica, autorizar que el profesional de salud imponga un tratamiento contra la voluntad del enfermo, bajo la alegación de que está actuando de acuerdo con el principio bioético de la beneficencia, es un equívoco, pues la beneficencia debe tener en cuenta el interés manifestado de forma autónoma por el paciente y no se puede imponer en función de la noción de beneficio que tiene el médico acerca de la situación.

Cuanto a la autorización dada al médico de no prestar información al paciente en el caso en que la comunicación le pueda causar daños, se debe observar el hecho de que ésta jamás podrá ser invocada «por el temor de que el tratamiento propuesto sea rechazado si el paciente tuviera conocimiento total de los hechos»<sup>49</sup>, porque si fuera así, el médico estaría infringiendo el art. 24 del Código de Ética, que le impide ejercer su autoridad de manera que pueda limitar el derecho del paciente a decidir libremente sobre su persona o su bienestar. Más aún, estaría violando un derecho constitucional del paciente, que es el de ser informado, y, frente a la información recibida, decidir con autonomía acerca del camino a seguir respecto a su salud, a su vida y a su muerte.

Además, el privilegio terapéutico del médico jamás debe servir de justificativa para evitarle al paciente noticias desagradables, basado en un paternalismo injustificado<sup>50</sup>. La ocultación de la verdad únicamente se admite cuando la adecuada información al paciente pudiera, objetivamente, causarle más daños que beneficios<sup>51</sup>. De todas maneras, aun así no se puede privar a la persona responsable del enfermo de la información médica sobre los diagnósticos y pronósticos, ni sobre los tratamientos y riesgos involucrados en los procedimientos relativos a la salud del enfermo.

La información debe suministrarse de forma clara y precisa, y el médico debe certificarse de que ha sido entendida por el paciente. No es suficiente firmar un escrito con numerosas disposiciones

<sup>49</sup> R. SZTAJN, *op. cit.*, 31.

<sup>50</sup> R. SZTAJN, *ob. cit.*, 34-35.

<sup>51</sup> Sobre esta cuestión, ver M. H. DINIZ, *op. cit.*, 417.

ininteligibles para un lego. Y el consentimiento debe ser libre y voluntario, o sea, la anuencia no se puede manipular ni contener vicios, como por ejemplo la simulación, el fraude, el error, el dolo o la coacción.

Por fin, es importante mencionar que la autonomía del paciente lo autoriza también a renunciar a ser informado tanto sobre el diagnóstico y el pronóstico, como sobre los tratamientos y los riesgos a que está o estará sujeto en el tratamiento de su enfermedad.<sup>52</sup> En otras palabras, el paciente no sólo tiene el derecho a ser informado, sino que, si así lo quiere, tiene también el derecho a no saber lo que sucede con relación a su estado de salud y a los cuidados que le serán dedicados.

#### 4.2. La negativa a someterse al tratamiento médico

Con base en el derecho a la autonomía, así como en la dignidad de la persona humana y en la disponibilidad de la propia vida, el paciente puede negarse a un tratamiento médico, siempre que haya sido debidamente informado por el profesional de salud sobre las consecuencias derivadas de su acto.

La persona no está obligada a someterse a un tratamiento médico si entiende que el procedimiento, además de violar su dignidad, asola su cuerpo, devasta su honra o denigra la imagen que ella tiene de sí. Recibir un tratamiento puede ser más degradante que la muerte, mostrándose incompatible con su historia de vida, con sus convicciones y con sus intereses fundamentales. Someterse a un tratamiento puede acarrear más daños que no someterse, según la concepción del propio paciente. Y ello debe ser observado y respetado por los médicos.

Sobre este tema, el Consejo Federal de Medicina, el día 28 de noviembre de 2006, publicó la Resolución nº 1805<sup>53</sup>. Después de hacer mención a las disposiciones constitucionales que tratan sobre la dignidad de la persona humana (art. 1º, inciso III) y de la prohibición de someter a cualquier persona a tortura o a tratamiento deshumano o degradante (art. 5º, inciso III), tal norma permite que el médico limite o suspenda procedimientos y tratamientos que prolonguen la vida del enfermo en fase terminal de enfermedad grave e incurable, «respetada la voluntad de la persona o de su representante legal» (art. 1º)<sup>54</sup>.

La misma Resolución obliga al médico a informar «al enfermo o a su representante legal las modalidades terapéuticas adecuadas para cada situación», asegurando al paciente «su derecho a solicitar una segunda opinión médica» (art. 1º, §§ 1º y 3º)<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> M. C. C. L. SANTOS, *O equilíbrio do pêndulo: bioética e a lei, implicações médico-legais*, São Paulo, 1988, 99.

<sup>53</sup> El texto completo de la Resolución 1805/2006, del Consejo Federal de Medicina, está en la siguiente página de la internet: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm) (último acceso 09/09/2015).

<sup>54</sup> Esta Resolución se suspendió en 2007, a solicitud del Ministerio Público Federal, por decisión preliminar del juez Roberto Luis Luchi Demo, en los autos de la Acción Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, de la 14ª Vara Federal de la Sección Judicial del Distrito Federal. Sin embargo, el 6 de diciembre de 2010, después del cambio de opinión del Ministerio Público Federal, se publicó la sentencia que revocó la anticipación de tutela anteriormente concedida y juzgó improcedente el pedido formulado, preservando la Resolución nº 1805/2006, del Consejo Federal de Medicina.

<sup>55</sup> El Código de Ética Médica contiene previsiones similares al impedir que el médico se oponga «a la realización de junta médica o segunda opinión solicitada por el paciente o por su representante legal» (art. 39). Además, el

Y finalmente, la normatización del Consejo Federal de Medicina garantiza al paciente el derecho de seguir «recibiendo todos los cuidados necesarios para aliviar los síntomas que llevan al sufrimiento, asegurada la asistencia integral, el confort físico, psíquico, social y espiritual, asegurándose inclusive el derecho al alta hospitalaria»<sup>56</sup>.

Se trata, a mi juicio, de evidente regulación sobre la práctica de la eutanasia pasiva que, además de reconocer el fundamento de tal derecho en las disposiciones constitucionales que menciona, busca asegurar al médico que, en las hipótesis en que actúe de acuerdo con la Resolución, el mismo no sufrirá sanciones ético-disciplinarias. Es, también, una norma que garantiza al paciente su derecho a recibir los cuidados paliativos al poder decidir por la limitación o suspensión de un tratamiento que resultará en la anticipación de su muerte, preservando, así, sus derechos fundamentales.

#### 4.3. Las directivas anticipadas de voluntad de los pacientes: el testamento vital

Admitida la disposición de la vida por el propio titular y el derecho del paciente a rechazar los tratamientos médicos sugeridos, no hay motivo para impedir que la persona capaz, anticipadamente, manifieste su voluntad con respecto a los procedimientos médicos que admitirá o no aceptará cuando, por cualquier causa, se vuelva inhábil para expresar su deseo sobre las intervenciones médicas que afecten su salud, su cuerpo, su vida y su muerte<sup>57</sup>. El documento con esas características se conoce, entre los norteamericanos, como *living will*, y se puede traducir como «testamento vital» o «directivas anticipadas de voluntad de los pacientes», como lo prefiere el Consejo Federal de Medicina brasileño.

Ese documento, generalmente, se compone de dos partes: una que trata de la obstinación terapéutica y de la eutanasia pasiva, o sea, que disponga sobre la prohibición de iniciar o el deber de interrumpir procedimientos médicos que tan sólo sirvan para mantener a la persona viva artificialmente; y otra parte en que la persona solicita «el uso de los medios más apropiados para evitar el dolor, aunque ello propicie una aceleración de la muerte (eutanasia indirecta)»<sup>58</sup>.

---

médico está obligado a «obtener consentimiento del paciente o de su representante legal después de aclararle el procedimiento a realizar, excepto en caso de riesgo inminente de muerte» (art. 22).

<sup>56</sup> El art. 41, párrafo único, del Código de Ética Médica también establece que en los «casos de enfermedad incurable y terminal, debe el médico ofrecer todos los cuidados paliativos disponibles sin emprender acciones diagnósticas o terapéuticas inútiles u obstinadas, teniendo siempre en cuenta la voluntad expresa del paciente o, en su imposibilidad, la de su representante legal».

<sup>57</sup> Esta noción parte del concepto de testamento vital suministrado por Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quien éste consiste en la «exposición de la voluntad de la persona, emitida cuando ella está en condiciones de afirmarla, para situaciones futuras, en las cuales la misma no pueda expresar cómo desea que se proceda en caso de sobrevenir una situación en que se vuelva inhábil para decidir sobre su vida, sobre su cuerpo, sobre su muerte» (C. L. A. ROCHA, *Vida digna: direito ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos)*. In C. L. A. ROCHA (ed.), *O direito à vida digna*, Belo Horizonte, 2004, 170).

<sup>58</sup> J. T. BETANCOR, *El testamento vital*, in *Eguzkilore – Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 9, dez. 1995, 105. Como explica André Gonçalo Dias Pereira, en «EUA estos documentos cuentan con estatuto legal y conceden inmunidad civil y criminal a los profesionales de salud que respeten el testamento de vida» (A.G.D. PEREIRA, *op. cit.*, 242). Para la historia del «testamento vital» y la adopción de este tipo de documento en el derecho comparado, como en Australia, en Canadá, en Inglaterra, en España, en Francia, en Finlandia y en Dinamarca, ver: M. Á. NÚÑEZ PAZ, *op. cit.*, 170-171.

El «testamento vital» tiene gran utilidad para preservar la autonomía y la dignidad de la persona en el momento en que ella no pueda expresar su voluntad acerca de los procedimientos médicos sugeridos en la situación en que se encuentra o sobre la prolongación de su vida en esas circunstancias. Además de ser un medio seguro de garantizar el respeto a la voluntad de la persona al final de su vida,<sup>59</sup> se trata de un documento que protege al profesional de salud de posibles reclamaciones acerca de su actuación<sup>60</sup>. Según relata Juana Teresa Betancor, la preservación de tales derechos de los pacientes y la garantía de la actuación del médico contra potenciales tentativas de responsabilizarlo civil y criminalmente<sup>61</sup> sucederán, con frecuencia, cuando la persona sea acometida por una enfermedad incurable o terminal, esté en coma, en estado vegetativo persistente o, incluso, en caso de accidente<sup>62</sup>.

En Brasil, el Consejo Federal de Medicina, con la edición de la Resolución CFM 1995/2012, ha reconocido la necesidad de reglamentar las directivas anticipadas de voluntad del paciente. Ha reconocido, asimismo, la «relevancia de la cuestión de la autonomía del paciente en el contexto de la relación médico-paciente» y su relación «con las directivas anticipadas de voluntad». Por fin, explica que «los nuevos recursos tecnológicos permiten la adopción de medidas desproporcionales que prolongan el sufrimiento del paciente en estado terminal, sin traer beneficios, y que esas medidas pueden haber sido anticipadamente rechazadas» por el enfermo.

Con ello, el Consejo Federal de Medicina ha definido «directivas anticipadas de voluntad como el conjunto de deseos, previa y expresamente manifestados por el paciente, sobre cuidados y tratamientos que quiere, o no, recibir en el momento en que esté incapacitado de expresar, libre y autónomamente, su voluntad» (art. 1º). Tal definición – en razón de la amplitud de su redacción – permite entender que ella no difiere mucho de aquella que había mencionado arriba. Por tanto, con base en la Resolución de la CFM, a mi juicio, es posible entender que, en Brasil, por medio del testamento vital se admite que el paciente prohíba la obstinación terapéutica, impida o solicite la interrupción de procedimientos médicos (eutanasia pasiva), así como solicite los medios para evitar el dolor, aunque propicie la anticipación de su muerte (eutanasia activa indirecta).

La misma Resolución, además de imponer que el médico tenga en consideración las directivas anticipadas de voluntad manifestadas por el paciente (art. 2º) – que prevalecerán «sobre cualquier otro parecer no médico, inclusive sobre los deseos de los familiares» – permite que el enfermo designe un representante para expresarlas. A pesar de no usar ese termo, se trata de una posibilidad clara de nombramiento de un apoderado de salud.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> A. G. D. PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*, 249.

<sup>60</sup> J. T. BETANCOR, *op. cit.*, 104-105.

<sup>61</sup> Como indicaré abajo, no ha sido éste el entendimiento expuesto en la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Federal de la 1ª Vara de Goiás, al juzgar la Acción Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500.

<sup>62</sup> Estas situaciones son mencionadas por J. T. BETANCOR, *op. cit.*, 100.

<sup>63</sup> Antes de la edición de la Resolución CFM 1995/2012, ya me había manifestado sobre la posibilidad de «nombramiento de un apoderado de salud en Brasil. Ello porque, en este caso, no es el mandatario que está disponiendo de la vida del mandante, puesto que el apoderado, en verdad, únicamente expondrá al equipo médico cuáles sean los deseos del paciente que lo ha designado, explicando los procedimientos a adoptar y los caminos que el enfermo no pretende recorrer para la preservación de su vida. Se trata, por tanto, de exigir el respeto a la dignidad y a la autonomía del enfermo, por medio de una persona que él haya indicado, cuando el

El médico también deberá «registrar, en la ficha, las directivas anticipadas de voluntad que les sean comunicadas directamente por el paciente» y solamente dejará de seguirlas si «estuvieran en desacuerdo con los preceptos dictados por el Código de Ética Médica».

Es oportuno recordar que el Código de Ética Médica, en su art. 41, repele la eutanasia activa directa al impedir que el médico abrevie «la vida del paciente, aunque sea a pedido de éste o de su representante legal»<sup>64</sup>. Pero también prohíbe al médico: «practicar o indicar actos médicos innecesarios» (art. 14); efectuar cualquier procedimiento médico sin el consentimiento previo del paciente (art. 22); no garantizar o limitar el ejercicio del derecho del paciente «de decidir libremente sobre su persona o su bienestar» (art. 24); ser connivente, suministrar medios o practicar la tortura o procedimiento degradantes, deshumanos o crueles (art. 25); y «no respetar el derecho del paciente o de su representante legal a decidir libremente sobre la ejecución de prácticas diagnósticas o terapéuticas» (art. 31).

Por estas razones, entiendo que el médico no puede sufrir sanción ético-disciplinar si, respetando las orientaciones del paciente, adoptara conductas que se caracterizan como prácticas de eutanasia pasiva o de eutanasia activa indirecta. Pero estaría prohibido por el Código de Ética Médica de practicar la eutanasia activa directa.

Finalmente, si no se «conocieran las directivas anticipadas de voluntad del paciente y no hubiera representante designado o familiares disponibles – o, incluso, si no hubiera consenso entre éstos –, «el médico recorrerá al Comité de Bioética de la institución, caso exista, o, en su defecto, a la Comisión de Ética Médica del hospital o al Consejo Regional y Federal de Medicina para fundamentar su decisión sobre conflictos éticos, cuando entienda esta medida necesaria y conveniente».

Esta Resolución fue cuestionada judicialmente por el Ministerio Público Federal en 2013 y la Justicia Federal del Estado de Goiás entendió que ella no violaba la Constitución<sup>65</sup>, pues sería «compatible con la autonomía de la voluntad, el principio de la dignidad humana, y la prohibición de la sumisión de quien sea a tratamiento deshumano y degradante». A pesar de reconocer que el tema merecería ser tratado por el legislador, el vacío legislativo no impediría al Consejo Federal de Medicina reglamentar «la conducta médica frente a la situación fáctica del paciente que expresa voluntad cuanto a los cuidados y tratamientos médicos que desea recibir o no, en el supuesto de que se encuentre sin posibilidad de expresar su voluntad». Al final, según el juez, la Resolución «tiene efecto apenas en la relación ético-disciplinar existente entre los Consejos de Medicina y los médicos, pero

---

propio enfermo no pueda hacerlo por sí mismo. De todas maneras, en este caso no se debe admitir la substitución del poder y siempre será posible revocar el mandato sin formalidad alguna» (R. DIAS, *op. cit.*, 196).

<sup>64</sup> C. F. CONSTANTINO y M. R. HIRSCHHEIMER, *op. cit.*, 88: «Mientras la eutanasia activa es abominada (Código de Ética Médica, art. 66), dejar morir al paciente suspendiendo o no indicando medidas de soporte avanzado de vida puede ser visto, en situaciones específicas, como acción en el interés del mismo».

<sup>65</sup> Se trata de la Acción Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500, cuya sentencia de primera instancia fue dictada el día 27/02/2014. Para consultar la sentencia, ver la siguiente página de la *internet*: [http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=b6f4eda9665ccfeb41d4822a3f55a09e&trf1\\_captcha=tcxw&enviar=Pesquisar&proc=10398620134013500&secao=GO](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=b6f4eda9665ccfeb41d4822a3f55a09e&trf1_captcha=tcxw&enviar=Pesquisar&proc=10398620134013500&secao=GO) (último acceso 09/09/2015). El proceso está pendiente de juzgamiento en el Tribunal Regional Federal de la 1ª Región. Para acompañar la tramitación del recurso en segunda instancia, ver: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00010398620134013500&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar> (último acceso 09/09/2015).

no tiene el don de crear derechos u obligaciones, sobre todo en las esferas civil y penal»<sup>66</sup>. De manera que, siempre que los médicos respeten las previsiones de la Resolución, no les serán impuestas sanciones ético-disciplinarias.

Cabe señalar también que, a pesar de no existir previsión legislativa expresa sobre el «testamento vital» en Brasil – sino tan sólo una reglamentación del Consejo Federal de Medicina –, no hay motivo para rechazar su validez jurídica. Según el art. 107 del Código Civil, la «validez de la declaración de voluntad no dependerá de una forma especial, sino cuando lo exija la ley expresamente». Y el art. 104 del mismo Código, a su vez, prevé que la validez del negocio jurídico requiere tres requisitos: agente capaz; objeto lícito, posible, determinado o determinable; y forma prescrita o no prohibida por la ley. Así, a priori se debe considerar válido el «testamento vital» que respete dichas exigencias. Por esta razón, teniendo el paciente capacidad civil, él mismo podrá hacer la declaración de voluntad y negarse, en el ejercicio de su autonomía, a un tratamiento o a ciertos cuidados, además de exigir el uso de los medios más eficaces para evitar el dolor, aunque ello pueda llevar a una aceleración de la muerte. Como he argumentado arriba, entiendo que el ordenamiento jurídico brasileño admite dichas conductas y deben ser adoptadas por los médicos, siempre que sea para preservar los derechos fundamentales del paciente, conforme a su manifestación libre de voluntad.

Por fin, la Resolución del CFM no contempla una forma especial para la manifestación de la voluntad del paciente, sino que apenas exige que el médico proceda al registro de la declaración en la ficha del enfermo. Por consiguiente, las directivas anticipadas de voluntad pueden ser exteriorizadas por el paciente en forma escrita, verbal, grabada en video, etc. Y también pueden ser revisadas o revocadas por el declarante sin formalidades. Basta que en el momento de la nueva declaración el paciente tenga capacidad civil y su voluntad sea registrada en la ficha médica.

## 5. La eutanasia en el proyecto de Código Penal brasileño

En Brasil rige, con amplias modificaciones, el Código Penal de 1940. El art. 121 – que no ha sufrido modificaciones desde entonces –, conmina pena de reclusión de 6 a 20 años para el delito de homicidio, y a pesar de no mencionar explícitamente el término «eutanasia», el § 1º del mismo precepto legal establece que si el agente<sup>67</sup> comete el delito impulsado por motivo de relevante valor social o moral, el juez podrá disminuir la pena de un sexto a un tercio.

Para Raquel Elias Ferreira Dodge, el mencionado precepto legal prevé el delito de eutanasia, pues no se excluiría la ilicitud de la conducta descrita en el referido artículo aun cuando practicada por el profesional de la salud, por motivo piadoso y con el consentimiento del paciente. Así, ella entiende que aquel que lleva a efecto la eutanasia incurre en el delito de homicidio. Pero, en virtud de haberse practicado el acto por motivo piadoso, puede darse reducción de la pena. La justificativa de la autora para tal entendimiento es que la aludida práctica piadosa ha sido caracterizada por la Exposición de Motivos del Código Penal de 1940 de la siguiente forma: «por *motivo de relevante valor social o*

<sup>66</sup> A pesar de que el Consejo Federal de Medicina, realmente no es competente para crear derechos y obligaciones en las esferas civil y penal, las directivas anticipadas de voluntad del paciente – en función de que pueden ser válidamente producidas, como definiendo en este artículo – pueden generar efectos en los campos civil y penal.

<sup>67</sup> Es importante notar que la ley penal no menciona que el agente, en este caso, sea un médico.

*moral*, el proyecto entiende significar el motivo que, en sí mismo, es aprobado por la moral práctica como, por ejemplo, la compasión ante el irremediable sufrimiento de la víctima (caso del homicidio eutanásico)<sup>68</sup>.

Sin embargo, como ya he tenido oportunidad de afirmar<sup>69</sup>, «el objeto de la interpretación no es la *mens legislatoris*, sino la *mens legis*. Es preciso buscar aquello que en la ley aparece objetivamente querido y no aquello que quiso el legislador. Sin apegarse a la voluntad del legislador, sino teniendo en cuenta las circunstancias que han hecho nacer la ley, así como aquello que objetivamente quiere la norma, el intérprete debe atenerse a las nuevas realidades para viabilizar una interpretación del texto normativo, con fundamento en los comandos constitucionales». Basado en ello, defiendo que el art. 121 del Código Penal debe ser interpretado conforme a la Constitución para admitir la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta<sup>70</sup>.

Actualmente, tramita en el Senado Federal el proyecto de ley del nuevo Código Penal,<sup>71</sup> en cuyo art. 122 se define el delito de eutanasia:

#### Eutanasia

Art. 122. Matar, por piedad o compasión, paciente en estado terminal, imputable y mayor, a pedido de éste, para abreviarle sufrimiento físico insoportable causado por 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 estrechos lazos de afecto del agente con la víctima.

#### Exclusión de ilicitud

§ 2º – No hay delito cuando el agente deja de usar medios artificiales para mantener la vida del paciente en caso de enfermedad grave irreversible, y desde que dicha circunstancia haya sido previamente testimoniada por dos médicos y haya consentimiento del paciente, o, en su imposibilidad, de ascendiente, descendiente, cónyuge, compañero o hermano.

Como se nota, el art. 122 del proyecto prevé que cualquier persona – y no sólo el médico – que mate un paciente en estado terminal, por piedad o compasión, para abreviarle el sufrimiento físico

<sup>68</sup> R. E. F. DODGE, *Eutanásia – Aspectos Jurídicos, Bioética*, 7 (1), 1999, 118. Para Miguel Angel Núñez PAZ, Brasil se encajaría en el grupo de países que establecen reducción de la pena de homicidio si fuera cometido por motivo humanitario (M. Á. NÚÑEZ PAZ, *op. cit.*, 229-230).

<sup>69</sup> R. DIAS, *op. cit.*, 211.

<sup>70</sup> R. DIAS, *op. cit.*, 216-7: «Si la vida es un derecho disponible por el propio titular, éste puede libremente decidir, con base en su concepción de dignidad, acerca de la continuidad o interrupción de un tratamiento médico, sin que ello implique la responsabilización del médico. En otras palabras, la autonomía y la dignidad del paciente tienen fundamental relevancia en la caracterización del delito de homicidio piadoso, y esta conducta no se revelará como un ilícito penal en la hipótesis en que el cese del tratamiento suceda por motivos humanitarios y por voluntad del paciente, mediante la actuación médica. Pero las referidas disposiciones legales continuarán a incidir cuando estos presupuestos no estén presentes. Si el médico tiene en cuenta la voluntad y los intereses del paciente, con base en la noción de dignidad del enfermo, el delito no se configurará en virtud de la “prevalencia normativo-vertical” de las disposiciones constitucionales relativas al tema, y siempre que no se practique la eutanasia activa directa».

<sup>71</sup> Se trata del PLS (Proyecto de Ley del Senado) nº 236/2012: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404> (último acceso 12/09/2015).

causado por enfermedad grave, aunque lo sea a requerimiento del enfermo, comete el delito de eutanasia y puede ser punido con prisión de dos a cuatro años. A pesar de conminar pena mucho menor que la prevista para el caso de homicidio,<sup>72</sup> el proyecto no excluye el delito, incluso en el caso de haberse practicado la muerte en obediencia a la voluntad y a la autonomía del paciente en estado terminal. Sin embargo, el juez podrá dejar de aplicar la pena al evaluar las circunstancias del caso y «la relación de parentesco o estrechos lazos de afecto del agente con la víctima».

Además, al restringir la eutanasia a las hipótesis en que el paciente está en estado terminal y experimentando sufrimiento físico insoportable causado por enfermedad grave, el proyecto no caracteriza tal el delito – trasladando la conducta, por tanto, al delito de homicidio, punido de manera mucho más severa – si la muerte fuera causada para cesar los sufrimientos morales del paciente, y también de aquellos derivados de lesión o invalidez irreversible. Así, la definición muy limitada de eutanasia adoptada por el proyecto de ley – con la cual no estoy de acuerdo – tiende a ampliar las hipótesis de incidencia del delito de homicidio, cuya pena conminada es más grave.

Ello no obstante, con la previsión del § 2º del art. 122, el proyecto avanza – aunque tímidamente – en la defensa de los derechos fundamentales del paciente al excluir la ilicitud de la conducta en caso de interrupción de la obstinación terapéutica y de la aceptación de la eutanasia pasiva, o sea, «cuando el agente deja de hacer uso de medios artificiales para mantener la vida del paciente en caso de enfermedad grave e irreversible». Pero, nuevamente, el proyecto es muy restrictivo cuando, al definir la eutanasia pasiva, menciona la expresión «medios artificiales» para caracterizarla. Sería más adecuado que el proyecto indicara la inexistencia del delito si se omitieran o suspendieran los tratamientos médicos – no sólo los medios artificiales para mantener la vida del enfermo – con miras a no postergar la muerte del paciente, teniendo en cuenta los intereses fundamentales y la propia noción de dignidad del enfermo.

Por fin, el proyecto también se revela tímido en la defensa de los derechos fundamentales de los pacientes al no admitir – al menos de forma explícita – la eutanasia activa indirecta, a saber, aquella práctica que acelera el proceso de muerte como consecuencia indirecta de los procedimientos médicos destinados a aliviar el sufrimiento del paciente terminal.

## 5. Consideraciones finales

Como se ha visto, el Consejo Federal de Medicina, en Brasil, ha dado importantes pasos hacia la defensa de los derechos fundamentales de los pacientes terminales al dictar normas que protegen sus intereses fundamentales.

Ello ha sucedido no sólo cuando el CFM exige que los médicos presten la información necesaria para que los pacientes adopten, de forma libre y consciente, importantes decisiones sobre su salud, su cuerpo, su vida y su muerte, aceptando o rechazando procedimientos médicos. La autonomía también ha sido una preocupación del Consejo que, pionero en Brasil, ha disciplinado las directivas

---

<sup>72</sup> Actualmente, el Código Penal conmina pena de 6 a 20 años de reclusión, que podrá ser reducida de un sexto a un tercio si «el agente comete el crimen impelido por motivo de relevante valor social o moral, o bajo el dominio de violenta emoción, luego enseguida de injusta provocación de la víctima». El PLS 236/2012 contiene la misma previsión.

anticipadas de voluntad y autorizado a los médicos a limitar o suspender procedimientos y tratamientos que prolonguen la vida de pacientes en fase terminal de enfermedades graves e incurables, siempre que sea respetada la voluntad del enfermo o de su representante legal.

En el campo legislativo, también hay perspectivas de que los derechos fundamentales de los pacientes reciban – aunque sea tímidamente – mejor protección que la existe actualmente. Y ello porque el proyecto de Código Penal, en tramitación en el Senado Federal, apesar de adoptar definiciones muy restrictivas de eutanasia, excluye la caracterización de delito en el caso de la interrupción de la obstinación terapéutica y de la práctica de la eutanasia pasiva.

A pesar de los avances, especialmente en el campo de la ética médica, todavía hay un largo camino por recorrer en la defensa de los derechos fundamentales de los pacientes terminales, especialmente en el campo del derecho penal y en la superación del recelo de admitir la eutanasia activa indirecta.

La Constitución brasileña, al elevar la dignidad, la vida y la libertad al más alto escalón jerárquico del ordenamiento jurídico, permite que los pacientes terminales – titulares de todos estos derechos – puedan, con toda autonomía, con base en su concepción de dignidad, decidir sobre la intención de continuar a vivir y la forma como pretenden morir. Respetar tales derechos es una manera de rechazar el paternalismo tiránico, incompatible con el Estado Democrático de Derecho inaugurado con la Constitución brasileña de 1988.