



OMISIÓN Y SUSPENSIÓN DE CUIDADOS VITALES: ¿MATAR O DEJAR MORIR? UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS CRITERIOS MORALES Y JURÍDICOS DE TIPIFICACIÓN DE LA ACCIÓN

OMISSION AND WITHDRAWAL OF VITAL CARE. ¿KILLING OR LETTING
DIE? AN APPROACH FROM THE MORAL AND LEGAL CRITERIA OF
ACTION TIPIFICATION

PILAR ZAMBRANO¹

Conicet-Universidad Austral / Universidad de Navarra

Av. Mariano Acosta s/n., Derqui, Prov. de Buenos Aires, Argentina

Dirección de Correo electrónico: pzambrano@ius.austral.edu.ar

RESUMEN:

Palabras clave:

omisión, suspensión,
acción, tipificación,
matar.

Recibido: 28/06/2015

Aceptado: 29/12/2015

Este trabajo se propone identificar los criterios para distinguir conceptualmente cuándo y por qué la omisión o suspensión de cuidados vitales (OCV) constituye un modo de “matar” –o un modo de suicidio–; y cuáles son las condiciones de razonabilidad de la injerencia pública en la decisión de OCV. Sobre la base de una teoría de la acción inspirada en los aportes de John Finnis, Martin Rhonheimer y Elisabeth Anscombe, se arguye que los criterios morales de tipificación e individuación de la acción de OCV son análogos pero no idénticos a los respectivos criterios jurídicos. Asumiendo esta distinción, se propone un triple “test” de razonabilidad para la injerencia pública sobre la decisión de omitir o suspender cuidados vitales.

ABSTRACT:

Keywords:

omission,
withdrawal, action,
typification, killing.

This work aims at two objectives. Firstly, at identifying the basic criterions that underlie the conceptual distinction between letting die, on the one hand, and killing by omitting or withdrawing vital care (VCO), on the other. Secondly, at identifying the reasonableness conditions of public interference on the decision either to reject or to withdraw vital care. Based upon a theory of action inspired in the works of John Finnis, Martin Rhonheimer and Elisabeth Anscombe, it is argued that the moral criteria of typification and individuation of VCO is analogous but not identical to the corresponding legal criteria. Assuming this distinction, I suggest a three steps reasonableness test for public interference on the decision to omit or withdraw vital care.

¹ Agradezco a José Antonio Seoane, Verónica Rodríguez Blanco y Juan Bautista Etcheverry, por sus valiosísimas observaciones a una versión preliminar de este trabajo, que fueron incorporadas a la versión corregida que ahora se publica. Este artículo es uno de los resultados del proyecto de investigación “El discurso de los bio-derechos. Bases filosóficas y jurídicas para su fundamentación, caracterización y aplicación” (DER2014-52811-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

1. Introducción

El debate en torno a la existencia de un derecho humano y/o fundamental a disponer de la propia vida no es meramente un debate sobre la justicia o injusticia de un conjunto de normas jurídicas. Como el debate en torno al aborto, es una discusión radical acerca del significado y la extensión del concepto de persona, y con ello, un debate acerca de los fundamentos sobre el cual se yergue la cultura política occidental².

La división más obvia y visible en este debate radical sobre el concepto de persona, ubica de un lado a quienes entienden que el valor de la persona radica en su capacidad de auto-normarse y auto-valorarse; y quienes entienden que toda vida humana posee un valor intrínseco y absoluto, que trasciende incluso la propia voluntad de vivir o morir. Esta división implica otras divisiones menos visibles y notorias, pero igualmente fundamentales, como la división entre quienes entienden que todos los conceptos morales y políticos –incluido el de persona– se construyen socialmente; y quienes entienden que los conceptos morales y políticos tienen algún sustrato real, que trasciende la voluntad social³.

Sobre esta disyuntiva radical, cada una de las posiciones se ramifica en discusiones más precisas y algo más técnicas, como las que conciernen a la validez de los denominados “testamentos vitales”; a los modos y los criterios legítimos para tomar decisiones subrogadas; o a las situaciones y condiciones en que conviene o no despenalizar la asistencia al suicidio⁴.

Quienes en el debate de fondo asumen la posición de que toda vida humana es igualmente digna y posee un valor absoluto, asumen también la validez del

principio moral según el cual nunca se justifica matar a nadie, ni a uno mismo, ni a terceros. Pero la pretendida fuerza deóntica absoluta de este principio no depende únicamente de cuán in-excepcionable sea la proscripción de matar sino también, y en igual medida, de cuán objetivo sea el significado del verbo “matar”. De nada sirve proclamar que nunca se justifica matar a nadie, si el concepto de “matar” carece de un “designador rígido”, por utilizar la expresión de Kripke, y puede por tanto ser reinterpretado a voluntad de los sujetos obligados por la norma⁵.

En este contexto, se comprende plenamente la preocupación por identificar con precisión el significado de la acción proscribida en el principio que prohíbe matar, de parte de quienes defienden su naturaleza absoluta o in-excepcionable⁶. Asumiendo esta misma preocupación, en este trabajo nos proponemos identificar algunos criterios para determinar cuándo y por qué la omisión o suspensión de cuidados vitales (OCV) constituye un modo de “matar” –o de suicidio–; y cuáles son las condiciones de razonabilidad de la injerencia pública en la decisión de OCV.

Se propondrá la tesis de que tanto los criterios generales de tipificación moral de la OCV, como los criterios de individualización de la naturaleza moral de la OCV en casos singulares, son análogos pero no idénticos a los respectivos criterios jurídicos de tipificación e individualización. Se argüirá, más precisamente, que no toda OCV que puede ser conceptualizable como “matar” desde un punto de vista moral, es también conceptualizable como “matar” desde un punto de vista jurídico; y que aún cuando esta coincidencia conceptual proceda, el respeto de los derechos fundamentales del paciente pone un

2 He desarrollado esta idea en Zambrano, P. «Las condiciones de inteligibilidad de las prácticas constitucionales. Una aproximación a partir del caso del aborto». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 138, (2013), 1111-1147.

3 Ver más ampliamente en Zambrano, P. y Sacristán, E. «Semantics and Legal Interpretation. A Comparative Study of the Value of Embryonic life under Argentine and U.S. Constitutional Case law». *Journal of Civil Law Studies* 6, (2013), 137-140; y Zambrano, P. y Sacristán, E. «El derecho a la vida y el aborto en la Constitución Argentina», en Legarre, S., Rivera, J., (eds.), *Tratado de Derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires, 2014, 690-701.

4 Una buena sistematización actual de algunos de estos debates, que aquí sólo se nombran, puede hallarse en Quijada González, C., Tomás y Garrido, G.M. «Testamento vital: conocer y comprender su sentido y significado». *Persona y bioética* 18, (2014), 138-152.

5 Kripke, S «*Naming and Necessity*», en DAVIDSON, D., HARMAN, G., (eds) *Semantics of Natural Language*, Reidel, 1972, 253-355, 269.

6 Esta preocupación se manifiesta en el intenso debate interno a la tradición en torno a los criterios para distinguir las consecuencias previstas (foreseen consequences) que son objeto de elección, de aquellas otras que meramente se toleran. La última evolución de este debate se encuentra, entre otros trabajos, en Finnis, J., Grisez, G., Boyle, J. «Direct and Indirect: A Reply to Critics of Our Action Theory». *The Thomist* 65, (2001), 1-44, republicado en Finnis, J., *Collected Papers V. II*, Oxford University Press, 2011, cap. 13. Algo más recientemente, Boyle, J. «The Moral Meaning and Justification of the Doctrine of Double Effect. A Response to Robert Anderson». *The American Journal of Jurisprudence* 53, (2008), 69-84.

coto a la injerencia pública preventiva o sancionatoria sobre la decisión de morir como resultado de la omisión o suspensión de cuidados vitales.

En orden a justificar estas aserciones se utilizará una teoría de la acción inspirada en la tradición del derecho natural, que podría subdividirse en los siguientes puntos: (a) en línea con los aportes de John Finnis y Martin Rhonheimer, los actos humanos que conllevan un despliegue de movimientos físicos se clasifican en su especie en función del objeto sobre el cual recae la elección del agente; (b) la clasificación más básica de los objetos de elección de los agentes concierne a las descripciones físicas o exteriores de la acción (Anscombe/Keiser); (c) sobre esta clasificación básica, operan tantas clasificaciones de acciones como sistemas normativos; (d) la teleología es el criterio de tipificación común a todo sistema normativo; (e) la realización integral de la persona es el *telos* específico de la moral y (e) por lo mismo, el impacto de la acción sobre la realización integral constituye también el criterio moral de tipificación e individuación moral de las acciones (secciones 2 y 3).

Con este aparato conceptual, se intentará describir en la sección 4 cuál es el tipo físico sobre el cual recae, a modo de objeto, la elección de “matar por omisión”, y cuáles son las condiciones que ubican a estas omisiones en la categoría de “acciones”. Con relación a lo primero, se sostendrá que los dos sentidos del concepto de “causa” que describe Mc. Gee (2011), físico y explicativo, son necesarios para definir la especie de los tipos omisivos en general, y de la OCV en particular. Con relación a lo segundo, se argumentará que las acciones omitidas deben ser lícitas y factibles, y se profundizará en el concepto de factibilidad como proporción.

En la sección 5 se argüirá que el criterio jurídico de tipificación e individuación de las acciones es la trascendencia o el impacto de la acción considerada integralmente (en su interioridad y exterioridad) sobre el bien común político, y se aplicará este criterio al caso de la OCV. Esta aproximación exterior a la acción determina que el juicio del agente acerca de (a) la adecuación (o eficacia), (b) licitud y (c) factibilidad (o eficiencia) de la acción es necesario pero insuficiente para determinar la naturaleza jurídica de la OCV. En el plano jurídico, es

preciso que tanto (a) la adecuación o eficacia como (b) la licitud jurídica y (c) la factibilidad (o eficiencia) del curso de acción omitido sean objetivamente reconocibles desde una perspectiva externa al agente.

Por último, se evaluarán los criterios de razonabilidad de la injerencia pública en la decisión de omitir o suspender cuidados vitales, arguyendo que su eventual antijuridicidad no implica que el estado esté legitimado para imponerlos y que, viceversa, la no injerencia pública no implica el reconocimiento de un derecho fundamental a disponer de la propia vida.

2. La acción como síntesis de interioridad y exterioridad

Toda acción humana puede ser descrita desde dos perspectivas, una interior y otra exterior⁷. Desde una perspectiva exterior, las acciones son fenómenos físico-biológicos empíricamente observables. Desde un punto de vista interior, las acciones se distinguen del resto de los fenómenos físico-biológicos por su origen voluntario: los movimientos involucrados en las acciones no son el efecto necesario de una causa física o biológica anterior, sino que son puestas en el mundo por la decisión libre de un agente⁸.

Así, podemos decir que Juan “disparó un arma”, y no en cambio que un arma “se disparó”, cuando Juan *eligió* poner en el mundo la cadena causal biológica y física involucrada en la acción “disparar el arma”. Por ello, a diferencia del resto de los fenómenos físicos y biológicos cuyo origen se explica por el principio de causalidad, las acciones son “imputables” a sus agentes⁹. Por utilizar la conocida expresión de Anscombe, una acción x es imputable o atribuible a un agente Y, cuando Y eligió obrar “bajo la descripción” de x¹⁰.

La doble dimensión de análisis de las acciones, física e intencional, exterior e interior, resulta en un doble

7 AQUINO, *Suma Teológica (ST)*, I-II, q.18 a 6, y q.20.

8 Sanchez Ostiz, P. *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, IB de f, Buenos Aires, 2008, 4.

9 Kelsen, H. *Teoría pura del Derecho*, (Vernengo, R., trad.), Porrúa, México, 2da. Edición, (1960) 1982, 90.

10 Anscombe, G. E.M. *Intention*, Harvard University Press, Cambridge Mass., London, 2nd. Edition, 1963, 7.

criterio básico de tipificación. Desde un punto de vista meramente físico o exterior, las acciones se distinguen entre sí según los fines o bienes a los que tienden las capacidades biológicas involucradas, y/o según los bienes singularmente considerados que se encuentran dentro del ámbito de influencia físico de la acción¹¹. Ejemplo de lo primero son las acciones de “correr”, “reír”, o “gritar”, que se definen y comprenden en función de la capacidad biológica que el agente actualiza al desplegarlas. Ejemplo de lo segundo son las acciones de “romper”, “agredir”, “curar”, cuya esencia radica en producir un efecto sobre un bien que es exterior al propio agente: se rompe un vaso, se agrede a otra persona, se cura un ser viviente cualquiera. Es cierto que todas estas acciones pueden refluir sobre el propio agente: puedo auto-agredirme y puedo curarme. Pero aún en estos casos las acciones se clasifican a la luz de la consideración del agente como objeto de su propia acción.

Si se asumiera esta perspectiva meramente exterior de clasificación de las acciones, matar podría definirse como la acción de desplegar un curso causal (acuchillar, envenenar, etc.) que acaba en la muerte de alguien. Sin embargo, un curso causal que no es elegido y por ello imputable a un agente, no es una acción propiamente dicha, sino un mero fenómeno físico-biológico. Por ello, la perspectiva exterior o física de clasificación de las acciones no es, estrictamente hablando, un criterio de clasificación de acciones, sino un criterio de clasificación de elecciones o, lo que es lo mismo, de intenciones básicas de acciones¹².

Recapitulando, la consideración de las capacidades biológicas involucradas en la acción y/o de los bienes físicos sobre los cuales impacta la acción en su faz exterior constituye el objeto sobre el cual recae la elección de los agentes¹³. Los tipos de acciones morales, jurídicas, políticas y de cualquier otro orden normativo, se distinguen entre sí en función del impacto que la elección de

los tipos físicos produce sobre los bienes o fines propios de cada sistema. En el caso de la moral, el impacto pertinente es el que concierne a la realización integral de la persona¹⁴. Y lo que afecta a la realización integral de la persona no es tanto producir un daño sobre un bien singularmente considerado, como el acto voluntario interior de elegir producir ese daño. Más precisamente, elegir realizar una determinada descripción de la acción, conociendo y eligiendo también el daño que produce sobre uno mismo y/o sobre una dimensión del orden social¹⁵. En el caso del Derecho, como se argüirá, el impacto pertinente es el que concierne a la realización del bien común político.

3. Descripción de la acción que se elige omitir

Assumiendo este contexto conceptual, el tipo moral “matar por omisión” podría definirse provisoriamente como la elección de: (a) omitir un curso de acción, (b) producir la muerte propia o la muerte de terceros mediante la omisión; y (c) con ello, menoscabar la propia realización integral.

Esta triple elección no describe una secuencia instrumental sino una relación de implicación. La descripción física que es objeto de elección en el tipo moral “matar por omisión”, abarca tanto los casos en que (i) se elige la OCV como un medio o modo de realizar el propósito ulterior de matar; como (ii) los casos en que se elige la OCV como fin en sí mismo, conociendo y eligiendo la muerte ulterior. Esta relación de implicación es también predicable de la conexión entre la elección del tipo físico OCV, y la vulneración de la integridad moral del agente. Dicho de otro modo, el tipo moral “matar por omisión” no exige que el agente se proponga auto-denigrarse de forma explícita, pues toda elección de matar (por acción u omisión) es indisoluble de la elección de auto-denigrarse. No hay propósitos ulteriores a la elección de matar que puedan trocar su impacto negativo sobre la integridad moral del agente¹⁶.

11 Keiser, K.F. «The Moral Act in Saint Thomas. A Fresh Look». *The Thomist* 74, (2010), 237-282, 244.

12 Aquino, *ST* I-II, q. 18 a. 7 ad. 1; q. 20 a. 3 ad. 6; Keiser (2010), 243. El concepto de intención básica está tomado de Rhonheimer, M.; Murphy, W. F. (Ed.). *Perspective of the Acting Person: Essays in the Renewal of Thomistic Moral Philosophy*. Washington, DC: Catholic University of America Press, 2008, 27.

13 Keiser, K.F. *op. cit.*, 256.

14 Aquino, *ST*, I-II, q.18 a 6 y q.20; Finnis, J., *Fundamentals of Ethics*, Clarendon Press, Oxford, 1983, 33; Finnis, J. *Moral Absolutes*. Washington D.C: The Catholic University of America Press, 1995, 45; Rhonheimer, M., Murphy, W.F., *op. cit.*, 41.

15 Aquino, *ST*, II-II q. 64, a 7.

16 Finnis, J., *op. cit.*, 1991, 55-56; Rhonheimer, M., *op. cit.*, 2008, 27.

Existen, en efecto, elecciones que son contrarias a la realización integral de la persona en toda circunstancia, y elecciones cuya compatibilidad con la realización integral depende de factores circunstanciales. La gran mayoría de las elecciones carecen de una conexión evidente, necesaria e invariable con la realización integral de la persona. Así, la elección del tipo físico consistente en “tomar lo ajeno” sólo afecta integralmente a la persona, y se transforma en el tipo moral “robar”, cuando en el contexto en que se actúa no hay derecho a tomar lo ajeno¹⁷. La elección de otros pocos tipos físicos afecta en cambio de modo necesario e invariable la realización integral de la persona. Entre éstos, se encuentra el tipo físico consistente en “matar” que, claro está, acaba con toda posibilidad de realización del sujeto afectado por la acción y, por la misma razón, menoscaba de modo determinante en el agente la realización del bien de la amistad y, en particular, la justicia.

En este sentido, los “principios morales absolutos” –que son pocos– son principios concluyentes del razonamiento práctico. Una vez que un agente identifica que un curso de acción/omisión es una instancia del tipo físico “matar” y está, por tanto, proscrito por el principio moral absoluto correspondiente, no hace falta que continúe deliberando moralmente. La conclusión necesaria es que es ilícito elegir esa descripción de la acción¹⁸.

4. El tipo físico sobre el cual recae, a modo de objeto, el tipo moral “matar por omisión”

4.1. Causar la muerte mediante la omisión de una acción adecuada o eficiente”

El tipo moral “matar por omisión” consiste pues en elegir “causar la muerte mediante la propia inacción”.

17 Millán Puelles, A. *Ética y realismo*, Ediciones Rialp, Madrid, 1994, 115.

18 Finnis, J., *op.cit.*, 1991, 68; Finnis, J. *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998, 164-165; Millán Puelles, A., *op. cit.*, 1994, 119-120. La legítima defensa no es una excepción al principio moral que proscribía matar, sino más bien la justificación de una acción que, propiamente hablando, no constituye una instancia del tipo físico y moral “matar”, sino del tipo físico “defenderse”, en el cual la muerte no es objeto de elección, sino un efecto tolerado y no elegido en sí mismo. Ver al respecto Aquino, *ST*, II-II q. 64, a 7; Boyle, J. «Towards Understanding the Principle of Double Effect». *Ethics* 90, (1998), 527-538, 530.

El problema más evidente con este enunciado es su auto-contradicción: la no-acción es incapaz de causar nada en el orden físico. Las causas de los fenómenos son, por definición, otros fenómenos, pero el no-actuar es un no-fenómeno o, lo que es lo mismo, la omisión deliberada de un hecho. Si esto es así, el tipo moral consistente en “elegir matar por omisión” podría ser relevante para los pocos locos o ignorantes que no comprenden que de la nada no sale nada o, lo que es lo mismo, que nunca puede causarse la muerte por omisión.

Si estas consideraciones de orden físico se aplican a la acción, las dificultades son todavía mayores. En primer lugar, está el problema de identificar cuál es el tipo físico de acción que el agente elige omitir. Así, McLachlan ha advertido que cuando omitimos actuar, en rigor omitimos infinitas acciones posibles. Quien no actúa, no come, no corre, salva, no cura, no ríe. No hay razones, al menos desde el punto de vista lógico, para imputar a un agente la omisión de un tipo particular de acción¹⁹. Sin embargo, parece significativo afirmar, por ejemplo, que alguien muere a causa de la inanición voluntariamente inducida. ¿Qué es lo significativo de este enunciado?

En segundo lugar, está el problema de imputar a un agente la *elección* de no actuar. James Rachels clásicamente respondió a esta segunda dificultad re-describiendo la omisión como una acción positiva. Así, sostuvo que (a) cada vez que omitimos permitimos que algo suceda; (b) permitir es un tipo de acción y (c), por lo mismo, omitir/permitir es un fenómeno del cual puede derivarse causalmente otro²⁰. En el ejemplo, Rachels diría que la causa de la muerte es la “acción de permitir” que uno mismo, u otra persona, muera desnutrido y/o deshidratado.

En respuesta a la objeción de Mc. Lachlan, McGee opta en cambio por re-describir el concepto de “causa”, distinguiendo entre la causa física y la causa explicativa de un fenómeno. Una causa física designaría un fenómeno que antecede a otro fenómeno de forma necesaria: la bala que entra en el corazón y lo daña de modo irrever-

19 McLachlan, H. «The Ethics of Killing and Letting Die: Active and Passive Euthanasia». *Journal of Medical Ethics* 34, (2008), 636-638, 637.

20 Rachels, J., «Euthanasia, Killing, and Letting Die», en Ladd, J. (ed) *Ethical Issues Relating to Life and Death*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1979, 146-163, 153.

sible es la causa física de la muerte. Una causa explicativa designa, en cambio, una razón que torna inteligible una secuencia de fenómenos para y dentro de un determinado contexto normativo. La omisión de una acción no es la causa física de la muerte sino su causa explicativa, en (y sólo en) los contextos normativos en que existe la expectativa de que un agente actúe previniéndola²¹. En el ejemplo propuesto, la desnutrición sería la causa físico-biológica de la muerte, mientras que la omisión de nutrir sería su causa explicativa, en (y sólo en) aquellos contextos en los que existe la expectativa de que un determinado agente –el médico, la enfermera, los cuidadores, etc.– provea, (o se provea) la alimentación e hidratación.

La solución de Rachels intenta ubicar a las omisiones en la categoría de “acciones”, esto es, eventos que se originan en la elección de un agente. Si permitimos un efecto, entonces lo elegimos, y si lo elegimos, somos responsables por ello. La solución de McGee, en cambio, intenta superar la dificultad de identificar la especie o el tipo de acción en que cabe encuadrar las omisiones. Ambas vías de respuesta, con alguna reformulación, son necesarias para superar el argumento de McLachlan.

Dice McGee que las omisiones son causas sólo en aquellos contextos normativos en los cuales existe una obligación (o una expectativa) de actuar. Sin embargo, esta afirmación, que es cierta, deja abierta una pregunta anterior: ¿qué tipo de acciones es razonable exigir de un agente en orden a prevenir o detener un proceso mortal? Teniendo en cuenta que el primer criterio de razonabilidad apunta a la adecuación o eficacia de una acción para producir el fin intentado, que en este caso es detener o prevenir un proceso mortal, la pregunta no puede responderse sin volver sobre el sentido físico-biológico de causa²².

El problema con esta remisión es que el defecto lógico detectado por McLachlan es también predicable del sentido físico-biológico de causa: la desnutrición es la

ausencia o falta de algo, y una ausencia no puede causar nada. Quizá la solución consista en profundizar un poco más el sentido de “causa” físico-biológica, y advertir que la muerte no se conecta causalmente con un mero no-ser, sino con la ausencia o falta de un factor que cumple una función significativa para la continuidad de la vida, en el funcionamiento físico-biológico normal u ordinario del organismo. No es la ausencia en sí lo que se vincula causalmente con la muerte, sino la falta de aquello que *debería* estar presente para la continuidad de la vida.

Retomando ahora el sentido “explicativo de causa”, cabe responder la pregunta por la razonabilidad de las exigencias normativas del siguiente modo: es razonable exigir de un agente (sentido explicativo de causa) sólo aquellos cursos de acción que son capaces de aportar un factor vital y que, en esta medida, son adecuados para prevenir o detener un proceso mortal (sentido físico-biológico de causa).

A diferencia de McGee, que se preocupa por proponer un criterio para identificar el tipo o la especie de las omisiones, Rachels se preocupa por ubicar a las omisiones dentro de la categoría de las acciones. Su re-descripción como “permisiones”, en efecto, conecta la omisión con una elección anterior y, con ello, la distingue de un mero acontecer natural. Si una y otra línea de análisis se conectan, se concluye que “matar por omisión” es la elección de omitir o suspender un curso de acción que aporta un factor determinante para el desarrollo de una función vital (factor vital) y que, en esta misma medida, es adecuado (o eficaz) para detener o para evitar que se desenlace un proceso mortal.

4.2. *Eligibilidad (I): se elige omitir una acción adecuada o eficaz*

Un buen modo de evaluar si la definición propuesta es significativa consiste en aplicarla a los casos a los que potencialmente hace referencia, distinguiendo según el grado de evidencia (decreciente) del vínculo causal (físico y explicativo) entre la omisión de la acción y la muerte:

- a) La OCV que desencadena un proceso mortal previamente inexistente, como ocurre en los casos de huelga de hambre.

21 McGee, A. «Ending the Life of the Act/Omission Dispute: Causation in Withholding and Withdrawing Life-sustaining Measures». *Legal Studies* 31, (2011), 467-491, 476.

22 Sobre la adecuación entre la acción y sus fines como criterio necesario, aunque no suficiente, de razonabilidad, ver por ejemplo Cianciardo, J. y Romero, M., «Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad», en S. Elías, L. Grosman, S. Legarre y J. C. Rivera (eds.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo Perrot, 2014, 425-495, 466.

- b) La OCV capaces de detener y revertir de modo definitivo un proceso mortal único, originado de forma independiente a la OCV, como la no transfusión de sangre a un paciente que –dejando a salvo por la necesidad eventual de la transfusión– está en buen estado de salud.
- c) La OCV que por sí misma desencadena un proceso mortal previamente inexistente, pero que se suma a un proceso mortal subyacente, más lento, originado de forma independiente a la OCV. Un ejemplo sería la suspensión de la alimentación e hidratación artificial en un enfermo terminal que acaba muriendo por la deshidratación y/o la desnutrición.
- d) La OCV capaces de detener y revertir un proceso mortal originado de forma independiente a la OCV, que se suma a un proceso mortal subyacente irreversible, más lento. Un ejemplo posible es la no aplicación de maniobras de reanimación a un paciente oncológico que sufre un infarto, en un momento previo al desenlace del proceso mortal propio de la enfermedad.
- e) La OCV que pueden lentificar un proceso mortal originado de forma independiente a la OCV, pero que no pueden revertirlo, como cuando se suspende la quimioterapia a un paciente oncológico terminal.

Podría decirse que el supuesto (a) es el caso “central” o más claro de relación causal física y explicativa entre la elección de OCV y la muerte –propia o ajena–; mientras que el supuesto (e) es el caso más claro o central de falta o ausencia de vínculo causal entre uno y otro extremo²³.

Nadie discutiría seriamente que la muerte por deshidratación y/ o desnutrición está causalmente vinculada con los desórdenes químicos que siguen a la suspensión de la alimentación e hidratación. En el otro extremo, tampoco parece seriamente discutible que cuando se omiten cuidados absolutamente inadecuados para re-

vertir un proceso mortal, la causa de la muerte sea la enfermedad terminal subyacente y no, en cambio, la OCV. A medida que se avanza hacia el centro de la tabla, el vínculo causal se oscurece. Así, aunque desde el punto de vista físico-biológico un proceso mortal se desencadene por una enfermedad subyacente, no es claro que la enfermedad sea la única causa de la muerte, cuando se omiten cuidados que son adecuados para revertir definitivamente el proceso mortal (supuesto b). Más discutible aún es determinar cuál es la causa de la muerte cuando se omiten cuidados que son adecuados para detener y revertir un proceso mortal, pero inadecuados para revertir otro proceso subyacente, más lento (supuesto d).

Si se agudiza la mirada, incluso los casos fáciles se tornan difíciles, una vez que se los analiza desde el punto de vista de la licitud moral y/o de la posibilidad fáctica de realizar la acción omitida. Así, aunque la causa físico biológica de la muerte en el caso de huelga de hambre sean los desórdenes químicos producidos por la ausencia de nutrientes, no resulta claro que quien pudiendo alimentar forzosamente a un huelguista y se niega a hacerlo sea partícipe de su muerte.

En realidad, la falta de claridad en estos ejemplos no afecta tanto a la identificación de la causa físico-biológica de la muerte como a su causa explicativa. Estos claroscuros comienzan pues a despejarse una vez que se aplica la distinción entre estos dos sentidos, físico y explicativo, del concepto de causa. Lo que desde el punto de vista físico-biológico “causa” la muerte es la ausencia de factores vitales y, más precisamente, el desorden que provoca esta ausencia en el funcionamiento normal del organismo. La omisión de la acción que aporta estos factores vitales, en cambio, puede (o no) ser la causa de la muerte en sentido explicativo. Lo será, si y sólo si es razonable exigir que un agente aporte esos factores vitales.

Lo que genera dudas, en efecto, es qué tipo de acciones es razonable exigir, por muy eficaces o adecuadas que sean para aportar un factor vital y prevenir o detener un proceso mortal. ¿Es razonable exigir la alimentación forzosa, o más bien la alimentación forzosa es un curso de acción injusto y, en esa medida, no exigible? Si la mirada se posa en la posibilidad fáctica de realizar el

²³ La distinción entre “casos fáciles y casos difíciles” está tomada de Hart Herbert, L. *The Concept of Law*. Clarendon Press, Cambridge, 1994, 124.

curso de acción, se produce el mismo efecto oscurecedor. ¿Qué es *poder* elegir un curso de acción eficaz para salvar la vida? ¿Se *puede* elegir un curso eficaz, cuando ello supone elegir al mismo tiempo el dolor? ¿O el dolor es razón para asegurar que *no es* o *no fue* posible elegir?

Estas dudas son del todo comprensibles, una vez que se advierte que la razonabilidad de cualquier mandato, moral o jurídico, no depende única y exclusivamente de la eficacia o adecuación de la conducta exigida para producir un fin, sino también de su factibilidad y de su intrínseca licitud²⁴.

Volviendo entonces a las categorías de Rachels y McGee, se concluye que la relación de causalidad entre la omisión y el resultado muerte es lógicamente admisible, si y sólo si:

- (a) Aquello que se omite es la acción de aportar factores vitales adecuados para prevenir o revertir un proceso mortal (análisis físico-biológico del concepto de causa).
- (b) Es razonable exigir esta acción de un agente porque, además de verificarse (a), el agente está en condiciones fácticas y morales de proporcionar los factores vitales al enfermo, y aún así elige no hacerlo (análisis explicativo del concepto de causa).

Con estas condiciones, le es imputable al agente la "acción de permitir" la muerte subsiguiente a la omisión (Rachels).

4.3. *Eligibilidad (II): factibilidad de la acción omitida*

La más básica condición de elegibilidad de un curso de acción es su factibilidad. Pero ¿qué es lo que torna factible a la acción de proporcionar cuidados adecuados o eficaces para prevenir o revertir un proceso mortal? En primer lugar, conviene distinguir las distintas dimensiones que se juzgan en el juicio de factibilidad y que, sin confundirse, se condicionan entre sí. En particular, las dimensiones económica, técnica, y física.

Un cuidado es económicamente factible cuando su valor monetario no compromete de forma seria la capacidad de consumo y/o de endeudamiento del paciente o de quien deba pagarlo; es técnicamente factible cuando están disponibles los instrumentos y las personas (profesionales o no) capaces de aplicarlo; y es físicamente factible cuando su aplicación no conlleva sino molestias pasajeras, ni genera riesgos o efectos secundarios distintos o más graves que los riesgos asociados a la enfermedad subyacente.

El juicio de factibilidad no es un juicio abstracto, acerca del valor monetario, los riesgos, y los efectos típicos de una clase de cuidado. Es, en cambio, un juicio prudencial que aplica los resultados del juicio abstracto, con vistas a determinar la accesibilidad técnica, los riesgos, los efectos y el costo económico de una clase de cuidados en un caso singular. El juicio de factibilidad es, más precisamente, un juicio prudencial acerca del costo económico (por oposición al valor monetario), y el riesgo y los efectos de los cuidados, incluido el sufrimiento que generan (por oposición al dolor), con relación al paciente al que se pretenden aplicar, y en la situación concreta en que se pretenden aplicar.

El riesgo en el caso concreto depende de factores tan variables como la pericia médica disponible en las circunstancias de tiempo y lugar en que se encuentra el paciente; así como de sus particulares fuerzas físicas²⁵. Con más razón, también el sufrimiento (por oposición al dolor) depende de las fuerzas físicas y morales del enfermo, más allá de la generalidad que quepa predicar del dolor que trae aparejado un cuidado²⁶. Finalmente, un cuidado de igual valor monetario puede ser poco costoso económicamente para un paciente que ha contratado un seguro médico, e inaccesible para otro que no la ha hecho. Un mismo cuidado puede, incluso, resultar oneroso o económico para una misma persona, según cuáles sean los resultados que se puede esperar de su aplicación. Podrá resultar oneroso si sólo tiende a prolongar

24 Cfr. Cianciardo, J. «Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales». *Persona y Derecho* 41, (1999), 45-55, 54.

25 Cfr. Keown, J. «To Treat or not to Treat: Autonomy, Beneficence and the Sanctity of Life?». *Singapore Law Review* 16, (1995), 360-365, 366.

26 Sobre la distinción entre dolor y sufrimiento cfr. Cassell, E.J., *The nature of suffering and the goals of medicine*, Oxford University Press, New York, 2nd edition, 2004, 3 ss.

un proceso mortal irreversible, y muy económico si se aplica a garantizar la continuidad indefinida de su vida. Lo mismo cabe decir del resto de las variantes.

Ni el sufrimiento, ni el costo económico, ni el riesgo y los efectos secundarios asociados a un cuidado son, en fin, factores absolutos: todo depende de las fuerzas físicas del enfermo y de los resultados que razonablemente cabe esperar de su implementación, en las circunstancias concretas en que se plantea su aplicación.

La contextualidad del juicio de factibilidad conlleva la invalidez de las propuestas que pretenden discriminar rígidamente entre tipos de omisiones que equivalen a matar y omisiones que no, sobre la base de distinciones conceptuales previas, como la distinción entre tratamientos ordinarios y extraordinarios, o tratamientos médicos y medidas de sostén vital²⁷.

En alguna medida, estas propuestas están animadas por la pretensión de garantizar una dosis fuerte de objetividad a la distinción entre uno y otro tipo de omisión. Una pretensión comprensible, una vez que se advierte que todo juicio prudencial involucra lo que Tomás de Aquino denomina «la recta estimación» de lo particular que, en la misma medida en que versa sobre lo particular y variable, es máximamente falible²⁸. La falibilidad es todavía más probable en el ámbito biomédico, donde el juicio abstracto de factibilidad, que es de alta complejidad científica, se aplica a situaciones concretas de alta variabilidad. Pero la falibilidad del juicio no excluye su objetividad sino que, más bien, la refuerza. Si hay lugar para el error es porque, previamente, puede distinguirse entre lo verdadero y lo falso.

4.4. *Eligibilidad de la acción III: factibilidad como proporción o eficiencia*

Un buen modo de minimizar el riesgo de error en el juicio de factibilidad es indagar aún más en la estructura del juicio de factibilidad, estableciendo otra vez un contraste entre los casos fáciles y difíciles.

²⁷ Beauchamp Tom L., and Childress, James, F. *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York, seventh edition, 2013, 173 et sq.

²⁸ Cfr. Tomás de Aquino, *De Veritate* q. 10 a. 6, q. 19 a. 1; *ST I* q. 84 arts. 6 y 8; *I-II* q. 14 a.3; q. 57 a. 6.

Así, pueden señalarse casos claros de no factibilidad, en todas o cualquiera de las dimensiones que se juzgan. Un cuidado es económicamente inaccesible cuando su valor monetario supera ampliamente tanto el patrimonio como la capacidad de endeudamiento de quien debe pagar por el mismo. Un cuidado es técnicamente inaccesible cuando su prestación no está disponible en el lugar y en el tiempo relevante. Y un cuidado es físicamente impracticable cuando el riesgo y/o los efectos negativos que genera su aplicación son indiscutiblemente mayores a los riesgos y/o a los efectos de la enfermedad subyacentes.

Sin embargo, existe un margen muy amplio de situaciones oscuras, en las cuales el valor monetario de los cuidados no excede el patrimonio total o la capacidad de endeudamiento de quien debe pagar por ellos, pero supone erogaciones que afectan su capacidad de consumo de modo más o menos notable. O casos donde los cuidados son económicamente accesibles, pero riesgosos, por su novedad o por la falta de experiencia o pericia de los prestadores de salud. La oscuridad es todavía mayor cuando lo que se trata de determinar es el sufrimiento físico o moral que se asocia a los dolores que genera un cuidado, dada la naturaleza subjetiva de la entidad del sufrimiento ¿Cómo determinar en estos casos si el cuidado es objetivamente factible o asequible? ¿Cuándo puede concluirse válidamente que el sufrimiento que provoca lo torna inaccesible o inasequible?

A fin de echar luz en estas zonas de penumbra es preciso volver la mirada sobre la referencia en los casos fáciles o centrales. ¿Por qué consideramos factible un cuidado que no causa sino molestias pasajeras, no plantea riesgos serios para la vida, y cuyo costo económico no afecta de modo significativo la capacidad de consumo del paciente, o quien deba pagar por el mismo? Lo que resulta claro y casi diríamos evidente en estos casos, es la proporción entre el bajo riesgo de los cuidados, y el mínimo esfuerzo económico y físico que requiere su implementación, por una parte, y su eficacia o adecuación para aportar factores vitales que aseguren la continuidad de la vida, por otra²⁹.

²⁹ *Declaración "Iura et bona" sobre la eutanasia* de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, (5.5.1980); May, William; Barry, Robert et. ales «Feeding and Hydrating the Permanently

Se concluye entonces que el juicio de factibilidad es esencialmente un juicio de proporción que compara, de un parte, los riesgos, los efectos persistentes sobre la salud y el costo económico y físico de un cuidado. De otra, su adecuación o eficacia para asegurar la continuidad de la vida humana.

La descripción física de la acción que se elige omitir podría completarse entonces del siguiente modo: se trata de una acción que es (a) adecuada para proporcionar factores vitales y, en esa medida, es eficaz o adecuada para detener o prevenir un proceso mortal; y (b) es proporcionada (o eficiente)³⁰.

Todo análisis de proporción implica una comparación. En el caso de los cuidados vitales, lo que se compara son los riesgos y el costo económico y físico de un cuidado con su adecuación o eficacia. Los costos físicos que se evalúan no son los costos de la enfermedad subyacente, sino los de los cuidados en sí mismos, en relación con el beneficio que se espera que produzcan para la salud del paciente³¹. Si lo que se evaluara fuera lo primero, el juicio acerca de la proporcionalidad de los tratamientos se confundiría con un juicio acerca de la calidad de vida presente o futura del paciente, lo cual supondría establecer distinciones entre vidas más y menos merecedoras de conservarse. Desde la convicción de que toda vida humana es digna y merece, por tanto, el mismo cuidado, no puede conceptualizarse como costo del tratamiento su capacidad para asegurar la continuidad de la vida.

Un claro ejemplo de confusión en este sentido es la opinión del juez Keith en el célebre caso *Airedale NHS Trust vs. Bland* (1993), según la cual los tratamientos o cuidados médicos que son eficaces para sostener la vida en estado vegetativo persistente (EVP), pero

incapaces para revertir el EVP, no producen ningún beneficio significativo para el paciente³².

Ahora bien, esta regla según la cual se evalúa el costo del cuidado y no el de la enfermedad, no es sin embargo aplicable a los casos de cuidados que son inadecuados para revertir un proceso mortal; o bien de cuidados que, siendo capaces de revertir un proceso mortal, son inadecuados para revertir una enfermedad terminal subyacente. Pues la aplicación de estos cuidados tendría casi como efecto único la prolongación artificial en el tiempo de los costos —emocionales, físicos, económicos— del proceso mortal en el primer caso, y/o de la enfermedad subyacente en el segundo³³.

4.5. Recapitulación: matar por omisión en perspectiva moral

Matar por omisión es *elegir* omitir una acción que se juzga: (a) adecuada (o eficaz) para aportar factores vitales y detener o prevenir un proceso mortal; (b) elegible en las circunstancias, atendiendo a: (b.i) su licitud moral; y (b.ii) la proporción entre su adecuación, de una parte, y sus riesgos, su costo económico y su costo físico, de otra parte.

La condición (a) de adecuación cumple la función conceptual de identificar el tipo físico de acción que se elige omitir: un curso de acción que, correcta o incorrectamente, se juzga adecuada (o eficaz) para aportar factores vitales. Si un agente juzga que una acción no es adecuada para prevenir la muerte a corto plazo, entonces juzga que no hay una relación de causalidad entre la omisión de esa acción y la muerte subsiguiente. Por ello, elegir omitir un curso de acción que se juzga inadecuado para detener o prevenir el desenlace de un proceso mortal no es elegir la muerte que sigue a la omisión.

La condición (b) cumple la función conceptual de verificar que la acción omitida es "elegible". Si el agente juzga que no está en condiciones morales, físicas, o económicas de realizar la acción (aunque estime que es

Unconscious and Other Vulnerable Persons». *Issues in Law and Medicine* 3, (1987), 203-217, 203.

30 Como el juicio de adecuación, el juicio de proporción o eficiencia aquí propuesto tiene su equivalente en el ámbito jurídico en el juicio de "necesidad", según el cual entre distintas alternativas igualmente adecuadas o eficaces, debe optarse por la menos gravosa para los derechos fundamentales en juego. Cfr. Cianciardo, J., y Romero, M.J., *op. cit.*, 2014, 467.

31 La insistencia en situar el análisis en la proporcionalidad de los medios en sí mismos y no en la calidad de vida que los medios tienden a prolongar corresponde a May, W.E., Barry, O.P., et ál., *op. cit.*, 208.

32 *Airedale NHS Trust vs. Bland* (1993), AC 789, 858-859. Esta opinión es criticada por estas mismas razones por Keown, J., *op. cit.*, 1995, 370.

33 Anscombe, G.E.M., Finnis, J., et ales. «Euthanasia and Clinical Practice: Trends, Principles and Alternatives», en L. Gormally (ed.) *Euthanasia, Clinical Practice and the Law*, London, (1978) 1994, 64.

adecuada para continuar la vida humana); o bien que el costo físico o económico de la acción no se justifica en relación con su mínima adecuación o eficacia, entonces juzga que *no puede* o *no debe* realizar la acción omitida. No elige pues tampoco en este caso la muerte que sigue a la inacción sino que, como mucho, la tolera.

Por supuesto, es posible que todos o algunos de los juicios del agente acerca de la adecuación, licitud moral y factibilidad o proporción de la acción singular que se propone omitir sean errados. Pero este error no cambia la naturaleza de la omisión, pues en el plano moral la especie de toda acción (u omisión) se determina por el objeto de elección y no por sus resultados físicos. En síntesis, matar por omisión no es omitir un curso de acción factible y adecuado para detener o prevenir un proceso mortal y factible, sino *elegir* esta omisión.

5. La distinción entre matar y dejar morir en perspectiva jurídica

En el plano jurídico las acciones adquieren relevancia en tanto y en cuanto se insertan en una relación de alteridad y, además, son susceptibles de incidir positiva o negativamente en el orden general que en la filosofía política clásica se conoce como “bien común”³⁴. Esta incidencia es el criterio básico de tipificación jurídica de las acciones y, por extensión, la condición de legitimidad de la injerencia pública en el obrar individual. Por supuesto, el Derecho pretende regular acciones y no meramente fenómenos físicos. Por ello, al igual que en la moral, sólo

son relevantes para el Derecho los hechos que se eligen, de forma directa o indirecta. Sin embargo, el requisito de trascendencia o incidencia sobre el bien común modifica parcialmente el criterio moral de tipificación de las acciones y, con ello también, los criterios de individuación de la especie de acciones singulares.

En lo que respecta a la OCV, el juicio del agente sobre la adecuación y la eligibilidad de la acción no es auto-suficiente para determinar la naturaleza jurídica de la OCV. Además del juicio del agente, es preciso que tanto (a) la adecuación como (b) la eligibilidad (moral y jurídica) del curso de acción omitido sean objetivamente reconocibles desde una perspectiva externa al agente. En otras palabras, quien elige omitir o suspender un curso de acción que erróneamente juzga eficaz, factible y lícito, “mata” desde un punto de vista moral, pero no necesariamente comete el tipo jurídico-positivo “matar”.

Desde esta perspectiva, podría en primer término concluirse lo siguiente: el poder público carece de interés legítimo para obligar a nadie a recibir o procurarse cuidados que son técnicamente inadecuados para revertir un proceso mortal (en la tabla propuesta en el epígrafe 4.2, los casos (d) y (e) estarían alcanzados por esta regla), aún cuando le conste que un agente elige la OCV bajo la descripción de “matar”.

En el otro extremo, una vez que se asume que toda persona es un bien jurídico fundamental con independencia de cuánto quiera y/o valore su propia vida, se asume también que el poder público tiene un interés legítimo en que se apliquen cuidados que, de forma clara e incontrovertible, son técnicamente adecuados para detener o prevenir el desenlace de un proceso mortal (en la tabla propuesta en el epígrafe 4.2, los casos (a) y (b) ejemplifican este criterio); siempre que además los cuidados sean jurídicamente lícitos y fácticamente accesibles a un costo que es proporcionado a su eficacia.

Sin embargo, que el poder público tenga interés legítimo en que los cuidados eficaces para revertir o prevenir un proceso mortal se apliquen, no implica ni que tenga derecho a juzgar o determinar de forma excluyente su proporcionalidad y su licitud moral en todos los casos; ni, mucho menos, que tenga derecho a imponer por

34 Aunque con distintos fundamentos y alcance, la necesidad de que los actos jurídicamente relevantes se inserten en una relación de alteridad es compartida tanto por la tradición liberal, como por la tradición iusnaturalista clásica. La expresión más representativa de esta exigencia en la tradición liberal está dada por el clásico “hard principle”, enunciado por Mill en *On Liberty*. Cfr. Mill, J.S. *Sobre la libertad*, Azcarate, P. (trad.), Madrid, Alianza, 1997, 68. En la tradición iusnaturalista la idea se encuentra expresada en algunos textos de Tomás de Aquino, como ST, II-2 q. 96, art. 2; II-2 q. 58 art. 6, q. 69 art. 2 ad. 1, q. 77 art. 1 ad. 1, q. 78 art. 1 ad. 3, q. 95 art. 2 ad. 3, q. 96 art. 2 ad. 2), y ha sido reinterpretada en un sentido cercano al “hard principle” por John Finnis y Martin Rhonheimer entre otros. Cfr. Finnis, J., *op. cit.*, 1998, cap. VII; y Rhonheimer, M. «Fundamental Rights, Moral Law, and the Legal Defense of Life in a Constitutional Democracy: A Constitutionalist Approach to the Encyclical *Evangelium Vitae*». *American Journal of Jurisprudence* 43, (1998), 135-192, 141. Sobre la aplicación de esta idea al problema específico de la juridicidad o antijuridicidad del suicidio en una y otra tradición, cfr. Zambrano, P. *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Buenos Aires, Ábaco, 2005, introducción y epílogo.

cualquier vía los CV que juzgue eficaces, proporcionales y lícitos. Lo primero es, pues, determinar quién tiene derecho a juzgar acerca de la proporcionalidad y licitud moral de CV que son eficaces. Lo segundo, determinar cuáles son las condiciones de legitimidad de la eventual imposición pública de CV.

5.1. El derecho a juzgar la licitud moral y la proporción de los cuidados

El derecho a la privacidad es el derecho a gozar de un ámbito de no-injerencia pública en la esfera de acciones que exceden el interés legítimo del estado porque no afectan de modo sustancial el bien común político. En lo que concierne a la OCV, este derecho determina que el poder público carece de interés y por tanto también de derecho a injerir en la decisión de omitir cuidados que son inadecuados para prevenir o revertir un proceso mortal, y tiene la obligación positiva contraria de garantizar que se respete este ámbito de intimidad, para que el enfermo o sus familiares juzguen por sí mismos la proporción y/o la licitud moral de los cuidados.

Ante cuidados que, en cambio, son adecuados para prevenir o detener un proceso mortal es pertinente determinar quién tiene derecho a juzgar si, además de adecuados, son moralmente lícitos y factibles.

En lo que concierne a la licitud moral de cuidados adecuados, se ha aceptado en general en la práctica jurisprudencial que un adulto capaz tiene derecho a rehusar un cuidado que juzga ilícito por razones morales o religiosas, aún cuando sea eficaz, factible y proporcionado. Se ha negado, en cambio, que pueda omitirse o suspenderse un cuidado de estas características por razones de conciencia moral o religiosa en nombre de un menor³⁵. Esta práctica

35 La objeción de conciencia a tratamientos médicos es un asunto que ha llegado a los estrados judiciales en varias ocasiones, en distintos países, y desde hace por lo menos treinta años, como surge de la temprana recopilación hecha por Navarro Valls, J. «La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español». *Persona y Derecho* 18, (1988), 163-277. Así, en España ATC 369/1984; TSJ de Castilla-La Mancha, AS 1991/2896; TSJ de Cataluña, AS 1991/5610; TSJ de Extremadura, AS 1992/1185, recurrida ante el Tribunal Supremo y resuelta en RJ 1993/3338; TSJ de Navarra, AS 1993/3290, recurrida ante el Tribunal Supremo y, finalmente resuelto por el Tribunal Constitucional en STC 166/1996; y STC 154/2002. Un caso emblemático en Argentina, que recoge el criterio señalado en el texto en relación a los adultos capaces, es *Bahamondez Marcelo s/ medida cautelar* (1993), Fallos 316: 487, 500 (voto del Dr. Boggiano).

jurisprudencial relativamente generalizada se justifica en la esencia misma del derecho a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa: uno y otro implican una capacidad de discernimiento que está ausente en menores e incapaces en general. La verificación o constatación de que esta capacidad de discernimiento existe es especialmente relevante cuando el ejercicio de estas libertades resulta en la afectación de bienes humanos protegidos por otros derechos fundamentales, como la vida y la salud.

En síntesis, el juicio de licitud moral y religiosa de los cuidados que son adecuados es un juicio fundamentalmente personal que el poder público está obligado a respetar, aún cuando los cuidados que se omiten sean objetivamente proporcionados y por ello factibles. Este respeto a la libertad de conciencia y religiosa no equivale a avalar jurídicamente el suicidio ni la eutanasia, pues las acciones se definen en su especie por el objeto de elección, y quien elige omitir un cuidado que concibe moralmente proscripto, no elige la muerte.

Ahora bien, un cuidado puede ser eficaz y moralmente lícito, pero irrealizable por la desproporción entre su riesgo y sus costos, por una parte, y su eficacia por otra. El segundo problema a despejar es, pues, quién tiene derecho a juzgar la proporcionalidad de un cuidado, una vez que se determina que es eficaz y moralmente lícito.

El juicio de proporción, como se vio, es un juicio objetivo pero circunstancial y singular en lo que concierne a sus riesgos y a su costo económico, físico y emocional. Esta naturaleza contextual y singular justifica que, fuera de los casos claros o centrales de proporcionalidad en los que el rechazo de los tratamientos o cuidados aparece de modo indubitable como una modalidad de suicidio o de disposición de la vida ajena, es razonable que también el juicio de proporción se libre a la privacidad del paciente.

Como en el caso del juicio de licitud moral, esta regla se aplica con algunas reservas a los casos en que el agente carece de la capacidad suficiente para realizarlo por sí mismo, o para realizarlo sin el contralor de un representante capaz. En estos supuestos, parece razonable que se subrogue el juicio y la decisión a quienes participan de la intimidad del paciente. El poder público podría estar legitimado, a lo sumo, para asumir una función de contralor

del juicio de proporción que realizan los representantes naturales –pertenecientes al entorno íntimo del enfermo–, siempre que el contralor incluya un momento de intermediación con la situación íntima que se juzga³⁶.

Además de esta condición procedimental de intermediación, el contralor público sobre la decisión de los representantes se justifica únicamente cuando asume las reglas generales de validez de todo juicio de factibilidad y proporción. En especial, la regla según la cual no son los costos asociados a la enfermedad subyacente los que se evalúan, sino el riesgo y el costo de los cuidados; así como la excepción de esta regla, según la cual entre los costos de un cuidado que es ineficaz para prevenir o detener un proceso mortal, se incluye el costo de prolongar el malestar asociado a la enfermedad subyacente.

5.2. El derecho a resistir la imposición coactiva de cuidados adecuados y proporcionados

El principio de que hay ciertas acciones que están vedadas en el uso de la fuerza pública, en forma independiente de cuánta utilidad generen es quizá el enunciado central de cualquier ética no utilitarista, recogido a su vez en el principio constitucional de razonabilidad³⁷. Por ello, una vez determinado que un cuidado es adecuado para prolongar la vida, y clara e indubitadamente proporcionado, todavía resta analizar si los medios que tiene a su alcance el poder público para imponerlo son respetuosos de los derechos iusfundamentales del paciente.

En los famosos precedentes *Cruzan* (1992); *Glucksberg vs. Washington* (1997), y *Vacco vs. Quill* (1997), la Corte Suprema norteamericana reafirmó, con base en la enmienda XIV y el derecho pretoriano a la privacidad, el principio del *common law* según el cual le está constitucionalmente vedado al poder público imponer coactivamente ningún tipo de cuidado vital. Sin embargo, se ocupó de aclarar expresamente que el *status* constitucio-

nal del correlativo derecho a rechazar la injerencia pública sobre el propio cuerpo no implica el reconocimiento del carácter disponible de la propia vida³⁸. En sentido parecido, la Corte Suprema australiana en *Brightwater Care Group (Inc) v. Rossiter* [2009] ancló en el derecho a la privacidad y en el concepto de autonomía moral el reconocimiento de un derecho a rehusar cuidados médicos. Sin embargo, al igual que la Corte norteamericana, aclaró de forma expresa que este derecho no implica el reconocimiento de un derecho a disponer de la propia vida, aún cuando de hecho la muerte se siga causalmente de la suspensión u omisión³⁹.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional Español reconoció un derecho fundamental a la no imposición coactiva de cuidados vitales. Sin embargo, quizá con algo más de precisión conceptual que los tribunales anteriores, lo vinculó a la integridad física y moral reconocida en el artículo 15 de la Constitución Española y no, en cambio, al derecho a la privacidad o intimidad⁴⁰. Como sea, al igual que los otros tribunales constitucionales, aclaró expresamente que el derecho a rechazar cuidados médicos no implica el reconocimiento de un derecho fundamental al suicidio, al que conceptualizó como un mero *agere licere*. Esto es, un acto que la ley no prohíbe y, como tal, protegido por el principio de legalidad⁴¹.

La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos se aparta de esta línea de razonamiento de forma sutil pero sustancial. En los precedentes *Pretty c. Reino Unido* (2002) y *Testigos de Jehova de Moscú y otros c. Rusia* (2012) interpretó que el derecho a la privacidad reconocido en el artículo 8vo de la Convención Europea de Derechos Humanos se concreta en el derecho a rehusarse a recibir cualquier tipo de cuidado o tratamiento médico, aclarando al mismo tiempo que este derecho no incluye el derecho a disponer de la propia vida con auxilio de terceros⁴². Hasta aquí, parece ajustarse a la jurisprudencia

36 El contralor y en su caso la sustitución del juicio de los familiares se justifica de forma especial cuando los familiares que pretenden ejercer el juicio sustituto, disienten acerca de la naturaleza proporcional o desproporcionada de los cuidados y, por lo mismo, acerca de la naturaleza de la acción misma, como ocurrió, por ejemplo, en el caso *S., M.C.C. s/Insania*, (9/2/ 2005) Suprema Corte la Provincia de Buenos Aires, Argentina.

37 Cfr. Cianciardo, J. y Romero, M., *op. cit.*, 2014, 469.

38 Cfr. *Cruzan by Cruzan vs. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261: 279-280; *Washington vs. Glucksberg* (1997) 521 U.S. 702: 726-727; y *Vacco vs. Quill* (1997) 521 U.S. 793: 807.

39 *Brightwater Care Group (Inc) v. Rossiter* [2009] WASC 229, cons1.

40 STC 120/90, FFJJ 8 y 12.

41 Cfr. STC 120/90, FJ 7.

42 Cfr. *Pretty c. Reino Unido*, no. 2346/02, &63 y &74; *Testigos de Jehová y otros c. Rusia*, no. 302/02, &135.

norteamericana, australiana y española. Sin embargo, en los casos *Haas v. Switzerland* (2011) y *Gross v. Switzerland* (2013), la Corte aclara que la exclusión del derecho al suicidio asistido se funda en la legitimidad de la pretensión estatal de proteger la vida de quienes *sí* desean continuar viviendo. No constituye pues la negación del derecho al suicidio sin más, sino la negación del derecho a una particular modalidad de suicidio (el suicidio asistido). Yendo aún más lejos, afirma que los estados que afirman el carácter disponible de la propia vida tienen una obligación positiva de establecer un marco normativo que facilite la comisión de un “suicidio con dignidad”⁴³.

La afirmación de este derecho de contenido positivo es ajena a los precedentes nacionales comentados, que se limitan a reconocer un derecho fundamental de contenido negativo a rechazar la imposición coactiva de CV, negando de forma explícita la disponibilidad de la propia vida. El contenido esencial de este derecho de contenido negativo se configura, como ocurre con todo derecho de contenido negativo, en relación con aquello a lo que se opone. En este caso, no se opone a la finalidad –legítima– del poder público de proteger la vida humana, que en todos los casos se considera un bien jurídico, sino a la imposición coactiva de cuidados.

Desde la perspectiva de esta línea jurisprudencial, la inconstitucionalidad de la imposición coactiva de CV no radica pues ni en su finalidad, ni en la desproporción de los cuidados con relación a su eficacia, sino el hecho mismo de la imposición⁴⁴. Algunas jurisdicciones concluyen que toda imposición coactiva es por definición atentatoria del contenido esencial de algún derecho fundamental –la privacidad o la integridad física y moral– y, por lo mismo, la proscriben absolutamente. Otras, como la española, admiten la constitucionalidad de la imposición coactiva en circunstancias muy específicas, como la situación de reclusión⁴⁵.

En cualquiera de los dos casos, el reconocimiento de un derecho de contenido negativo, ya sea absoluto o

restringido, a la *no* imposición de cuidados vitales –y la correlativa proscripción absoluta de imponerlos– no se funda en una valoración relativa del valor moral de la vida humana, ni mucho menos, en el reconocimiento de un eventual derecho a disponer de la propia vida. Es cierto que el derecho a la *no* imposición puede en algún caso ser usado de “paraguas”, por así decirlo, para amparar la elección moral de disponer de la propia vida. Pero esta eventualidad abusiva no autoriza a concluir que en esa jurisdicción se reconoce el derecho a disponer de la propia vida. Como mucho, se acepta el costo o efecto secundario tolerado, pero no intentado en sí mismo, de un modo posible de regular el derecho a la privacidad, como en Estados Unidos y Australia; o el derecho a la integridad física y moral, como en España⁴⁶.

6. Conclusión

Se ha analizado en sucesivos y complementarios niveles de precisión la descripción física sobre la cual recae el objeto del tipo moral y del tipo jurídico “matar por omisión”.

Se ha concluido que, desde un punto de vista moral, matar por omisión consiste en omitir o suspender un curso de acción que se juzga adecuado para detener o prevenir un proceso mortal, moralmente lícito, y factible o realizable a un costo que es proporcionado a su eficacia.

El tipo jurídico “matar por omisión” añade a la definición moral el requisito de eficacia y factibilidad real y externamente verificable de la acción omitida. En otras palabras, “matar por omisión” en el plano jurídico es elegir omitir una acción que el agente juzga eficaz y factible, y que es eficaz y factible desde una perspectiva externa al agente.

Ahora bien, aunque el poder público tenga un interés legítimo en prevenir toda OCV que sea individualizable como “matar” desde un punto de vista jurídico, ello no

43 Cfr. *Haas c. Suiza*, no. 31322/07, &61; *Gross c. Suiza* no. 67810/10, &62 y &63.

44 La imposición de los cuidados constituiría un caso de irrazonabilidad “por alteración”, en palabras de Cianciardo. Cfr. Cianciardo, J., *op. cit.*, 1999, 54.

45 STC 120/90, FJ 7.

46 Cfr. esta misma interpretación en relación con el derecho análogo receptado por el Common Law estadounidense, Marzen, Thomas J.; O’Dowd, Mary K. et. Ales. «Suicide: A Constitutional Right? Reflections Eleven Years Later». *Duke Law Review* 35, (1996), 261-285, 274. He desarrollado más extensamente este argumento en Zambrano, P. «Privacidad y omisión de tratamientos médicos. La tolerancia del suicidio como efecto secundario». *Suplemento de Derecho, Familia y Persona. La Ley Argentina* III-Nº1, (2011), 255-260.

implica que tenga derecho a realizar el juicio de individuación de la naturaleza jurídica de la OCV en todos los casos. En efecto, los derechos a la privacidad, a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa implican el derecho a juzgar sin injerencia pública la licitud moral y la proporción de los cuidados vitales. Este derecho no admite excepciones en el caso de que los cuidados sean inadecuados para revertir o prevenir un proceso mortal. Cuando los cuidados son en cambio adecuados, la sustitución del juicio privado por un juicio público podría justificarse en situaciones de clara e indubitable proporción, en especial, como contralor respecto del juicio de los representantes de incapaces.

Por último, aún cuando una omisión sea indubitablemente individualizable como un modo de matar o como un modo de suicidio desde un punto de vista jurídico, de ello no se sigue necesariamente la legitimidad de imponer cuidados vitales. Al contrario, la imposición de cuidados vitales sólo es admisible si el modo de imponerlos es respetuoso de los derechos fundamentales del paciente y, particularmente, de su integridad física.

Sintetizando, la legitimidad de la injerencia pública en decisiones concernientes a la omisión o suspensión de cuidados médicos está condicionada a la superación de un *standard* de razonabilidad, que se subdivide en tres juicios: (a) el de adecuación de los cuidados; (b) el de licitud jurídica y proporcionalidad (o factibilidad) de los cuidados; (d) y el de juridicidad o legitimidad *strictu sensu* de los medios disponibles para su imposición.

Referencias

Anscombe, G. E.M. *Intention*, Harvard University Press, Cambridge Mass., London, 2nd. Edition, 1963.

Anscombe, G.E.M., Finnis, J., et ales. «Euthanasia and Clinical Practice: Trends, Principles and Alternatives», en L. Gormally (ed.) *Euthanasia, Clinical Practice and the Law*, London, (1978) 1994, 64.

Aquino, T., *Suma Teológica* I q. 84; I-II, qq. 14, 18, 20; II-II qq. 58, 64, 69, 77, 95, 96.

Aquino, T., *De Veritate* qq. 10 y 19.

Beauchamp Tom L., and Childress, James, F. *Principles of Biomedical Ethics*. Seventh Edition. New York, Oxford University Press, 2013.

Boyle, J. «Towards Understanding the Principle of Double Effect». *Ethics* 90, (1998), 527-538.

Boyle, J. «The Moral Meaning and Justification of the Doctrine of Double Effect. A Response to Robert Anderson». *The American Journal of Jurisprudence* 53, (2008), 69-84.

Cassell, E.J., *The nature of suffering and the goals of medicine*, Oxford University Press, New York, 2nd edition, 2004.

Cianciardo, J. y Romero, M., «Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad», en S. Elías, L. Grosman, S. Legarre y J. C. Rivera, *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo Perrot, 2014, 425-495.

Cianciardo, J. «Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales». *Persona y Derecho* 41, (1999), 45-55, 54.

Finnis, J., Grisez, G., Boyle, J. «Direct and Indirect: A Reply to Critics of Our Action Theory». *The Thomist* 65, (2001), 1-44.

Finnis, J., *Collected Papers V. II*, Oxford University Press, 2011.

Finnis, J. *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998.

Finnis, J. *Moral Absolutes*. Washington D.C: The Catholic University of America Press, 1995.

Finnis, J., *Fundamentals of Ethics*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

Hart H., L. *The Concept of Law*. Clarendon Press, Cambridge, 1994.

Keiser, K.F. «The Moral Act in Saint Thomas. A Fresh Look». *The Thomist* 74, (2010), 237-282.

Kelsen, H. *Teoría pura del Derecho*, (Vernengo, R., trad.), Porrúa, México, 2da. Edición, (1960) 1982.

Keown, J. «To Treat or not to Treat: Autonomy, Beneficence and the Sanctity of Life?». *Singapore Law Review* 16, (1995), 360-365.

Kripke, S «Naming and Necessity», en DAVIDSON, D., HARMAN, G., (eds) *Semantics of Natural Language*, Reidel, 1972, 253-355.

Marzen, Thomas J.; O'Dowd, Mary K. et. Ales. «Suicide: A Constitutional Right? Reflections Eleven Years Later». *Duke Law Review* 35, (1996), 261-285.

- May, William; Barry, Robert et. ales «Feeding and Hydrating the Permanently Unconscious and Other Vulnerable Persons». *Issues in Law and Medicine* 3, (1987), 203-217.
- McGee, A. «Ending the Life of the Act/Omission Dispute: Causation in Withholding and Withdrawing Life-sustaining Measures». *Legal Studies* 31, (2011), 467-491.
- McLachlan, H. «The Ethics of Killing and Letting Die: Active and Passive Euthanasia». *Journal of Medical Ethics* 34, (2008), 636-638.
- Mill, J.S. *Sobre la libertad*, Azcárate, P. (trad.), Madrid, Alianza, 1997.
- Millán Puelles, A. *Ética y realismo*, Ediciones Rialp, Madrid, 1994.
- Navarro Valls, J. «La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español». *Persona y Derecho* 18, (1988), 163-277.
- Quijada González, C., Tomás y Garrido, G.M. «Testamento vital: conocer y comprender su sentido y significado». *Persona y bioética* 18, (2014), 138-152.
- Rhonheimer, M.; Murphy, W. F. (Ed.). *Perspective of the Acting Person: Essays in the Renewal of Thomistic Moral Philosophy*. Washington, DC: Catholic University of America Press, 2008.
- Rachels, J., «Euthanasia, Killing, and Letting Die», en Ladd, J. (ed) *Ethical Issues Relating to Life and Death*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1979.
- Rhonheimer, M. «Fundamental Rights, Moral Law, and the Legal Defense of Life in a Constitutional Democracy: A Constitutionalist Approach to the Encyclical *Evangelium Vitae*». *American Journal of Jurisprudence* 43, (1998), 135-192.
- Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, (5.5.1980), *Declaración "Iura et bona" sobre la eutanasia*.
- Sánchez Ostiz, P. *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, IB de f, Buenos Aires, 2008.
- Zambrano, P. y Sacristán, E. «El derecho a la vida y el aborto en la Constitución Argentina», en Legarre, S., Rivera, J., (eds.), *Tratado de Derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires, 2014, 690-701.
- Zambrano, P. «Las condiciones de inteligibilidad de las prácticas constitucionales. Una aproximación a partir del caso del aborto». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 138, (2013), 1111-1147.
- Zambrano, P. y Sacristán, E. «Semantics and Legal Interpretation. A Comparative Study of the Value of Embryonic life under Argentine and U.S. Constitutional Case law». *Journal of Civil Law Studies* 6, (2013), 137-140.
- Zambrano, P. «Privacidad y omisión de tratamientos médicos. La tolerancia del suicidio como efecto secundario». *Suplemento de Derecho, Familia y Persona. La Ley Argentina* III-Nº1, (2011), 255-260.
- Zambrano, P. *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Buenos Aires, Ábaco, 2005.

Casos Jurisprudenciales citados

- Argentina: Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Argentina S., M.C.C. s/Insania, (9/2/ 2005); Suprema Corte de Justicia Nacional, Argentina, *Bahamondez Marcelo s/medida cautelar* (1993), Fallos 316: 487, 500 (voto del Dr. Boggiano).
- Australia: *Brightwater Care Group (Inc) v. Rossiter* [2009] WASC 229.
- España: ATC 369/1984; TSJ de Castilla-La Mancha, AS 1991/2896; TSJ de Cataluña, AS 1991/5610; TSJ de Extremadura, AS 1992/1185, TSJ RJ 1993/3338; STC 120/90; STC 166/1996; STC 154/2002.
- Estados Unidos de América: *Cruzan by Cruzan vs. Director, Missouri Department of Health* (1990), 497 U.S 261: 279-280; *Washington vs. Glucksberg* (1997) 521 U.S. 702: 726-727; *Vacco vs. Quill* (1997) 521 U.S. 793: 807.
- Reino Unido: *Airedale NHS Trust vs. Bland* (1993). A.C. 789 House of Lords.