

Sobre la libertad y el derecho a morir

*Entre la determinación de Catón de Útica
y la decisión de Emiel Pauwels*

Jorge Octaviano Castro Urdaneta

La libertad en el Marco Jurídico Constitucional

En el contexto de la ilustración política y de la concepción del Derecho Natural Racionalista se postuló a la libertad desde el punto de vista político, como una condición arquetípica para el desarrollo del hombre. La afirmación que los hombres individualmente considerados tienen el igual derecho a la libertad y a la dignidad, incidió a no dudarlos en la concepción de las libertades consagradas en los diversos textos fundamentales recipiendarios de tales doctrinas¹.

La afirmación de la libertad como principio más allá de su concepción original de las constituciones liberales de los siglos XVIII y XIX, consagrada en la Constitución de 1811 en los artículos 153 y 157², es recogida en el artículo 20 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

Artículo 20. Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social...

El artículo parcialmente transcrito, comporta primordialmente desde una perspectiva sustantiva, el poder de autodeterminación de las personas, que se concretaría en la potestad de elaborar y desarrollar un

¹ Peña Solís señala que las libertades se conceptúan "como derechos, lo que en el contexto de la doctrina del Derecho Constitucional, conduce a estudiarlas a partir de los modelos conocidos como historicista, iusnaturalista racionalista y positivistas", cuyo análisis e implicaciones pueden verse en Peña Solís (2012).

² A saber: "153. La libertad es la facultad de hacer todo lo que no daña los derechos de otros individuos, ni el cuerpo de la sociedad, cuyos límites solo pueden determinarse por la ley, porque de otra suerte serían arbitrarios, y ruinosos a la misma libertad (...). 157. No se puede impedir lo que no está prohibido por la ley, y ninguno podrá ser obligado a hacer lo que ella no prescribe" (Cfr. Vilches S., 1996).

proyecto de vida, cuya materialización debe conciliarse con la interrelación necesaria del individuo en la sociedad y el ejercicio simultáneo del derecho por cada uno de sus integrantes y los intereses de la sociedad en general.

Para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, la lectura de esa libertad “no puede responder a un ideal absoluto que niegue la realidad y por el contrario, su tutela debe producirse en el marco de la ineludible interrelación de intereses que se producen en la sociedad, en la consecución del Estado Democrático, Social de Derecho y de Justicia, cada uno de los órganos que ejercen el Poder Público deben tutelar los principios y valores amparados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y entre ellos el principio de libertad, pero para que tal postulado pueda constituirse en una verdadera garantía, es necesario que el arquetipo institucional pueda potenciar efectivamente un desarrollo fluido de los intereses antagónicos en la sociedad”³.

La conceptualización del alcance y contenido del ejercicio de la libertad en cualquier ámbito del ejercicio del Poder Público —o de sus manifestaciones: activas (de hacer) o pasivas (no hacer)—es tributaria de la afirmación según la cual existe en principio espacios de actuación —acción u omisión— de las personas que no sólo deben ser toleradas por el Estado —o la sociedad— sino tuteladas por éste.

Así, en Venezuela al menos bajo el actual marco interpretativo de la Constitución formulada por la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el ordenamiento jurídico propendería a una concordancia no sólo en la confluencia de tales intereses antagónicos, sino a que “el ejercicio de las diversas competencias atribuidas entre los órganos del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y Ciudadano, evite un declive o degeneración terminal del sistema de derechos y garantías que se consagran en la Constitución”⁴ con lo cual se afirma el carácter positivo y no sólo de defensa de los derechos individuales⁵, en la medida que tal como señala Owen Fiss

³ Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 794 del 27 de mayo 2011.

⁴ Cfr. Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, números 1.115 del 16 de noviembre de 2010 y 794 del 27 de mayo 2011.

⁵ Según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en “las áreas de interés social, la plena autonomía de la voluntad de las partes sólo es tolerada si con ella se persigue el bienestar social, lo que significa que una parte

si bien en el pasado se asumía que el “Estado era el enemigo natural de la libertad (...). Hay una gran dosis de sabiduría en esta concepción, pero se trata de una verdad a medias. Ciertamente, el Estado puede ser opresor, pero también puede constituir una fuente de libertad” (Fiss, 1999, p. 12), por ejemplo, a través del ejercicio de la jurisdicción constitucional en la resolución de casos en los cuales la mayoría ha impuesto una discriminación contraria a los derechos fundamentales⁶.

Sin embargo, la concepción de la libertad para la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional aparentemente no partiría del postulado de una libertad plena ideal, ni de la libertad empírica de cada individuo, en cuanto a la posibilidad de desarrollar determinadas acciones, como por ejemplo la de disponer de la propia vida; sino respondería más bien a una libertad definida por las mayorías, vale decir delimitada por una idea de democracia de la mayoría, que se traduce en que la concepción respecto del proyecto de vida de la mayoría habilita restricciones y prohibiciones incluso en aspectos como la disposición individual de la vida en sí misma.

En tal sentido, de las decisiones de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia contenidas en la sentencia N° 1.431/08, caso: “Yolima Pérez Carreño” y su aclaratoria en el fallo N° 77/09⁷, se desprende que el alcance de las consideraciones en ellas contenidas se concretan

no pretenda -fundada en la autonomía- esquilmar a la otra, como puede ocurrir en el Estado de Derecho Liberal” (Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 85 del 24 de enero de 2002).

⁶ La Sala Constitucional, declaró por ejemplo, con lugar un recurso de nulidad por inconstitucionalidad, al determinarse que el artículo 57 del Código Civil, contradice palmariamente los artículos 21 y 77 de la Constitución, al establecer condicionamientos diferenciados en función del género y a la igualdad entre los cónyuges, no teniendo “la mujer (...) ningún impedimento legal para la celebración de nuevas nupcias con posterioridad a la anulación o disolución del matrimonio anterior” (Cfr. Sentencia N° 953 del 16 de julio de 2013). Sin embargo, en el Derecho comparado, resulta bastante más esclarecedor de lo antes dicho, el fallo dictado por la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso: “Brown v. Board of Education, May 17, 1954, que resolvió que las instalaciones educacionales separadas por motivo de raza, son inherentemente desiguales, al establecer que:

“We come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other “tangible” factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does (...). We conclude that, in the field of public education, the doctrine of “separate but equal” has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment. This disposition makes unnecessary any discussion whether such segregation also violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment”, en un contexto social que esencialmente apoyaba la doctrina de “separados pero iguales”.

⁷ Cfr. En línea en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1431-140808-07-1121.htm> y <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/77-10209-2009-07-1121.html>, respectivamente.

en dos planos. En primer lugar, en lo que se refiere a la resolución del caso en concreto ligada a las transfusiones de sangre en niños, niñas y adolescentes y en segundo término, en cuanto a las consideraciones “universales e integradoras” respecto del derecho a la vida, como parámetro interpretativo vinculante del ordenamiento jurídico.

En ellas se establece con carácter vinculante que:

- I. Los médicos tratantes están obligados a respetar las convicciones de los pacientes, por lo que sólo pueden válidamente transfundir hemoderivados con el consentimiento del paciente-objeto, a menos que ante inminente peligro de muerte la transfusión de hemoderivados sea la única opción para resguardar la vida al paciente;
- II. El paciente-objeto tiene derecho a que el médico tratante le informe debida y oportunamente sobre las posibilidades reales que existen en el país de ser tratado sin uso de hemoderivados y si el mismo está en capacidad de efectuar dicho tratamiento; en caso contrario, el paciente-objeto tiene derecho a que el médico tratante lo transfiera a otro médico en esa especialidad y;
- III. Sólo en casos de urgencia y de inminente peligro de muerte los niños, niñas o adolescentes podrán ser tratados con hemoderivados por los médicos sin autorización previa ninguna, si dicho tratamiento es imprescindible para preservarles la vida y si no existe en el país tratamiento médico alternativo al efecto.

A la par de los anteriores asertos se sostiene que **la vida como valor jurídico, no es un derecho disponible y por lo tanto ninguna persona puede comprometer el derecho a la vida so pretexto de ejercer cualquier otro derecho constitucional**, con lo cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, defiende una valoración del respeto a la vida como principio ético no sujeto a discusión en sentido general, ya que afirma una regla cultural de valoración objetiva que tiene pretensión de universalidad en su postulación, tanto en la resolución del caso particular, como en la generalidad de otros asuntos, en los cuales se planteó que el ejercicio de otro derecho constitucional, comporte la negación del derecho a la vida⁸.

⁸ La sentencia número 77/09 objeto de análisis estableció expresamente que: “las ideas expresadas por la sentencia cuya aclaratoria se solicita son universales e integradoras, basadas en una máxima general: la vida, como

Lo anterior introduce un elemento clave por ejemplo, en la interpretación del artículo 25.2 de la Ley del Ejercicio de la Medicina⁹, en tanto uno de los elementos a considerar como parte de los límites que por orden público no pueden ser objeto de disposición por parte de los paciente, sería optar por “cualquier” negativa que ponga en peligro inmediato y directo su vida. Para autores como Casal, la Sala “en su afán por proporcionar a la decisión tomada una fundamentación lo más abstracta posible la Sala pisa un terreno sumamente polémico, al aseverar que el derecho a la vida merece protección absoluta aun en contra de su titular”, agregando que no...

...sería razonable, pues, defender una protección estatal de la vida absoluta o incondicionada, que prive de significación a la voluntad del titular del derecho. Probablemente ni siquiera la Sala Constitucional estaría dispuesta a asumir todas las consecuencias de la premisa que sentó de manera un tanto irreflexiva y es allí precisamente donde reside el riesgo de propender a una resolución abstracta de colisiones constitucionales. (Casal, 2010, pp. 184-185)¹⁰.

Al margen de tales consideraciones y aun asumiendo en toda su amplitud las ramificaciones de un fallo de estas características, el único ámbito indiscutible de aplicación del artículo 25.2 de la Ley del Ejercicio de la Medicina, serían los casos de pacientes en fase terminal definitiva e inminente, que ciertamente pueden ser objeto de tratamientos que “preserven”, “resguarden” y que en definitiva “prolonguen” su vida, tales como las referidas a las transfusiones de sangre, diálisis, respiración mecánica, entre otras, cuando estos procedimiento médicos sean innecesarios o fútiles, vale decir que objetivamente se prolongaría la vida a personas moribundas en fase terminal bajo la prohibición de la

valor jurídico, no es un derecho disponible. Y como tal, las consecuencias jurídicas de esta declaración no afectan exclusivamente a los que profesan la religión Testigos de Jehová, sino también a todas aquellas personas cuya actuación u omisión, fundada o no en razones teológicas, pudiera comprometer el derecho a la vida so pretexto de ejercer cualquier otro derecho constitucional, pues, como se dijo, en esta sentencia de la Sala se concretan los valores y los patrones culturales de nuestra sociedad consagrados en nuestro ordenamiento constitucional frente al derecho a la vida”.

⁹ En Venezuela existe una regulación bastante general en torno a lo que se podrían calificar testamentos vitales en la Ley del Ejercicio de la Medicina, la cual establece: “Artículo 25. Sin perjuicio de lo que establezcan las disposiciones legales vigentes, los profesionales que ejerzan la medicina están obligados a: (...) 2. Respetar la voluntad del paciente o de sus representantes manifestada por escrito, cuando éste decida no someterse al tratamiento y hospitalización que se le hubiere indicado. Esta circunstancia deja a salvo la responsabilidad del médico. Sin embargo, la voluntad del paciente no podrá prevalecer en casos en que estén interesados la salud y el orden público conforme a la ley (...)” (Gaceta Oficial N° 39.823 del 19 de diciembre de 2011).

¹⁰ También véase a Peña Solís (2012).

distanasia¹¹, ya que como señaló la Sala Constitucional cualquier conflicto de otros derechos, garantías o principios constitucionales, debe ser resuelto a favor del derecho a la vida en la concepción fundamentalmente orgánica o fisiológica que parece desprenderse de las consideraciones de las sentencias antes referidas.

Ahora bien, debe destacarse que la propia Ley del Ejercicio de la Medicina no circunscribe la intervención o el tratamiento médico frente a la tutela de los derechos del paciente, a la garantía de la integridad física o el mantenimiento de su vida biológica, sino claramente tiende al resguardo de la persona integralmente considerada, por lo que se requiere autorización por escrito del paciente o de quien tenga su representación legal, para aquellos actos o procedimientos que “produzcan el condicionamiento o la pérdida transitoria de las facultades mentales”, con lo cual se abre paso a una perspectiva de la distanasia –en los términos ya mencionados– que desborda la garantía del derecho a la vida clínicamente estable y, se cimenta en el respeto y conservación de la dignidad, más aun si se tiene en cuenta, que el parámetro para determinar la procedencia de tales tratamientos, se contraen a que se realicen “exclusivamente para fines de la salud y del bienestar del paciente”¹².

La Ley del Ejercicio de la Medicina, al referirse como excepción del requerimiento de la manifestación de la voluntad por escrito para proceder a la implementación de tratamientos médicos en general, señala aquellos casos en los cuales estén interesados la salud y el orden público, con lo cual ciertamente no se hace referencia garantizar a determinados grupos mayoritarios o no en la sociedad, sus convicciones

¹¹ La distanasia es definida como aquellos tratamientos terapéuticos desproporcionados que prolongan la agonía de enfermos desahuciados o la “acción, intervención o procedimiento médico que no corresponde al objetivo de beneficiar a la persona cuando está en fase terminal, y que prolonga, en forma inútil y con sufrimiento, el proceso de morir, promoviendo la postergación de la muerte”. Pessini, 2004, p. 51). En ese sentido, el artículo 29 de la Ley del Ejercicio de la Medicina, establece que: “El ingreso y la permanencia de los enfermos o enfermas, en las unidades de cuidado intensivo deberá someterse a normas estrictas de evaluación, destinadas a evitar el uso injustificado, inútil y dispendioso de estos servicios en afecciones que no las necesiten y en la asistencia de enfermos o enfermas irrecuperables en la etapa final de su padecimiento”.

¹² El artículo 34, establece que “Los actos y procedimientos médicos realizados con fines diagnósticos o terapéuticos que produzcan el condicionamiento o la pérdida transitoria de las facultades mentales, requieren la autorización por escrito del paciente o de quien tenga su representación legal. En caso de extrema urgencia, si no existiese posibilidad inmediata de obtener el parecer o criterio del paciente o de su representante, se podrá realizar el procedimiento previa consulta y opinión de otro facultativo. De todo lo actuado se llevará un Acta en la cual deberá constar la opinión del médico que llevó a cabo el procedimiento y de quien compartió la toma de la decisión. Se deberá notificar al representante legal o al interesado a la mayor brevedad (...). Los procedimientos a que se contrae el presente artículo se emplearán exclusivamente para fines de la salud y del bienestar del paciente”.

respecto a la negativa, suspensión o requerimiento de tratamientos, sino a nuestro juicio esa excepción se refiere a la prohibición de conductas eutanásicas, entendiéndose por tales “los actos o procedimientos, por parte de un médico, para producir la muerte de un paciente, sin dolor y a petición de éste” (Álvarez del Río, 2005, p. 32), vale decir, la comisión de un hecho punible o bien cuando por razones de interés general como podrían ser aquellas vinculadas al control de epidemias requieran la intervención médica no consentida, como ocurre en el caso de los menores de edad, al señalarse que siempre que no fuere posible localizar de inmediato a sus representantes legales y cuando la gravedad del caso o la preservación de la salud pública lo requiera, los profesionales de la medicina podrán practicar exámenes clínicos, tomar, en caso de excepción, o hacer tomar y analizar muestras, ejecutar pruebas con fines de diagnóstico o de indicación o comprobación de la terapéutica que consideren necesaria y realizar intervenciones quirúrgicas, sin autorización previa (artículo 33 *eiusdem*, citado anteriormente).

Cabe igualmente señalar, que el ordenamiento jurídico venezolano garantiza en ese sentido, la protección a no ser objeto de manipulaciones médicas no consentidas y no el derecho a morir, en la medida que la eutanasia es ilegal, por lo que cualquier solicitud contenida en un testamento vital¹³ que comporte una conducta en ese sentido sería nula. Con lo cual, no se puede afirmar la existencia de testamentos vitales, con el alcance y características que asumen en el derecho comparado –angloamericano– ni se reconoce un derecho absoluto del paciente de negarse a recibir tratamientos sobre la base de la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, la posibilidad de autodeterminación en estos aspectos no es absoluta, debido a que no alcanza o implica un derecho a recibir determinados tratamientos que contraríen el debido ejercicio de la medicina, o lo que es lo mismo no se puede imponer al médico la obligación de aplicar el tratamiento señalado por el paciente.

El derecho a rechazar tratamientos se circunscribiría en Venezuela –además de lo ya señalado– a la posibilidad de dejar seguir el curso de la enfermedad o de la condición de salud en general (vejez) que inevita-

¹³ La llamada planificación anticipada de atención, testamento biológico, instrucciones previas, directrices anticipadas de tratamiento o el denominado living will o advance directives, que son estipulaciones que formula una persona competente, mediante la cual manifiesta inequívocamente su voluntad en relación a los tratamientos médicos que desea recibir si no tuviera la capacidad de expresar sus deseos al respecto.

blemente desembocará en la muerte del paciente en estado terminal, no implica un derecho a acelerarla (no se niegan los cuidados paliativos), pero sí un derecho a no extenderla, vale decir, en la prohibición de entornos distanásicos.

Sin embargo, la particular absolutización e indisponibilidad de la vida biológica contenida en la jurisprudencia antes comentada, desconoce varias realidades, una empírica como la existencia del suicidio, y otra sustentada por el propio ordenamiento jurídico, que a pesar de considerar como parte de la dignidad intrínseca del hombre, el que no exista la posibilidad de disposición de la vida ni por decisión de terceros ni de su propio titular, al menos desde el plano conceptual ello es contradicho, en la regulación de los trasplantes de órganos, en los cuales a la concepción tradicional de muerte como “la ausencia de todos los signos vitales o, lo que es lo mismo, la ausencia total de vida”, se plantea la concepción de muerte encefálica, en cuyo supuesto si sería procedente considerar legalmente muerta a una persona y proceder a utilizar su cuerpo en beneficio de otros. La contradicción radica en este caso a nuestro juicio, en una discriminación injustificada en la cual una persona con “signos vitales” debe ser atendida y sometida a tratamientos médicos para estabilizarla, salvo que aun manteniendo signos vitales (vgr. respiradores artificiales), se verifique una muerte encefálica, en cuyo caso ante la dignidad o la “vida como valor absoluto”, priva un criterio de utilidad de los órganos.

Entre la libertad y la arbitrariedad

El afirmar que en democracia la mayoría define el alcance y contenido de las libertades, no deja de poner de relieve la tensión entre la legitimidad de las decisiones democráticas y su adecuación al estado derecho, más allá del cumplimiento formal de los procedimientos para la validez de las mismas –verbigracia Una Constitución aprobada por referéndum que establezca la esclavitud de los negros– que se concreta en la afirmación según la cual la democracia es un sistema de la mayoría pero no para la mayoría, en tanto se debería cimentar sobre la base de los derechos y garantías fundamentales, que no sólo no desconocen a las minorías, sino por el contrario, debe potenciar un ejercicio del Poder Público para la sociedad en general y de medidas de acciones afirmativas en algunos casos.

En ese contexto, la idea de libertad debe tener cabida en la discusión respecto a la definición de las libertades consagradas en la Constitución,

en tanto esta no es un simple “instrumento de organización política, es decir, de distribución del Poder Político y de las formas a través de las cuales éste será ejercido”, ni un medio para que los “valores públicos” sean aquellos que “definen los ganadores de los procesos prescritos por la Constitución” o “los intereses individuales”, sino teniendo en consideración que “la idea de que la Constitución encarna una moralidad pública y que una vida pública fundada en esta moralidad puede ser rica e inspiradora” (Fiss, 2007, p. 226), en la medida que esta responda y abra espacios para la pluralidad propia de las sociedades.

Una aproximación en ese sentido, destaca la innegable importancia en términos generales de la libertad y las libertades como parámetro interpretativo, al constituirse en límites a la injerencia del Estado y de otros particulares, sin perjuicio que éstas adquieran real relevancia en su aplicación, en la medida que se atienda a los distintos regímenes estatutarios en los cuales se ejerce.

Ahora bien, sea partiendo de la lectura que reiteradamente ha hecho la Sala Constitucional en relación a lo limitada que se encuentra la voluntad particular respecto de las “necesidades generales” o de los principios generales de corte más liberal que tradicionalmente han informado la lectura de los derechos fundamentales en el Derecho Comparado, existe una posición más o menos amplia en la jurisprudencia y los ordenamientos jurídicos en general, que afirma la inexistencia de un “derecho a morir”¹⁴, el cual ha sido considerado como una manifestación de arbitrariedad. La aproximación que en general la doctrina y la jurisprudencia hacen respecto del principio de autonomía sobre la vida, es la de no reconocer un derecho a la muerte, tal como lo ha destacado el Tribunal Constitucional Español, al señalar que:

...el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien que se integra en el círculo de la libertad pueda la persona fácticamente disponer de su propia muerte, pero esa manifestación constituye una manifestación de *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la muerte, es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo un derecho subjetivo que implique

¹⁴ Nos referimos a “derecho” no como sinónimo de libertad (desde una perspectiva política o filosófica), sino en su acepción jurídica, como posición o estatus reconocido por el ordenamiento jurídico exigible por vía jurisdiccional.

la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir¹⁵.

Entre los diversos acercamientos que pueden realizarse al tema del “derecho a morir”, nos interesa aquella que parte de la bioética y particularmente con el principio de autonomía, en el cual resume la tensión entre la afirmación de voluntad del enfermo como ley suprema –*aegroti voluntas suprema lex*- y el bienestar o salud del mismo como factor rector en las decisiones del médico o de los servicios de salud frente a los intereses de sus usuarios –*aegroti salus suprema lex*-.

Para ello, se debe advertir que el planteamiento de los principios de la bioética, responden a la concepción liberal-individualista del hombre, en el cual resulta cardinal el concepto de autonomía, entendida en términos generales en el ideal de autonomía kantiano, conforme al cual se proclama a “la autonomía de la voluntad como principio supremo de la moralidad” (Kant, 1996, p. 15), que confiere al hombre la capacidad de constituirse en legislador, en la medida que se responda al imperativo categórico de obrar sólo según la máxima a través de la cual se pueda querer al mismo tiempo que la obligación moral se convierta en una ley universal (Nino, 2005, pp. 402-408).

Así, para sustentar la universalidad de los deberes morales, Kant plantea que éstos se fundan en la voluntad de la persona y se materializa a través de una regulación propia, que debe cumplir con la exigencia de universalidad de sus mandatos, lo cual no sería posible lograr si la “voluntad” depende de una persona común caracterizada por vocaciones o preferencias propias o inducidas por el entorno en el cual se desenvuelve, pero si en el marco de una construcción ideal de un sujeto racional o autónomo que fija los deberes morales conforme al imperativo categórico, que permita afirmar su objetividad y trascendencia.

Sin embargo, este modelo bifronte del sujeto racional y la persona empírica es abandonado durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, por lo que Giuseppe Abba denomina el sujeto utilitario o liberal, que se “corresponde casi exactamente con el sujeto empírico kantiano (...) ‘es portador de intereses, pero está desvinculado; esto significa que ninguna moral y ninguna concepción del bien son reconocidas por él como normas independientes de su propia

¹⁵ Fallo número “137/1990, 19 julio”, del Tribunal Constitucional español.

decisión' (...)", con lo cual se desdibuja la objetividad y universalidad planteada por Kant y diseña en su lugar una "autonomía de la arbitrariedad" (Massini Correas, 2011, pp. 74-76), que es concebida como una libertad del hombre para fijar las normas morales que definirían igualmente las reglas que limitarían ese mismo arbitrio, con una salvedad tributaria del pensamiento de John Stuart Mill, como es la máxima de reconocer y respetar la misma autonomía al resto de las personas¹⁶.

Por lo que este sujeto liberal, según señala Massini Correas constituiría desde el punto de vista conceptual un agente extraño a la moralidad, en la medida que es el resultado de la afirmación de dos proposiciones contradictorias, que se resumen en sostener que todo deber es producto del ejercicio de la autonomía de personas cautivas de sus pasiones (sujetos) y a su vez que esas decisiones son objetivas, pero además puede conducir a conclusiones igualmente inconsistentes, en tanto una aplicación del principio de autonomía que parta del sujeto liberal, niega toda posibilidad de educación moral o de imposición heterónoma¹⁷ de la moral producto de la tradición cultural, en tanto que esta circunstancia limitaría su autonomía –la libertad– por cuanto la transmisión o las enseñanzas de pautas, valores o principios restringirían el razonamiento moral de los sujetos y en general esa libertad ideal absoluta y originaria.

Lo dicho hasta este punto, constituye una objeción que abordada desde diversas perspectivas¹⁸, conduce en el campo de la bioética al

¹⁶ Se señala que: "*The liberty of the individual must be thus far limited; he must not make himself a nuisance to other people. But if he refrains from molesting others in what concerns them, and merely acts according to his own inclination and judgment in things which concern himself, the same reasons which show that opinion should be free, prove also that he should be allowed, without molestation, to carry his opinion into practice at his own cost*" (Mill, 1998, p. 66).

¹⁷ Respecto del concepto de heteronomía, cabe señalar que "una voluntad pura que es su propia legisladora (autonomía), puede exigir como motivo de su obediencia sólo la idea del deber (interioridad). En cambio una legislación que la voluntad no se ha dado a sí misma (heteronomía), se entiende que acepte cualquier motivo de obediencia a la ley (exterioridad)" (Tosta, 2009, p. 78).

¹⁸ Desde el punto de vista semántico por ejemplo, la voz "autonomía" es polisémica, siendo que unas de sus principales acepciones serían: (i) la libertad de elección, cuya limitación estaría dada por los impedimentos a la manifestación libre de la libertad, los llamados en el ámbito jurídico vicios del consentimiento -vgr. Error- y (ii) la autolegislación, cuya negación o restricción, sería la imposición de normas que no sean generadas por el propio sujeto, respecto de lo cual autores como MASSINI CORREAS, ha señalado que: "resulta completamente ilegítimo 'pasar' indiscriminadamente de una de estas nociones a la otra, como si se tratara de la misma significación de los términos y, de ese modo, v.gr., inferir ilegítimamente desde la incuestionada e incuestionable realidad de la 'autonomía personal' en el sentido (i), la efectividad o valor de la 'autonomía de emancipación' o 'de autolegislación' en el sentido (iii), cuya existencia resulta altamente cuestionable. Dicho de otro modo, se trata del argumento según el cual, porque el hombre es libre con libertad de albedrío, tiene entonces el derecho de dictarse las propias normas morales, argumento que no resulta conducente desde ninguna perspectiva lógicamente válida. Se incurre en este

cuestionamiento de la validez y alcance del principio de la autonomía en los términos en que concibió originalmente, por mostrar importantes limitaciones para lograr una verdadera materialización del mismo, ya que:

...el ámbito de aplicación donde el pretendido ‘principio de autonomía’ muestra de modo más evidente sus limitaciones y falencias, es casualmente en el de la bioética, ya que, al menos en las exposiciones canónicas que hacen de este principio los ya citados Beauchamps y Childress, así como este último en forma individual, se presentan tantas dificultades para hacerlo operable y efectivo, que resulta mucho más razonable prescindir de él. En efecto, luego de haber enunciado el principio, denominado más sensatamente ‘principio de respeto por la autonomía’, estos autores analizan los inconvenientes que se presentan para que pueda hablarse de autonomía moral del paciente en la enorme mayoría de los casos que debe afrontar la bioética, llegando a la conclusión de que en la gran mayoría de éstos, debe recurrirse a un consentimiento —expresión de la autonomía moral— de carácter tácito, implícito, presunto, formulado por los parientes, sustitutos o tutores, imperfecto, condicionado, etc.’; en otras palabras, a un consentimiento que no es tal, sino una mera ficción adoptada para salvar las apariencias de un principio que lisa y llanamente no tiene operatividad en ese ámbito

(...)

Finalmente, cabe avanzar la hipótesis, que deberá ser verificada en otra oportunidad, acerca del carácter primordialmente ideológico de las propuestas de un principio de autonomía, tanto en la ética general, cuanto en la bioética; esta hipótesis defiende que el origen de ese principio en el pensamiento ilustrado lo integra en el marco de la ideología liberal y le otorga el carácter pseudoemancipatorio que caracteriza a todas las ideologías y en especial a la liberal; por lo tanto, no se trata en este caso de un principio descubierto filosóficamente, sino de un artificio construido intelectualmente y destinado a satisfacer las exigencias de una ideología concreta; esto explica, en definitiva,

caso, ni más ni menos, que en el llamado ya por Aristóteles ‘sofisma de homonimia’, por el que se utiliza en el razonamiento una misma palabra, pero con significaciones distintas, con la finalidad de pretender que se concluye legítimamente, cuando, en realidad se trata de una inferencia ilegítima o falaciosa” (Massini Correas, 2011, p. 80).

que a pesar de los numerosos y fuertes argumentos esgrimidos en su contra y de su fracaso como guía en la praxis ética y bioética, siga siendo mantenido todavía por toda una corriente relativamente importante del pensamiento moral contemporáneo. (Massini Correas, 2011, pp. 88-95)

Respecto de los anteriores asertos, ciertamente la autonomía como manifestación particular de la libertad, no puede constituirse en el “principio cardinal y dirimente de los conflictos” a solucionar en el marco de la bioética; más aún cuando la autonomía debe entenderse primordialmente en sentido negativo o de no imposición o coerción, más que como un reconocimiento de un poder absoluto y excluyente al ejercicio o la intervención de los médicos o del sistema de salud; pero si tiene utilidad como elemento a considerar en la resolución de los mismos desde un punto de vista jurídico, en la medida que tales planteamientos serán resueltos en sede jurisdiccional, y por lo tanto sometidas al arbitrio judicial, el cual suele ser una conciliación de elementos cognoscitivos y actitudes valorativas, que le permiten interpretar los hechos y el derecho a partir de su conciencia jurídica material, con la expectativa de lograr que su fallo sea considerado como justo “o, al menos, como socialmente deseable” (Moreso y Vilajosana, 2004. p. 186), bajo la convicción que el derecho “debería proporcionar un conjunto coherente y completo de respuestas para todo caso jurídico [lo cual] constituye un ideal teórico y práctico que subyace a la mayoría de los desarrollos contemporáneos en la filosofía del derecho” (Alchourón, 2010, p. 175) (corchetes añadidos).

Además, debe destacarse que la vinculación entre el médico y el paciente se ha perfilado en muchos aspectos no de forma paternalista, sino en una relación de mutuo consentimiento similar a una relación contractual, en la cual se postula o requiere el conocimiento de los alcances y riesgos de un tratamiento. En tal sentido, debe tenerse presente que el deber del médico de informar a sus pacientes sobre su condición de salud y en relación con los procedimientos que se consideran necesarios, no ha sido siempre una obligación del médico. En Occidente, la medicina asumía, así, una perspectiva paternalista hasta el siglo XX inclusive, en la cual los médicos sólo informaban aquello que consideraban necesario para facilitar la mejoría o alivio de los padecimientos de la salud de sus pacientes, con lo cual era una verdadera potestad del galeno determinar la cantidad de información que debía suministrar.

En la actualidad bajo el concepto del consentimiento informado¹⁹, se ha ido caracterizando un proceso gradual en la relación médico paciente, en la cual el paciente acepta, o no, someterse a un procedimiento diagnóstico o terapéutico después de que el médico le haya informado suficientemente acerca de la naturaleza, los riesgos y beneficios que estos conllevan y de sus posibles alternativas, concretándose así en el derecho del paciente y en el deber del médico tratante, pero a la par, se ha formulado toda una regulación en torno al llamado privilegio terapéutico, adoptado por la jurisprudencia de Estados Unidos, particularmente por la Corte de Apelaciones del Distrito del Circuito de Columbia²⁰, que estableció el criterio según el cual el médico tiene un privilegio terapéutico que lo capacita para ocultarle información al paciente, relacionado a los riesgos del procedimiento al que va a ser sometido, en aquellos casos que fuera evidente que el reconocimiento médico demostrara que tal revelación supondría una grave amenaza para la integridad psicológica del paciente.

En ese contexto, el llamado “principio de autonomía” debería ser entendido no como el reconocimiento de la arbitrariedad, sino vincularse al establecimiento de condiciones que permitan la exigencia de la responsabilidad tanto del paciente como de los médicos, teniendo presente en todo caso, que en la relación médico-paciente hay una asimetría infranqueable, en tanto que el paciente —y los sujetos que el ordenamiento jurídico reconoce como sustitutos de la voluntad del mismo— no sólo son ajenos a los conocimientos en la materia, sino su estado de discernimiento está condicionado por el padecimiento físico o psíquico.

Tales circunstancias no constituyen a nuestro juicio un impedimento para afirmar la libertad y la responsabilidad en las decisiones vinculadas a la bioética, en la medida que son elementos propios e inescindibles de la realidad, siendo que tal como señala Dennett, cualquier plantea-

¹⁹ El desarrollo del consentimiento informado, debe encontrarse en los postulados liberales y, fundamentalmente, en la concepción de la libertad individual y autonomía de la voluntad, pero es en el ámbito jurisprudencial donde tiene su antecedente fundamental, particularmente en una sentencia de 1914 de la Corte de Apelaciones de Nueva York la cual conoció una demanda interpuesta por Mary E. Schloendorff contra The Society of the New York Hospital. En el fallo de la Corte de Apelaciones de Nueva York, caso: “Schloendorff v. The Society of the New York Hospital (105 N.E. 92) 1914”, a pesar de que se declaró la irresponsabilidad de la institución hospitalaria, se sostuvo que “todo ser humano adulto y sano mentalmente, tiene derecho a determinar qué es lo que el hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente”, lo que se constituyó en un precedente en la materia (Castro Urdaneta, 2012, pp. 82-95).

²⁰ Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. “Canterbury v. Spence, 464 F2d 712 (DC Cir 1972)”.

miento respecto de la autonomía (libertad-responsabilidad) “considerada como un estado metafísico, no tendrá derecho a reclamar nuestra atención en tanto no sea posible relacionarla con algún desiderátum social reconocible” (2000, pp. 186), más aún cuando, como señala el mismo Dennett:

...vemos cuan sólida puede ser una visión naturalizada de nosotros mismos, somos menos propensos a dejarnos seducir por las teorías absolutistas y perfeccionistas que niega a asimilar la ciencia o el sentido común. Una versión más realista de la racionalidad humana –que tome en cuenta el problema de la finitud– será más versátil y poderosa que las teorías exageradamente idealizadas que dieron origen a las paradojas tradicionales (2000, pp. 194).

En todo caso, la imposibilidad de subsumir bajo el esquema kantiano el “principio de autonomía” en los términos expresados por Massini Correas, no excluye la utilidad del mismo en el marco de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en casos vinculados con la bioética, en la medida que el Estado de Derecho propugna en todas las formas que puedan asumir los regímenes democráticos, la necesidad de afirmar la libertad como regla y la restricción como excepción, como modelo de las relaciones entre los sujetos públicos y privados que integran la sociedad²¹, lo cual no sólo tiene una cardinal incidencia en el marco de la lectura y el ejercicio de los derechos, sino permite cuestionarse en el plano jurisdiccional y regulatorio en general, si el patrón de autonomía no deba responder a una construcción objetiva, incondicionada e intemporal, sino a su naturaleza empírica, más aun sí se ha afirmado por ejemplo que el legislador “tiene la obligación de legislar para la realidad nacional”²², lo que comportaría en muchos casos una revisión de los valores y bienes objeto de protección constitucional o en términos de Nietzsche en afirmar que “los pesos de todas las cosas han de ser fijados de nuevo” (Nietzsche, 2002, p. 104), tal ocurriría en una revisión de las prohibiciones de asistencia al suicidio.

Estar a la altura de la libertad

Desde la antigua Grecia se ha puesto de relieve el dilema entre el Estado y las necesidades individuales de las personas o grupos que los integran, como Antígona en la tragedia de Sófocles constató con Creonte

²¹ Sobre las implicaciones de la libertad como regla y la restricción como excepción, véase a Casal (2010, pp. 38-42).

²² Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, número 1.178 del 13 de agosto de 2009.

respecto de la posibilidad de enterrar a su hermano muerto, existen normas o creencias que dan sentido a nuestra vida y ellas pueden entrar en conflicto con las reglas que se imponen en un estado democrático, en el cual las leyes –y las interpretaciones que los jueces comúnmente hacen de ellas– son hechas por la mayoría –y su concepción particular sobre algunos temas, la forma de morir por ejemplo– ajenas a las necesidades de las minorías o de los individuos particularmente considerados.

En la democracia, los valores de pluralismo y respeto de los derechos individuales cobra una cardinal importancia²³, y como bien señala Stefano Rodotà:

las reglas del vivir y morir, en efecto tienen su raíz en el respeto de la autonomía de la persona (...) y deben ser protegidas frente a los riesgos (...) de volver a poner en manos de sujetos externos el Poder de adueñarse del cuerpo y su destino. (2010, p. 285)²⁴

Esa –a diferencia del criterio de la Sala Constitucional– ha sido la posición de los ordenamientos jurídicos respecto de la autonomía de la voluntad, para afrontar las disyuntivas sobre las directrices de los pacientes y el deber de los médicos y el estado de garantizar los derechos fundamentales a la salud y la vida, siendo el punto a afincarse no la tutela abstracta del derecho a la vida, sino abordar aspectos puntuales como el consentimiento informado y yuxtaponerlos con planteamientos vinculados a la concepción integral (dignidad) u orgánica de la vida en cada caso.

En el Derecho Comparado, sería interesante referir por ejemplo, la evolución en los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual en caso *PRETTY VERSUS REINO UNIDO* (2002), sostenía que el derecho a la vida no comporta un derecho a morir o en *HAAS*

²³ En una sociedad democrática, existe la necesidad de reparar situaciones de injusticias estructurales en la sociedad, hacer efectiva la igualdad material, para lo cual se requieren acciones para evitar la discriminación por razones de género, raza, religión u otros, que se materializan por ejemplo, hasta en el establecimiento de porcentajes particulares en el seno de la asamblea o congreso, para lograr la participación de grupos sub-representados, con lo cual se pretende garantizar la posibilidad de formar parte de las deliberaciones que deben darse en las instituciones que tienen a su cargo definir o desarrollar las reglas de convivencia en la sociedad. La razón de ello se fundamenta, en el concepto de soberanía que la propia Constitución recoge en su artículo 5, al establecer que la soberanía "reside intransferiblemente en el pueblo" y que como señala FERRAJOLI, "no es más que un principio de legitimación negativo de la democracia política", con lo cual se prohíbe que sea usurpada por una persona o grupo de ellas, sean mayoritarias o no, ya que la soberanía no pertenece a ningún hombre o sector de la sociedad distinto al pueblo entero (Ferrajoli, 2011, p. 13).

²⁴ También puede verse a Nussbaum (2009).

VERSUS SUIZA (2011), donde se consolidó una visión paternalista en el tema, al sostenerse que los Estados tienen autonomía para anteponer la tutela de la protección de la vida a la voluntad del paciente que desea morir, pero recientemente, en el fallo GROSS V. SUIZA (2013)²⁵, se advirtió (reiterando la inexistencia de un derecho fundamental a morir) una violación del derecho a la intimidad, por la falta de claridad de la legislación Suiza, de determinar en qué casos una persona capaz, pueda requerir la prescripción de una sustancia que le ayude a morir.

Las consideraciones de dicho Tribunal responden ciertamente a las necesidades y concepciones propias de las sociedades sometidas a su jurisdicción, sin embargo lo que si debe ser objeto de interés, es lo ilusorio que pueden llegar a ser interpretaciones que pretendan en orden a lograr una “seguridad jurídica general” e imponer valores con fuerza normativa intemporales y absolutos, ya que en la labor de interpretación jurisdiccional se debe tener en consideración que “el derecho que efectivamente rige, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento” (Zagrebelsky, 2008, p. 122), y tal como afirma como Postner “el juez y, por ende los abogados no pueden olvidarse del futuro” (2007, p. 59), con lo que en la resolución de casos difíciles o controversiales como el aborto, eutanasia o la manipulación genética entre otros, que además se encuentran vinculados a un constante cambio directamente proporcional al avance de la tecnología, lo prudente sería que las resoluciones de tales asuntos, tengan en cuenta la tolerancia y pluralidad política propia de los estados democráticos, siendo los argumentos interpretativos medios para consolidar esos principios generales consagrados en la Constitución.

Reconocer un “derecho a morir” desde el punto de vista técnico jurídico, como parte de un derecho humano o incluso como un derecho fundamental o constitucional, comportaría contradicciones internas importantes en su aplicación y justificación, dada la concepción general

²⁵ En particular el fallo, aseveró que: “69. Having regard to the above considerations, and, in particular, the principle of subsidiarity, the Court considers that it is primarily up to the domestic authorities to issue comprehensive and clear guidelines on whether and under which circumstances an individual in the applicant’s situation – that is, someone not suffering from a terminal illness – should be granted the ability to acquire a lethal dose of medication allowing them to end their life. Accordingly, the Court decides to limit itself to the conclusion that the absence of clear and comprehensive legal guidelines violated the applicant’s right to respect for her private life under Article 8 of the Convention, without in any way taking up a stance on the substantive content of such guidelines”, consultada en línea el 19/7/13, en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-119703#%7B%22itemid%22:%5B%22001-119703%22%7D>.

del cual es tributario desde el punto de vista general en cuanto libertad, así como particular como institución jurídica.

Desde una perspectiva de la libertad, ya señalamos que la misma no se manifiesta en la realidad como un estatus absoluto previo y que tal consideración puede en todo caso entorpecer la solución correcta en muchos asuntos a resolver en el marco de la bioética, pero igualmente afirmamos que la libertad empírica o limitada, constituye un valor preponderante en las sociedades democráticas y su tutela y preservación, un instrumento útil para los individuos y los grupos sociales, pero particularmente desde su aspecto como parte de los derechos fundamentales, los cuales, como señala Ferrajoli, son

siempre leyes de los más débiles contra la ley del más fuerte, que bien puede ser la del propio mundo y de las propias culturas, que después de todo, no son nunca entidades orgánicas y monolíticas, sino siempre incluida la nuestra, universos complejos en cuyo interior conviven, a veces en conflicto, culturas y sub culturas diversas e incluso opuestas. (2011, p. 308)

Circunstancia ésta irrealizable en la medida que el Estado u otros sujetos puedan al margen de la Constitución, anular la posibilidad de una persona o grupo social de elegir sus planes de vida, el desarrollo de sus creencias, tradiciones o tendencias.

Al evitarse la expresión derecho fundamental a la muerte, se habilita la posibilidad del Estado de restringir el “interés de libertad”²⁶ de terminar por ejemplo con un tratamiento médico en el caso de los menores de edad²⁷ y evitar que cualquier “interés razonable del Estado”, en el marco de una prestación positiva de tutela de ese “derecho”, pueda poner en riesgo a miembros vulnerables de la sociedad²⁸ y la posibilidad cierta

²⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos, caso: “Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497, U.S. 261 (1980)”. Véase también a Robertson (2006); U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 112. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=939094> y “Schiavo and its (In)Significance. U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 86; Stetson Law Review, Vol. 35, pp. 101-121, 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=692901> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.692901>.”

²⁷ Aunque incluso objeciones de tal naturaleza han sido objeto de cuestionamiento y análisis, tal como ocurre en la actualidad en Bélgica, la cual legalizó el derecho a la eutanasia para adultos en 2002, y “el Senado votó a favor de extender esa ley a niños con enfermedades terminales que sufren un dolor físico insoportable” (http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/01/140109_eutanasia_para_menores_de_edad_belgica_ao.shtml).

²⁸ En la democracia, uno de los intereses o preocupaciones fundamentales sería evitar la legitimación de formas de manipulación de la sociedad, ya que como señala Delgado Ocando “El abuso del poder de información y el sometimiento ya indicado de la industria cultural y la política aumentan la capacidad para manipular la libertad y

derivada de experiencias como la holandesa de iniciar una “pendiente resbalosa” (Keown, 2004, *passim*).

En Venezuela la discusión debería versar sobre el derecho a la vida y la dignidad del hombre, no de forma excluyente desde un punto de vista biológico, lo que plantea el problema del relativismo –en la medida que todas las culturas tienen un concepto de dignidad, incompleto o incompatible desde una perspectiva ajena– y genera la necesidad de una construcción transcultural que propenda al diálogo necesario para la resolución de los problemas que subyacen en toda sociedad.

Parte de la doctrina sostiene que la dignidad de toda persona exige que el paternalismo estatal no pueda considerarse como la imposición de “ideales personales o planes de vida que los individuos no han elegido, sino imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente” (Villajosana, 2007, p. 235) individualmente considerados o como parte de grupos, contra acciones u omisiones que inciden desfavorablemente contra sus propios intereses subjetivos o de las condiciones que hacen estos realizables.

Así, la procedencia de las medidas paternalistas han sido sometidas a la concurrencia de una serie de requisitos, tales como la existencia de una persona o grupo en una especial situación de desventaja comparativa, que permiten calificar la existencia de un grado relevante de insuficiencia o incapacidad básica, que requiere la intervención estatal a los fines de imponer una medida en su beneficio²⁹, por ello Joseph

para producir el consenso en beneficio de los intereses dominantes. Apenas hay que agregar a este fenómeno de alienación, que ha sido ‘desocultado’ magistralmente por los filósofos de Fráncfort, y que pone en tela de juicio la legitimidad de la sociedad democrática concebida en términos de régimen de libertad” (2003, pp. 538-539). También puede verse Pegoraro (2010).

²⁹ Tal como ocurre en los casos de aplicación de la doctrina del *parens patriae*, cuyo origen debe ubicarse en el Reino Unido aproximadamente en el siglo trece, conforme al cual se reconocía que el rey como “padre” o regente del Estado, estaba en la obligación de resguardar los intereses de aquellos que no estaban en capacidad de cuidarlos por sí mismos; lo cual se concretaría en la actualidad en afirmar que, en algunos casos, los ciudadanos que se encuentran en la necesidad de contar con alguien que pueda actuar como un familiar capaz de tomar decisiones o, incluso, emprender actuaciones en su favor, es posible que la mejor opción sea aceptar que el Estado es el mejor calificado para asumir ese rol. Véase sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, “Heller vs. DOE (509) US 312”. En el caso “Charan Lal Sahu vs. Union of India (1990) 1 SCC 613 (vide paras 35 and 36)”, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la India, señaló al respecto que el *parens patriae* es el poder inherente de proporcionar protección a personas non sui juris, como menores o enfermos mentales incapaces (así como a su propiedad), pero también se refiere a la *Parens patriae* jurisdiction, que ha sido definido como el derecho del Estado de imponer deberes sobre las personas, en orden a garantizar el interés público de proteger a personas bajo una discapacidad y que no tienen un protector legal.

M. Villajosana ha señalado acertadamente que “la justificación de una medida paternalista exige, además de la presencia de un incompetente básico, que tal medida se lleve a cabo con el objetivo de beneficiar a éste. En efecto, se requiere un interés benevolente en el incompetente básico en aras de superar los inconvenientes que trae aparejada la incompetencia para el propio incompetente, que es tanto como decir procurar que no se dañe a sí mismo”³⁰, en aras a lograr establecer las condiciones mínimas para que éste pueda desarrollar sus propios planes de vida en la sociedad.

Si en el arquetipo constitucional “el ejercicio de la actividad gubernamental debe darse en el marco del principio de participación, entonces se tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean (...). Al consagrar la Constitución la participación como principio, no solamente se establece un parámetro interpretativo del ordenamiento jurídico, sino una verdadera obligación en todos los órganos del Poder Público de materializar ese principio en el desarrollo de sus competencias, por lo que el Estado y los ciudadanos deberán actuar en un marco de responsabilidad y eficacia mínima”³¹, lo que en términos más generales, es como bien apunta Jeremy Waldron, reconocer que:

cuando identificamos a alguien como portador de derechos (*rightbearer*) expresamos algún tipo de confianza en las capacidades morales de esa persona, en especial en su capacidad para pensar responsablemente sobre la relación moral entre sus intereses y los intereses de los demás. La posesión de esta capacidad –un sentido de la justicia, si se prefiriese la base principal para tener competencia democrática. Nuestra convicción de que los hombres y mujeres comunes poseen lo necesario para participar en el gobierno de la sociedad es, de hecho, la misma convicción que aquella sobre la que se base la atribución de derechos. (2005, p. 337)

Ese derecho de participar y de definir las cuestiones relevantes que afectan a la sociedad, sobrepasa el simple reconocimiento de intervenir en los ámbitos comunales o locales –por ejemplo construir una acera– sino a la posibilidad de generar discusiones sobre la definición de límites de libertad real en una sociedad, como ocurre en las distintas fases de la vida

³⁰ JOSEPH M. VILAJOSANA. Ob. Cit., p. 247.

³¹ Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia números 471 del 10 de marzo de 2006 y 1.117 del 5 de junio de 2006.

entre los cuales se encuentra el proceso de muerte, siendo entonces que la aproximación al principio de autonomía y la posibilidad de disponer de la propia vida, debería responder en un marco democrático al señalamiento de Dworkin, al afirmar que hacer que alguien muera de un modo que otros aprueben, pero que el interesado considera una aterradora contradicción de su vida, es una devastadora y odiosa forma de tiranía (Dworkin, 1993, p. 216).

Ahora bien, apartando los vicios en el consentimiento que permitan afirmar que una persona que desea morir no constituye necesariamente un sujeto incapaz (Domínguez Guillén, 2010, *passim*) en la medida que sea posible sostener que no todo suicidio sea patológico³², otro punto a cuestionarse sería que el ejercicio de esa libertad de disponer de la vida propia y a la no intervención de terceros, no comporta una prestación del Estado de servicios eutanasicos, no desde el punto de vista de la posibilidad material de regulación legal, tal como ocurre en el Derecho Comparado (Holanda, Bélgica o Suiza), sino en la coherencia y validez de los fundamentos a los cuales respondería tal regulación.

Sobre este aspecto, se debe tener en cuenta que como consecuencia de los avances de la medicina occidental, existe una tendencia a considerar que la misma ofrece medios eficaces para el tratamiento y destierro del dolor, así se puede afirmar la existencia de una cultura del alargamiento de una vida ajena al dolor, que termina por desconocerlo como parte integral de la misma.

El dolor al cual se hace referencia, se concibe normalmente como una sensación molesta y aflictiva de una parte del cuerpo por causa interior o exterior y como se puede apreciar, utiliza la voz sensación, la cual se vincula directamente con la impresión que las cosas producen por medio de los sentidos, y se le da una connotación fundamentalmente biológica a lo que, en realidad, constituye una percepción condicionada por experiencias vividas, influidas por la cultura y la subjetividad individual.

³² El suicidio no patológico "es el acto de quitarse la vida realizado por una persona que no se halla bajo la influencia de alguna enfermedad o trastorno mental relacionado con la psicosis, esquizofrenia, melancolía o depresión mayor" (Fariás, 2007, p. 29). Aunque no debe dejar de señalarse que el suicidio podría ser una forma extrema de retroflexión, en la que el sujeto se mata en lugar de matar a quien le ha hecho sufrir (Perls, 2001, p. 50) pero ello no obsta a que el suicidio sea para Lacan el "único 'acto acabado', en tanto que se trata de uno que, en su aparente fracaso, posibilita la restitución de la dignidad de un sujeto. Ello es así porque, bajo particulares circunstancias, sólo es posible salir de la captura que produce el deseo del Otro, de la alienación, 'recortándose', diciéndole un no a la ley del Otro. Aunque el único modo sea con la propia muerte" (Fariás, *Ibid*, pp. 32-33).

Sin embargo, el dolor es una experiencia sensorial y emocional, en él se concentran elementos orgánicos, psicológicos y culturales, por lo que la experiencia del dolor no es objetivamente medible y constituye un hecho irrepetible de una persona a otra, ello no solo se hace evidente en procesos como los de la muerte, sino en circunstancias como los partos en los cuales pueden existir elementos fisiológicos que generen dolor a las personas pero el que existan, o la manera cómo se perciban, no es de modo absoluto generalizable³³.

Por la obsesión por evitar el dolor, se introduce un dilema ético, particularmente en lo que se refiere a la utilización de fármacos (analgésicos) o de procedimientos eutanásicos, en la medida que se consideren como manifestaciones del carácter humano de los tratamientos médicos o de la prestación del servicio de salud en general³⁴, cuando en realidad el poder afrontar el dolor, manejarlo, asumirlo o sobreponerse al mismo es una parte esencial al desarrollo del hombre o su homeostasis con su entorno. Por ejemplo, la diferencia entre el duelo (dolor) normal y patológico como consecuencias de la pérdida de un ser querido, en el cual, como señala Nasio:

en el duelo normal, el retiro de la libido se desplaza progresivamente a otro objeto (...). Mientras que en el duelo patológico, una vez desprendida del objeto perdido, la libido se disemina en el conjunto del yo y se cristaliza bajo la forma de una identificación coagulada de la imagen del objeto perdido. (1998, p. 202)

Desde un punto de vista general, el discurso más extendido en nuestra actual sociedad constantemente empuja al hombre a la búsqueda del

³³ En ese sentido téngase en cuenta como dato, que la cultura cristiana occidental está signada por una predisposición al dolor en el parto, basta recordar un pasaje de la Biblia conforme al cual Dios le dijo a la mujer: "Tantas haré tus fatigas cuantos sean tus embarazos: con dolor parirás los hijos. Hacia tu marido irá tu apetencia, y él te dominará" (Génesis 3:16) y, sin embargo, existe toda una realidad contraria a la visión de una mujer gritando en un lecho de dolor indescriptible, casi insoportable, bajo la guarda de un crucifijo en la cabecera de su cama o, bien en tiempos modernos, en un entorno altamente "medicalizado" y que solo mediante anestesia podría sobrellevarse tal padecimiento. Sin embargo, se puede constatar por ejemplo, que para las etnias aborígenes de Venezuela, el proceso de parto no es un estigma de dolor.

³⁴ Verbigracia, el uso del llamado "sapo" por la mujer, parece un elemento indispensable en el postparto, aunque se agraven sus dolencias, una vez privada de ello al abandonar la institución médica -El "SAPO o Servicio de Analgesia Post Operatoria lo definimos como: 'Confort, satisfacción y ausencia total de dolor', así como de las diversas molestias que normalmente acompañan al post operatorio de las cirugías que frecuentemente. Involucra la utilización de medicamentos y drogas analgésicas mucho más potentes que los analgésicos convencionales, tanto por vía intravenosa (IV), como por vía peridural, garantizando un control eficaz, inmediato y continuo del dolor Post-Operatorio. Usualmente se prefiere la utilización de la vía peridural debido a la menor cantidad de efectos colaterales asociados, y a la mayor efectividad en el control del dolor post operatorio y el estrés quirúrgico" (destacado añadido).

goce pleno en bienes externos –por ejemplo los analgésicos– que no satisfacen al sujeto y por el contrario “es un goce que cada vez recuerda al sujeto su falta central, su agujero central, que no se puede llenar” (Arango y Martínez, 2013, p. 75) -como es demostrado en los padecimientos de lumbalgias y sus tratamientos con analgésicos- o en el caso particular de los métodos eutanásicos, que consolidan a nuestro juicio un parámetro de conducta tributaria de esa cultura –o introyecto– de una posible vida sin dolor.

La coherencia en el ejercicio de la libertad para decidir sobre nuestras propias vidas, está en la posibilidad de afrontar la naturaleza de una existencia biológica y racional, en la cual el dolor es un elemento inescindible.

Pero en todo caso, si compartimos que la decisión de terminar con la existencia es una opción válida en el marco de la libertad, si afirmamos como Nietzsche que por “amor a la vida, habría que desear otra forma de morir: libre, consciente, sin influencia del azar, sin sorpresas” (Nietzsche, 1971), entonces el ejercicio de esa libertad debe generar una responsabilidad, en el sentido de aceptar las consecuencias de terminar con la vida, siendo que el parámetro exigible a quien tenga la determinación de no seguir viviendo, sería, para decirlo nuevamente con palabras de Nietzsche:

Que vuestro morir no sea una blasfemia contra el hombre y contra la tierra, amigos míos: esto es lo que yo pido a la miel de vuestra alma. En vuestro morir deben seguir brillando vuestro espíritu y vuestra virtud, cual luz vespertina en torno a la tierra: de lo contrario, se os hará malogrado el morir. (2003)

Y no podría ser de otra forma si el que decide suicidarse es sencillamente “él mismo”. En Bélgica Emiel Pauwels, es una muestra del paradigma de vida contemporáneo, considerado el atleta más anciano de Bélgica, se sometió a la eutanasia a sus noventa y cinco años de edad tras compartir unas copas de champán de despedida con sus familiares y amigos, consideró que su vida no merecía vivirse si tenía que pasar veinte días en el hospital, no “quería sufrir a los 95 años”³⁵; en tanto a

Tomado de la página web: http://www.serviciosmediplan.com/content/mothers_servicio-de-analgesia-post-operatoria.html.

³⁵ Los “belgas, acostumbrados a vivir la eutanasia como un derecho del paciente cuando se enfrenta a una

más de dos mil años, tenemos otro ejemplo de libertad y responsabilidad, Marco Porcio Catón, mejor conocido como Catón de Útica o el Joven, quien apoyó a Cicerón en contra de la conspiración de Catirina y se vinculó a la causa de Pompeyo Magno en la guerra civil contra Julio César. Tras la derrota de Pompeyo en Farsalia en 48 A.C., se reunió en África con Metelo Escipión, quien también es vencido por César, por lo que resolvió quitarse la vida antes de someterse a su voluntad, sobre lo cual relata Plutarco:

...luego que salió Butas, desvainando la espada, se la pasó por debajo del pecho, y no habiendo tenido la mano bastante fuerza por la hinchazón, no pereció al golpe, sino que cayó de la cama medio moribundo e hizo ruido, por haber derribado una caja de instrumentos geométricos que estaba inmediata, con lo cual, habiéndolo sentido los esclavos, empezaron a gritar, y acudieron inmediatamente el hijo y los amigos. Viéndole bañado en sangre y que tenía fuera las entrañas, todos se conmovieron terriblemente, y el médico, que también había entrado, como las entrañas estuviesen ilesas, procuró reducirlas y cerrar la herida; pero luego que Catón volvió del desmayo y recobró el sentido, apartó de sí al médico, se rasgó otra vez la herida con las manos, y despedazándose las entrañas, falleció (Plutarco, s/f).

No sólo las ideas y el contexto histórico detrás de la muerte dan un sentido particular a los suicidios antes comentados, la forma en la que el hombre lo afrontó directamente y como el Estado o el Poder intervino en ese acto también, en Bélgica Emiel Pauwels, ejerció su derecho a que el Estado por medio del servicio de salud le facilitara una muerte sin dolor, en tanto que Catón no sólo mostro la responsabilidad al disponer de su vida, con el dolor que ello implicaba, sino como bien señaló César:

...luego que oyó su muerte, se dice que exclamó: '¡Oh Catón, te envidio la gloria de tu muerte, ya que tú no me has querido dejar la de salvarte!' Porque, en realidad, el que Catón, habiendo esperado, hubiera debido

enfermedad terminal. Era el caso de Pauwels, aunque con matices. El cáncer que le habían detectado en noviembre, justo después de haber conseguido un oro en la Copa del Mundo 2013 celebrada en Brasil, amenazaba con postrarlo en una cama hasta su muerte. Los médicos le auguraban una buena recuperación y por eso lo habían animado a operarse. Pero la hipótesis de pasar al menos 20 días en el hospital fue demasiado para él, explica Bert Heyvaert, periodista del diario belga De Standaard, que lo entrevistó poco antes del fallecimiento. 'No quería sufrir a los 95 años. Además, ya me estaba sintiendo bastante enfermo y no sabía si podría seguir llevando la misma vida después de la operación. Así que decidí hacer los papeles para la eutanasia', le confió a este periodista" (Noticia tomada de la página web: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/01/10/actualidad/1389379895_610557.html, consultada el 2/03/14).

la vida a César, más que en desdoro de su nombre, había de ceder en honor y gloria de éste (Ibídem).

Si la vida en perspectiva es un proceso a la muerte, la forma en que se afronta ese paso define gran parte el carácter de la sociedad en que vivimos, puede pensarse por ejemplo en la imputabilidad o no de la decisión al sujeto, en casos de muertes violentas por la inseguridad, por desnutrición, vejez o por una decisión responsable (suicidio); en éste último caso, cuando la decisión sobre continuidad de la vida se funda en evitar el dolor, lo cual es como se dijo con anterioridad una percepción absolutamente individual y por lo demás irrealizable –que puede ir desde mantenerse en un grado óptimo de competitividad en el tiempo en correr un maratón o la posibilidad de estar a la moda y recoger perros en la calle, lo que iría de la mano con el extremo irracional de las medidas totalitarias, que exigen la eugenesia de las personas con discapacidades físicas y mentales- el derecho como sistema estructurado de normas para favorecer y promover el bien humano –derechos humanos básicos– no debería institucionalizar medidas que consoliden una sociedad en la cual el Estado deba dar muerte a los sujetos que lo integran, no sólo por lo que implicaría –que matar es un acto beneficioso al cual estaría obligado el Estado– sino que su fundamento, en la medida que se considere como un medio para evitar el dolor, se sustentaría en una verdadera distorsión de la realidad, por lo que resultaría aplicable o deseable tanto para un enfermo terminal de cáncer, como al ciudadano que integra estratos de población en pobreza estructural, por el sufrimiento y desahucio que ambos padecerían.

Otros argumentos podrían ponerse en juego, tales como el costo impositivo de una prestación pública de tales servicios o la discriminación por condición económica en caso de ser un servicio privado, sin embargo, consideramos que dentro los problemas del suicidio como ejercicio de la libertad, se pueden mencionar, la imposibilidad de superar el pecado, el deseo de ir al cielo, lograr una reencarnación favorable, no fallar y sufrir más por quedar lisiado, es decir, el suicidio pone en hombros del individuo liberal del hombre contemporáneo, la responsabilidad de la eficacia de sus actos y al descubierto el valor o la cobardía de asumir su posición como ser libre frente a sus “propias” creencias, pero a su vez el suicidio como acto al margen de la prestaciones estatales (eutanasia), implica que la vida puede ir más allá de la opacidad propia del derecho que se ejerce por el Poder Público y se manifiesta en la prestación de servicios, la muerte por propia mano, es la forma más

radical de desconocimiento del poder, tal como podría atestiguar presos sometidos a una alimentación forzada. Lo anterior es sólo una reflexión en torno al suicidio, frente a lo cual se podría argumentar la incivildad de tales actos, el valor para asumir una decisión y pasar al acto concreto de recibir la inyección letal, afirmaciones incuestionables pero que no resuelven a nuestro entender, el cuestionamiento fundamental que pretendemos exponer, una vida que niegue la existencia (y no para) del sufrimiento; al margen de la iluminación búdica, la resurrección cristiana u otras formas de realización plena; es un desconocimiento de la realidad, por lo que la sola afirmación del dolor vaciaría de contenido el sentido de la vida como derecho fundamental tutelable.

En todo caso, la posibilidad de concebir o discutir sobre la eutanasia como parte de la prestación de un servicio de salud, sería plausible en la medida que la decisión de morir no sea consecuencia de un verdadero introyecto como la de una vida ajena al dolor³⁶, el darse cuenta en este caso, sería lograr que esas muertes sean una decisión coherente con la vida, lo cual de forma alguna es generalizable.

Bibliografía

- Alcachourrón, Carlos E. (2010). *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Álvarez del Río, Asunción (2005). *Práctica y Ética de la Eutanasia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Arango Bermúdez, Ramiro y Martínez Torres, Juan J. (2013). Comprensión del Suicidio desde la Perspectiva del Psicoanálisis de Orientación Lacaniana. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 4 (1), 61-83.
- Casal, Jesús María (2010). *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*. Caracas, Venezuela: Legis.
- Castro Urdaneta, Jorge O (2012). *El Derecho a la vida en el umbral de la muerte*. Caracas, Venezuela: Fundación Gaceta Forense.

³⁶ Por ejemplo, para una importante parte de la humanidad, la lucidez al momento de morir es esencial (vgr. Budismo), ello es negado por esa cultura de una vida ajena al dolor por tratamientos médicos, tal como pretenden recientes estudios con alucinógenos como "LSD", en los cuales se procura desconectar al hombre de la realidad, lo que en fin es negarse a uno mismo (Cfr. Recientemente se ha usado "LSD" para reducir la ansiedad en pacientes de cáncer terminal. Noticia consultada el 12/03/2013, en <http://www.jornada.unam.mx/2014/03/12/ciencias/a02n1cie>, otra perspectiva respecto del sufrimiento (dolor) y la lucidez al momento de morir, en tradiciones como el budismo tibetano, está en Sogyal (2006, passim).

- Delgado Ocando, José M. (2003) *Estudios de Filosofía del Derecho*. Caracas, Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia.
- Dennet, Daniel (2000). *La Libertad de Acción*. Un análisis de la exigencia del libre albedrío. Barcelona, España: Editorial Gedisa.
- Domínguez Guillén, María candelaria (2010). *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Caracas, Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia.
- Dworkin, Ronald (1993). *Life's Domination*. Londres, Inglaterra: Harper Collins.
- Fariás, Gisela (2007). *Muerte Voluntaria*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Ferrajoli, Luigi (2011). *Principio iuris, Teoría del Derecho y la Democracia; 2. Teoría de la Democracia*. Boloña, Italia: Editorial Trotta.
- Fiss, Owen (2007). *El derecho como razón pública*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Fiss, Owen (1999). *La ironía de la Libertad de Expresión*. Barcelona, España: Gedisa.
- Kant, Inmanuel (1996). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Barcelona, España: Aiel.
- Keown, John (2004). La Eutanasia en Holanda. En Keown, John (Compilador). *La Eutanasia Examinada, perspectivas éticas, clínicas y legales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Massini Correas, Carlos I. (2011) *Teoría del Derecho y Derechos Humanos*. Lima, Perú: ARA.
- Mill, John Stuart (1998). *On Liberty*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press.
- Moreso, José Juan y Vilajosana, Josep M. (2004) *Introducción a la Teoría del Derecho*. Marcial Pons, Madrid: Marcial Pons.
- Nasio, Juan David (1998). *El Libro del Dolor y del Amor*. Barcelona, España: Gedisa.
- Nietzsche, Friedrich (1971). *El Ocaso de los Ídolos*. Moral para Médicos. Recuperado de [http://liricko.com/Uploads/EI%20Ocaso%20de%20los%20Idolos%20\(o%20Como%20se%20Filosofa%20a%20Martillazos\).pdf](http://liricko.com/Uploads/EI%20Ocaso%20de%20los%20Idolos%20(o%20Como%20se%20Filosofa%20a%20Martillazos).pdf).
- Nietzsche, Friedrich (2002). *La Gaya Ciencia*. Recuperado de <http://www.librear.com/descarga.php?id=445>.
- Nietzsche, Friedrich (2003). *Así hablo Zaratustra*. De la muerte libre. Recuperado de http://www.mijailr.com/wp-content/uploads/2011/04/asi_hablo_zaratustra.pdf.
- Nino, Carlos Santiago (2005). *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

- Nussbaum, Martha C. (2009). *Libertad de Conciencia*, contra los fanatismos. Barcelona, España: Tusquets Editores.
- Pegoraro, Lucio (2010). La propaganda política. Un test para un acercamiento interdisciplinario a una búsqueda de derecho comparado. *Revista Pensamiento Constitucional*. 1 (14), 141-172.
- Peña Solís, José (2012). *Lecciones de Derecho constitucional Venezolano: Tomo I, Los Derechos Civiles*. Caracas, Venezuela: Paredes.
- Perls, Fritz (2001). *El Enfoque Gestáltico & Testimonios de Terapia*. Chile: Cuatro Vientos Editorial.
- Pessini, Leocir (2004). Bioética y cuestiones éticas esenciales al final de la vida. En Lolás Stepke, Fernando. *Diálogo y cooperación en salud*. Diez años de bioética en la OPS. Unidad de Bioética OPS/OMS
- Plutarco (s/f). *Vidas Paralelas. Catón el Menor. Tomo VI*. Recuperado de <http://historicodigital.com/download/Vidas%20paralelas%206.pdf>
- Postner, Richard A. (2007). *Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Robertson, John A. (2006). *Embryo Culture and the 'Culture of Life': Constitutional Issues in the Embryonic Stem Cell Debate*. University of Chicago Legal Forum, 2006; U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 112. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=939094> y "Schiavo and its (In)Significance. U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 86; Stetson Law Review, Vol. 35, 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=692901> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.692901>".
- Rodotá, Stefano (2010). *La Vida y las Reglas, entre el Derecho y el no Derecho*. Madrid, España: Trotta.
- Sogyal Rimpoché (2006). *El Libro Tibetano de la Vida y de la Muerte*. Barcelona, España: Urano.
- Tosta, María Luisa (2009). *Lo Racional y lo Irracional en el Derecho*. Caracas, Venezuela: UCV.
- Vílchez S., Rodolfo F. (1996). *Compilación Constitucional de Venezuela*. Caracas, Venezuela: SAIL.
- Vilajosana, Joseph M. (2007). *Identificación y Justificación del Derecho*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Waldron, Jeremy (2005). *Derechos y Desacuerdos*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Zagrebel'sky, Gustavo (2008). *El Derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid, España: Trotta.