

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

COMITÉ TUTORAL:

DR. CARLOS A. VIESCA TREVIÑO
DR. EDUARDO GARCIA VILLEGAS
DR. G. GABINO VÁZQUEZ ROBLES

*ANÁLISIS BIOÉTICO-JURÍDICO
DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS EN MÉXICO*

MTRO. JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO

josesanchezbarroso@gmail.com



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A Dios, a mi madre y a mi familia.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	V
--------------------	---

CAPÍTULO 1

LA DIGNIDAD HUMANA COMO VALOR EN LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS

1.1 Preámbulo	2
1.2 Reflexión filosófica de la persona en cuanto que <i>ser</i>	4
1.3 La postura filosófica de la dignidad humana en el pensamiento cristiano	11
1.4 Consideraciones bioéticas a partir del pensamiento cristiano	18
1.5 Postulados filosóficos acerca de la dignidad humana	25
1.6 Usos o contenidos del término “dignidad humana”	44
1.7 La dignidad humana como vínculo entre la Ética y el Derecho	50
1.8 La dignidad humana como fundamento de los Derechos Humanos ...	56

CAPÍTULO 2

LA LIBERTAD Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS

2.1 La autodeterminación del individuo a partir de la libertad negativa de Mill	74
2.2 El conocimiento de los fines individuales y la delimitación de la coacción como posibilidad de libertad en Hayek	87
2.3 El Estado mínimo y el principio de compensación de Nozick	116

2.4 El poder coactivo del derecho frente a la libertad individual	134
2.5 La autonomía de la persona como principio ético-jurídico	144

CAPÍTULO 3

HECHOS BIOLÓGICOS O CLÍNICOS DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS

3.1 Ética en los confines de la vida humana	160
3.2 Diferencia entre enfermedades agudas y enfermedades crónicas	170
3.3 Cuidados intensivos ante situaciones críticas	176
3.4 Limitación del esfuerzo terapéutico	195
3.5 Futilidad	203
3.5.1 Muerte cerebral o muerte encefálica	207
3.5.2 Estado vegetativo persistente	215
3.6 Eutanasia y suicidio médicamente asistido	221
3.7 Cuidados paliativos en pacientes en fase terminal	256
3.8 Recomendaciones para la toma de decisiones médicas, éticas y jurídicas en temas relacionados con las voluntades anticipadas	264

CAPÍTULO 4

REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS

4.1 Génesis y definición de las voluntades anticipadas	268
4.2 Función médica de las voluntades anticipadas	275
4.3 Contenido del documento de voluntades anticipadas	285
4.4 Regulación jurídica de las voluntades anticipadas en España	289

4.5 Regulación jurídica de las voluntades anticipadas en México	299
4.6 Análisis jurídico de la regulación de las voluntades anticipadas en España y en México	301
4.6.1 Concepto y definición	301
4.6.1.1 España	302
4.6.1.2 México	306
4.6.1.3 Análisis y propuestas	309
4.6.2 La formalidad como elemento de validez	317
4.6.2.1 España	318
4.6.2.2 México	320
4.6.2.3 Análisis y propuestas	324
4.6.3 Contenido del documento	329
4.6.3.1 España	329
4.6.3.2 México	332
4.6.3.3 Análisis y propuestas	337
4.6.4 Capacidad del otorgante	340
4.6.4.1 España	341
4.6.4.2 México	342
4.6.4.3 Análisis y propuestas	343
4.6.5 Límites para su otorgamiento y ejecución	345
4.6.5.1 España	347
4.6.5.2 México	348
4.6.5.3 Análisis y propuestas	350
4.6.6 Revocación del documento	351
4.6.6.1 España	354

4.6.6.2 México	355
4.6.6.3 Análisis y propuestas	356
4.6.7 Su inclusión en la historia clínica	358
4.6.7.1 España	358
4.6.7.2 México	359
4.6.7.3 Análisis y propuestas	360
4.6.8 El registro de las voluntades anticipadas	361
4.7 Conflictos jurídicos a partir del proceso legislativo en México	370
4.8 Recomendaciones bioéticas para la elaboración y aplicación de los ordenamientos jurídicos que regulan las voluntades anticipadas	373
CUADRO NÚMERO 1	382
CONCLUSIONES	383
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN	398

INTRODUCCIÓN

La Segunda Guerra Mundial marcó el inicio de una etapa de cambios importantes en la vida política, social y económica del mundo entero. Las investigaciones en seres humanos y la deliberada carrera bélica tocaron las fibras más sensibles de la sociedad en general, pero principalmente de los hombres de ciencia. A partir de entonces, la humanidad ha experimentado profundas transformaciones en el orden científico y también en el de la ética.

La década de los años 60 se distingue por la lucha de los derechos civiles de las minorías que no gozaban de ellos en plenitud. En ese movimiento encuentran acogida los afroamericanos, las mujeres con el feminismo, los enfermos, los homosexuales, los transexuales y todos aquellos que consideraban tener un derecho no reconocido. Fue algo así como un movimiento de ética civil laica basado en el principio de autonomía en el que se inician a discutir temas como la gestión autónoma del cuerpo, de la sexualidad, de la vida y de la muerte. En esa época todo problema ético terminaba convirtiéndose en un asunto de ética política. El debate en relación a la emancipación de los contenidos morales se produce en 1968 al verificarse varios acontecimientos, tales como: El asesinato de Martin Luter King, la publicación de la encíclica *Humanae vitae* de Juan Pablo II, las manifestaciones estudiantiles internacionales, la celebración de la “Conferencia de Medellín” que fue el espaldarazo de la teología de la liberación, etc.

En ese contexto aparece la bioética como una nueva disciplina que plantea la necesidad de hacer una reflexión a fin de conciliar los avances de las biotecnologías con las exigencias de la humanidad orientando los progresos de la ciencia al servicio del desarrollo humano promoviendo el trabajo interdisciplinario y, por ende, trazar un puente entre dos mundos que hasta ahora eran irreconciliables: El de los valores éticos y el de los hechos biológicos.

La paternidad del término bioética se le atribuye al oncólogo estadounidense Van Rensselaer Potter que en 1970 lo utiliza por primera vez en un artículo emblemático titulado: *Bioethics, the science of survival*. Un año más tarde con la monografía titulada: *Bioethics: bridge to the future* se confirma su nacimiento. En este sentido, cabe decir que André E. Hellegers también participó activamente en el surgimiento de la bioética al estructurarla académicamente para la Universidad de Georgetown en Washington D.C., EEUU, y ampliando el campo de estudio que originalmente le había asignado Potter. De este modo, en 1973 se empezó a hablar de la bioética como de una nueva disciplina académica y en 1978 apareció la primera enciclopedia de bioética en cuatro volúmenes sobre cuestiones éticas y sociales en el campo de las ciencias de la vida, de la medicina y de la salud.

Desde los años 70, y particularmente con la caída del Muro de Berlín a principios de los 90, el escenario de la ética política va perdiendo fuerza y en su lugar surge la ética de la vida, es decir, el interés en materias hasta ahora poco atendidas: La procreación humana artificial, la experimentación e investigación con seres humanos, el aborto, la eutanasia, las futuras generaciones, el medio ambiente, calidad de vida, etc. Así como antes todo problema moral se tornaba en cuestión de ética política, ahora con la aparición de la bioética todo problema moral se convierte en asunto de la bioética.

En este orden de ideas, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo hacer un análisis bioético y jurídico en torno a la posibilidad que tiene cada persona de tomar decisiones en relación con su vida, su salud, sus cuidados y su muerte con base en el principio de autonomía para ser ejecutadas por otra cuando se encuentre al final de su vida y en una situación en que, por las circunstancias que concurren producto de una enfermedad incapacitante, no le sea factible expresar personalmente su voluntad; con el propósito de dar una fundamentación racional y prudente de su *praxis* médica y jurídica, y proponer una serie de recomendaciones bioéticas concretas que deba atender el legislador, el operador jurídico y, además, los involucrados en la relación clínica.

A ese tipo de decisiones se les comenzó llamándose testamentos vitales o *living wills*, expresiones poco afortunadas que motivaron múltiples confusiones en la práctica clínica y en su regulación jurídica. En lo que atañe al concepto, a lo largo del trabajo se

le denominarán “voluntades anticipadas” por considerar que dicho término atiende fielmente a la función preventiva y planificadora de dichas disposiciones.

La metodología utilizada para el desarrollo de la investigación es el modelo de bioética deliberativa elaborado por el médico y filósofo español Diego Gracia Guillén para el análisis y discusión de conflictos morales a partir del pensamiento aristotélico. Ese modelo es el más apropiado por dos razones: 1) Porque pretende analizar los problemas morales en toda su complejidad lo cual supone, por una parte, ponderar tanto los principios como los valores implicados y; por otra, considerar y evaluar los hechos propios del caso. En consecuencia, tan importante es el fundamento –filosófico o ético– de las decisiones, como su practicidad y eficacia en la realidad. Y 2) Por el estudio teórico y práctico que tuve de él durante mis dos estancias de investigación en la Universidad Complutense de Madrid.

La bioética deliberativa parte de que los juicios morales son primariamente empíricos y concretos. En ellos se cumple el principio de que la realidad concreta es siempre más rica que nuestros esquemas intelectuales y que, por tanto, la desborda. De ahí que la toma de decisiones no puede consistir en aplicar una fórmula matemática, sino en el análisis cuidadoso y reflexivo de los factores implicados con la finalidad de tomar decisiones racionales, prudentes y de calidad.

Cuando la persona está dominada por la angustia o por emociones inconscientes no es capaz de deliberar, más bien actúa a modo reflejo o automático. Sólo quien es capaz de controlar los sentimientos de miedo y de angustia puede tener la entereza y presencia de espíritu que exige la deliberación. Tanto las emociones como el racionalismo exacerbado llevan a tomar posturas extremas convirtiendo los conflictos en dilemas, es decir, en cuestiones con sólo dos salidas extremas y opuestas entre sí. La deliberación, en cambio, pretende identificar todos o, al menos, la mayoría de los cursos de acción posibles y descubrir el curso óptimo de acción que generalmente no está en los extremos sino en el medio.

Los problemas éticos consisten siempre en conflictos de valor, y los valores tienen como soporte necesario los hechos. Por ende, el procedimiento de análisis ha de partir del estudio minucioso de los hechos clínicos, ya que cuanto más claros estén estos

mayor será la precisión con la que podrán identificarse los problemas de valor. La deliberación ha de realizarse siempre en dos momentos: En el primero, se contrasta el hecho a considerar con principios deontológicos *prima facie* obligatorios y; en el segundo, se evalúan las circunstancias y las consecuencias. De tal forma que quien aspire a establecer una excepción a los principios tiene la carga de la prueba, por tanto, debe probar racionalmente que la excepción puede y debe hacerse.

Apoyado en el modelo de bioética deliberativa este análisis respecto a las voluntades anticipadas se divide en tres grandes apartados: 1) El relativo a los valores. 2) El relativo a los hechos. Y 3) El relativo a su regulación jurídica.

El primer apartado tiene como objetivo identificar los valores en conflicto al tratar de dar una solución bioética y jurídica a los problemas inherentes a las decisiones para la propia incapacidad, así como ofrecer una fundamentación filosófica de los mismos y, en la medida de lo posible, formular un punto de afinidad entre ellos. En este sentido, el capítulo I titulado: *La dignidad humana como valor en las voluntades anticipadas* coincide con una postura “tradicionalista” o “moderada” que, partiendo del pensamiento cristiano, denota el valor que tiene todo individuo por el hecho de *ser* persona (don) más allá de su mera existencia considerando que la libertad es la oportunidad real y efectiva que tiene cada una para hacer algo valioso de su vida y hacerse a sí mismo digno mediante el actuar (mérito). Además, a través de una escrupulosa revisión acerca de los distintos contenidos que se le han atribuido a la noción de “dignidad humana” se realiza el interesante ejercicio de plantearla como metavalor o supervalor en el que se han de edificar las normas éticas y jurídicas tales como los derechos humanos. En el capítulo II titulado: *La libertad y el principio de autonomía en las voluntades anticipadas* se propone el estudio de la libertad como el valor principal en las decisiones vitales finales y, por tanto, con una concepción distinta al capítulo anterior. Ahí se intenta encarnar una posición “radical” y para ello se acude a algunos de los autores más representativos del liberalismo filosófico, económico y político, tales como: John Stuart Mill, Friedrich August von Hayek y Robert Nozick. El orden en que son abordados no sólo obedece a factores cronológicos sino a la evolución misma del pensamiento liberal. Desde la libertad en sentido negativo de Mill, pasando por el conocimiento de los fines individuales y la delimitación de la coacción de Hayek, hasta llegar al Estado mínimo y el principio de compensación de Nozick se presenta la

defensa que hacen de la libertad, principalmente para determinar autónomamente todo lo relativo a la vida, la salud, los cuidados y la muerte. Sin embargo, después de una reflexión filosófica de las ideas de esos autores se hacen críticas concretas que evidencian los motivos por los cuales no pueden ser aplicadas de tajo prescindiendo de la ponderación de otros valores morales. También se plantea la discusión entre H. L. A. Hart y Patrick Devlin que se refiere a la intromisión del derecho en aspectos relacionados con la moralidad privada para finalizar con el principio de autonomía como elemento necesario a considerar en las normas y decisiones tanto morales como jurídicas.

En suma, en los dos primeros capítulos se exponen dos valores que pueden entrar conflicto al momento de analizar los aspectos morales y jurídicos de las voluntades anticipadas: La dignidad humana y la libertad. Para la bioética deliberativa inspirada en la teoría del término medio aristotélico, la mejor decisión es aquella que tiende al medio no según la racionalidad aritmética, sino conforme a la racionalidad prudencial. En consecuencia, es necesario la integración y salvaguarda de ambos valores –y no sacrificar uno para proteger el otro– mediante una seria y comprometida reflexión que permita un curso óptimo de acción, es decir, una decisión racional y prudente lo cual exige compromiso social, no indiferencia; argumentación, no votación; fundamentación, no liberalismo ni paternalismo; inclusión, no discriminación; y prevención, no mera aceptación.

El segundo apartado se refiere a los hechos biológicos o clínicos que es necesario estudiar y comprender antes de pronunciarse acerca de la moralidad y licitud de las voluntades anticipadas. En este orden de ideas, el capítulo III titulado: *Hechos biológicos o clínicos de las voluntades anticipadas* se divide en dos partes: Por un lado, lo que tiene que ver con las enfermedades agudas y; por otro, lo inherente a las enfermedades crónicas. Lo anterior se traduce en distinguir (sólo para fines epistémicos) entre cuidados intensivos y cuidados paliativos para entender mejor la aplicación y eficacia de las voluntades anticipadas. En el primer rubro, se analizan diversos tópicos desde el punto de vista médico y bioético, tales como: Los medios de soporte vital; la muerte, la instrumentalización y el abandono del ser humano; la aplicación de los cuatro principios de la bioética a los cuidados intensivos; la limitación del esfuerzo terapéutico; la futilidad; la muerte encefálica; el estado de coma; el estado vegetativo

persistente; el estado vegetativo permanente; la eutanasia y el suicidio médicamente asistido. En el segundo rubro, vinculado con el anterior, se abordan temas como: Los pacientes en fase terminal, la importancia de los cuidados paliativos, la alimentación e hidratación artificiales y el sufrimiento.

Toda vez que los hechos sin valores son ciegos y; los valores sin hechos, resultan vacíos, este capítulo aporta el soporte material de los valores antes mencionados. No se puede discutir ni bioética ni jurídicamente –a pesar de que muchas veces así se hace– lo relacionado con las voluntades anticipadas sin un esclarecimiento adecuado de los hechos que en la práctica clínica son motivo de incertidumbre y angustia para el paciente, el médico, su familia, etc. Antes de establecer deberes morales o jurídicos concretos es indispensable conjugar mediante la deliberación la racionalidad ética (valores) y la racionalidad médica (hechos).

Por último, el tercer apartado se manifiesta en el capítulo IV que lleva por título: *Regulación jurídica de las voluntades anticipadas*. En ese capítulo convergen las aportaciones de los anteriores apartados a modo de propuestas que desde la bioética y el derecho regulen la *praxis* de las voluntades anticipadas. Con ese propósito, se hace una revisión de su definición y se destacan sus dos elementos como una misma realidad: El proceso y el documento. El primero, alude al aspecto ético y médico y; el segundo, al jurídico. Además, se trata algo poco explorado en la actualidad, la función médica de las voluntades anticipadas, es decir, la planificación terapéutica asistencial. Posteriormente, se hace un análisis de su contenido y de las limitaciones a las que están sujetas. También se hace un estudio de derecho comparado de la regulación jurídica de las voluntades anticipadas en España y en México con la finalidad de formular críticas a los ordenamientos legales y evidenciar aquellas deficiencias que deben atenderse.

Cada vez son más los países que emiten normas jurídicas que regulan las decisiones para la propia incapacidad; sin embargo, dicho estudio solamente se hace con la normativa española por dos razones: 1) Por la afinidad cultural, bioética y jurídica que existe con ese país. Y 2) Porque ese modelo normativo constituye un buen referente de derecho comparado para continuar e impulsar los trabajos legislativos en México y para aprender de su experiencia en la implementación práctica. Para desarrollar esa comparación se han elegido ocho puntos significativos para conocer a fondo el marco

legal: El concepto y definición, la formalidad como elemento de validez, contenido del documento, capacidad del otorgante, límites para su otorgamiento y ejecución, revocación del documento, su inclusión en la historia clínica y su registro. Finalmente, todo lo que antecede se refleja en una serie de recomendaciones bioéticas para la elaboración y aplicación de los ordenamientos jurídicos.

De este modo, tal como lo exige el modelo deliberativo de la bioética, en este trabajo se incluyen tres los factores indispensables para el debate de las voluntades anticipadas: Los valores, los hechos y los deberes; que lejos de ofrecer una guía o un catálogo de deberes concretos, demuestra la complejidad que implica la toma de decisiones al final de la vida lo cual no significa, empero, que no se intente llegar por medio de la razón y de la prudencia a respuestas válidas y vinculantes para todos.

Antes de concluir esta introducción quiero hacer explícito mi agradecimiento al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología por el sustento económico que me ha brindado para la realización de mis estudios doctorales cuyo resultado se refleja en este trabajo. También quiero agradecer la beca otorgada por la Universidad Nacional Autónoma de México en convenio con la Universidad Complutense de Madrid para realizar una estancia de investigación a nivel doctorado en esa universidad española al lado del doctor Diego Gracia con quien compartí entrañables momentos de convivencia académica y humana, y al cual debo mi formación en bioética.

La integración de los tres apartados que componen este trabajo de investigación no hubiese sido posible sin el apoyo de tres especialistas en cada uno de ellos, respectivamente: Doctor Guillermo Gabino Vázquez Robles, doctor Carlos A. Viesca Treviño y doctor Eduardo García Villegas.

A los cuatro maestros –y amigos– antes mencionados mi más profundo y sincero agradecimiento.

CAPÍTULO 1

LA DIGNIDAD HUMANA COMO VALOR EN LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.

Sumario: 1.1 Preámbulo. 1.2 Reflexión filosófica de la persona en cuanto que *ser*. 1.3 La postura filosófica de la dignidad humana en el pensamiento cristiano. 1.4 Consideraciones bioéticas a partir del pensamiento cristiano. 1.5 Postulados filosóficos acerca de la dignidad humana. 1.6 Usos o contenidos del término “dignidad humana”. 1.7 La dignidad humana como vínculo entre la Ética y el Derecho. 1.8 La dignidad humana como fundamento de los Derechos Humanos.

CAPÍTULO 1

LA DIGNIDAD HUMANA COMO VALOR EN LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.

*“Los seres humanos son respetables porque son seres humanos,
no porque tengan los mismos valores o compartan las mismas creencias”.*

Diego Gracia

1.1 Preámbulo.

Este apartado tiene la intención de mostrar la importancia que tiene la dignidad humana para el estudio bioético y jurídico de los problemas relativos al fin de la vida, además de aquellos que se presentan al momento en que la persona establece ciertas disposiciones sobre su cuerpo, su salud y su vida para ser ejecutadas por otros, ante la necesidad de plantear racionalmente dicho concepto y pensarlo abiertamente.

En la sociedad actual llamada del conocimiento pareciera que los aprendizajes consisten básicamente en poseer un cúmulo de información sobre cierto tema, aunque no siempre se tenga la capacidad de procesarla y analizarla. Este lleno de información se relaciona con las nuevas formas de circulación a altas velocidades y con la posibilidad de obtener información mediante las redes que pareciera conectarnos en una gigantesca enciclopedia virtual. Basta ingresar la palabra “dignidad” en un buscador de internet para tener una infinidad de portales que abordan el tema, también es fácil encontrar esa palabra en los libros de ética más encumbrados, o en las Constituciones o Declaraciones Universales más refinadas. Sin embargo, las finalidades y contenidos con que se le utiliza varían mucho unas de otras ya que normalmente se le utiliza como una figura decorativa para embellecer determinados discursos políticos, sociales, académicos o religiosos.

Cuántas veces hemos escuchado la expresión “morir con dignidad” que consiste, para algunos, en determinar autónomamente el momento final de su vida en función de sus propios parámetros morales; para otros, consiste en aliviar el sufrimiento en la última etapa de la vida, etc. Pero la palabra “dignidad” no sólo se utiliza en los problemas éticos relacionados con el fin de la vida humana, un sinnúmero de expresiones ejemplifican la ambigüedad del término: “Tu vocabulario es indigno de un abogado”, “las señoritas deben vestir dignamente”, “vivienda digna y decorosa”, etc.

En el marco de la filosofía la “dignidad” ha sido objeto de múltiples interpretaciones. En este capítulo se abordarán algunas de ellas con la intención de plantear argumentos que permitan perfilar a la dignidad humana como presupuesto bioético y jurídico a partir del cual se pueda discutir racional y abiertamente la construcción de principios que permitan la solución de conflictos y, además, la elaboración de leyes relacionadas con la muerte, la eutanasia y las voluntades anticipadas.

Muy frecuentemente, como lo afirma Torralba, lo que ya damos por pensado resulta lo más difícil de pensar, de argumentar y de justificar. Damos por supuesto, también, que el ser humano es un ser dotado de una dignidad intrínseca, que es un ser auto reflexivo, racional, libre y social; pero estas ideas tan claras y meridianas sobre el ser humano son muy discutidas por algunos filósofos actuales. Difícilmente puede existir algo así como la filosofía sin esta actitud interrogativa, que pone en tela de juicio el sistema de preconcepciones y prejuicios de una determinada época. El bioeticista debe de cuestionar la antropología¹ latente en su discurso y en el discurso ajeno y debe ser capaz de suficiente autocritica como para poder ponderar la base racional de sus fundamentos filosóficos. La filosofía debe cuestionar los puestos básicos de la época. Pensar en hondura, crítica y cuidadosamente, lo que la mayoría de nosotros da por

¹ La antropología no significa humanismo, la antropología parece surgir cuando lo humano y sus valores entran en crisis, o bien son cuestionados por los acontecimientos de la época que amenazan con el trastorno y disolución de todos los órdenes humanos. La antropología auténticamente filosófica está constituida por la autocomprensión del hombre, en ésta se encuentra el objeto y sujeto de su tarea explorativa. Mientras que la antropología brinda diversas y dispersas partes del todo humano, la filosofía tienen como tarea la comprensión del todo concreto, es decir, el hombre en su esencia y no sólo en su moralidad, es por ello que en los siguientes apartados me apoyaré de la filosofía para el estudio de la dignidad humana. Véase presentación de Andrés Ortiz Osés en Coreth, Emerich. *¿Qué es el hombre?* 5a ed. Herder. Barcelona. 1985. Págs. 7 a 18.

sentado constituyente, es la tarea principal de esta disciplina y lo que la convierte en una actividad valiosa.²

1.2 Reflexión filosófica de la persona en cuanto que *ser*.

La filosofía contribuye directamente a formular la pregunta sobre el sentido de la vida y a trazar su respuesta; por tanto, se configura como una de las tareas más nobles de la humanidad.

Cuando se aborda el tema de la dignidad humana desde una postura estrictamente filosófica el hombre se involucra en una reflexión de vital importancia ya que se ve obligado a indagar acerca de su propia esencia. Esta afirmación se constituye como un motivo de diferencia para diversas posturas filosóficas, por lo que considero que las aportaciones que haga la antropología y, en especial, la filosofía, indiscutiblemente son el inicio del análisis bioético y jurídico de la dignidad humana.

Conviene iniciar este estudio con la definición de persona que da Boecio que es tal vez la más conocida y citada en los textos de filosofía: Sustancia individual de naturaleza racional (*rationalis naturae individua substantia*). Es decir, la persona es un ser de naturaleza racional, la razón no es su naturaleza (su presencia -de la persona- no depende del ejercicio actual de la razón, se es persona aunque no se hayan desarrollado las potencialidades racionales o éstas se hayan interrumpido o perdido indefinidamente),³ sino que el hombre es capaz de trascender su naturaleza o estructura ontológica, se constituye en el ser que actualiza o realiza las posibilidades de la

² Torralba Roselló, Francesc. *¿Qué es la dignidad humana?* Herder. Barcelona. 2005. Págs. 19 y 20. En este sentido, Juliana González afirma que lo más determinante es que los hallazgos de la nueva biología son de tal alcance y radicalidad que cuestionan las certidumbres básicas en que tradicionalmente se han afincado no sólo nuestros criterios morales, utilitaristas o no, sino nuestra idea de naturaleza humana y de la propia naturaleza ética del hombre. Esto obliga a atender de manera especial al impacto que los descubrimientos en materia genómica puedan tener en estos estratos tan básicos como universales, desarrollando una bioética filosófica que reflexione sobre sus propios fundamentos, que se plantee las cuestiones de antropología filosófica o, más precisamente, de ontología del hombre, con el propósito de mostrar el encadenamiento entre lo genómico, lo ético y lo ontológico. González Valenzuela, Juliana. *Genoma humano y dignidad del hombre*. Anthropos. Barcelona. 2005. Págs. 49 y 50.

³ Una persona afectada de sus facultades mentales podría decir: “Mi dignidad no radica en la excelencia ni en la eficacia laboral, que acaso nunca tenga; ni en la belleza corpórea que no poseo, ni en la inteligencia o capacidad resolutive...; deriva de mi *ser*. A vosotros les acompaña la brillantez de la inteligencia, la eficacia, la hermosura y galanura del cuerpo, a los que con tanto empeño os afearais. Esa es mi ventaja sobre vosotros”. Melendo, Tomás. *Dignidad humana y bioética*. EUNSA. Navarra, España. 1999. Pág. 33.

naturaleza. Las personas son iguales por su naturaleza común, pero a la vez, cada una conserva su individualidad.⁴

En cuanto al término “naturaleza” o “naturaleza racional” es preciso plantear algunas cuestiones que serán importantes para adentrarnos al estudio de la dignidad humana, para ello he de partir del estudio hecho por Ana Marta González⁵ siguiendo el pensamiento de Robert Spaemann.

Ella sostiene que los términos “dignidad” y “persona” han pasado a desempeñar un papel privilegiado que en otro tiempo desempeñaba el término “naturaleza”, que la fuerza retórica que en otro tiempo tenía la “naturaleza” ahora lo tiene la “libertad”. El propio Spaemann dice que la renuncia al concepto de “naturaleza” es más antigua que la renuncia a lo “sobrenatural”, y que tiene mayores consecuencias sistemáticas. El reto consiste, según González, en conciliar la filosofía moderna de la libertad con la filosofía clásica de la naturaleza.

La trascendencia sobre la naturaleza es la condición del ser racional en el doble sentido: ontológico y moral. Desde el punto de vista ontológico, el hombre ha trascendido la naturaleza por el hecho de ser racional que significa de alguna manera distanciarse de la naturaleza, de las necesidades naturales y de su satisfacción inmediata y con ello captar lo otro en tanto otro y no sólo como mera función viviente. Trascender la naturaleza, como lo dice Spaemann, es despertar a la realidad, es el proceso por el que lo real deviene real para mí. Lo racional es lo evidente, lo que es objeto de una percepción clara y distinta: las ideas generales. Lo racional tiene un sentido práctico en dos formas: justicia y amor racional o benevolencia. Para él, lo natural y lo racional son conceptos correlativos, ninguno deriva del otro, sin naturaleza la razón permanece abstracta, puramente formal. La razón se refiere a la naturaleza de modo práctico reconciliándose con ella, cuando la reconoce como tal y no sólo la objetiviza.

Naturaleza, entonces, es aquello que tenemos obligación de trascender. El abandono de la naturaleza se cifra como una de las principales conquistas de la

⁴ Sobre la individualidad y la naturaleza común véase el estudio en relación a la comunidad y al bien común según el pensamiento de santo Tomás de Aquino en: Gracia, Diego. *Fundamentos de bioética*. 2a ed. Triacastela. Madrid. 2007. Págs. 209 y ss.

⁵ Véase González, Ana Marta. *Naturaleza y dignidad*. EUNSA. Pamplona, España. 1996.

modernidad: La ciencia, la técnica, la razón humana han ganado un mayor espacio de acción, la naturaleza ha dejado de ser un límite para la libertad. Spaemann insiste en que es necesario que el hombre se vea como naturaleza para que el concepto de dignidad sea operativo, ya que el pensamiento contemporáneo funciona como un concepto reduccionista de racionalidad que hace de la racionalidad científico-técnica la única válida. La dignidad se fundamenta en el ser, particularmente en ser persona, por ello no existe respeto a la persona sin respeto a su naturaleza, en cierto modo la persona es su naturaleza, ésta es su manifestación y no un mero instrumento suyo. La persona es vulnerada en su dignidad cuando es vulnerada su naturaleza espacio-temporal.

Parafraseando a Aristóteles en la *Metafísica*, naturaleza es aquello primero e inmanente a partir de lo cual se cree en lo que se cree; en consecuencia, la naturaleza se da en lo que tiene naturaleza, es decir, sustancia. En cierto modo la naturaleza es la sustancia misma en tanto que ella atiende a un fin. El fin natural es aquello por lo que el ente actúa, la raíz de todo su dinamismo, es su propia perfección. En el caso de los seres racionales, continuando con lo que dice González, la naturaleza es un insuficiente principio de determinación en el orden operativo, por encontrarnos con otra causalidad al lado de la causalidad de la naturaleza, estos procesos no son ya *por* naturaleza, sino *según* naturaleza. En este espacio de indeterminación natural entra la libertad como principio de autodeterminación de la naturaleza racional.

El comportamiento virtuoso es para Aristóteles y para santo Tomás el comportamiento según la recta razón, este no es sino el comportamiento *según* la naturaleza, en tanto que la naturaleza humana es una naturaleza racional.⁶ El hombre tiene propiamente fines, mientras que de la naturaleza hay que decir mejor que ya está finalizada. El hombre alcanza su fin si lo conoce y lo quiere, el tipo de conocimiento que se requiere no es exclusivamente teórico, sino que necesita un conocimiento práctico que se perfecciona mediante la virtud.

⁶ Para santo Tomás, la razón es la que a cada uno le impulsa por naturaleza a obrar virtuosamente, para el hombre es normativo trascender su naturaleza, esta transcendencia significa crecimiento en la virtud y, glosando a Aristóteles, señala que las virtudes se dicen según la naturaleza, en cuanto que inclinan a lo que conviene según la naturaleza. La *Ética* de Aristóteles señala que la virtud señala el comportamiento simultáneamente natural y racional propio del hombre, porque es la virtud la que rectifica el deseo.

En la antigüedad el hombre se veía a sí mismo como parte de la naturaleza, pero en el pensamiento moderno esta mentalidad cambia, la naturaleza es ya “lo otro” para el hombre, y éste es “lo otro” para la naturaleza.⁷ Antes la naturaleza tenía un papel de *prius* ontológico. La nueva filosofía pone en primer término al hombre como el ente dotado de razón, es un sujeto de actividades propias irreductibles a las cosas naturales, es un ser libre activo, un espontáneo configurador de la naturaleza y, ante todo, de sí mismo. Para Spaemann, el pensamiento cristiano con la idea de Creación vuelca el sentido de la naturaleza, es decir, ya no es lo absolutamente primero; por ejemplo, para santo Tomás la perfección del hombre consiste en la unión con Dios en virtud de su naturaleza racional.

Spaemann considera a la naturaleza como estructura teleológica que era principio de perfección, principio de movimiento del propio ser y, a la vez, principio que limitaba estos movimientos mediante el fin interno de un óptimo. De esta forma se mantenía unido el momento perfectivo de plenitud subjetiva y el momento de conservación objetiva, se constituía como límite y como sentido. La naturaleza, como lo hace ver González, sólo puede ser propiamente normativa para una razón que la pueda tener en cuenta y para una libertad que se proponga secundarla. En este sentido, el hombre ontológicamente no se halla determinado por unos instintos particulares, sino que en virtud de su racionalidad se encuentra abierto a lo universal, el bien universal es el bien proporcionado por su voluntad. La *praxis* humana aunque presuponga la naturaleza con sus tendencias, tiene por principio la razón y la voluntad.

Cultura es la naturaleza humanizada, no la naturaleza abolida. Naturaleza y razón, naturaleza y cultura no son términos opuestos. Lo natural al hombre es lo racional. La razón no es una potencia que se añade a la naturaleza concebida como pura biología. El fundamento de la cultura no sólo es la libertad, sino también la naturaleza.

A modo de conclusión, señala González que la dignidad humana depende estrechamente de la naturaleza, por tanto, la exigencia de respeto a las personas y que sean merecedoras de reconocimiento, requiere respetarlas y reconocerlas en su naturaleza. La transformación del concepto de dignidad reside en la asunción de

⁷ El hombre naturalmente está llamado a lo racional, pero en el reconocimiento de “lo otro” como real, el hombre se revela a sí mismo como algo más que naturaleza.

contenidos naturales, en su vinculación con un concepto normativo de naturaleza. El hombre es un ser natural, su naturaleza metafísica incluye libertad, esto significa que pertenece a la naturaleza del hombre alcanzar su *telos* libremente y, al mismo tiempo, la realidad de la libertad requiere que no se olvide de la naturaleza.

Como ya lo he mencionado, en el pensamiento de Robert Spaemann la persona no es un algo creado cualitativamente descriptible, sino que la persona es “alguien”. Según el punto de vista clásico, la naturaleza humana es esencialmente una naturaleza racional.⁸

En un hombre adulto normal, por ejemplo, se muestra lo que un hombre en virtud de su esencia es, en él vemos que un hombre es un “alguien” que de un modo esencial es una persona. Así, no existe ningún motivo para no considerar como personas y tratarlos como tales a aquellos que poseen la misma naturaleza, aunque todavía no la hayan desarrollado, o bien se haya hecho de una manera defectuosa.⁹

⁸ Spaemann, Robert. “¿Son todos los hombres personas?” *Cuadernos de Bioética*. España. Vol. VIII. No. 31-3ª. Julio-septiembre de 1997. Págs. 1027 a 1033.

⁹ Los enfermos o los que no poseen o no pueden desarrollar la capacidad de razonar no son, de ninguna manera, seres de otro tipo. Simplemente, les falta algo, su naturaleza es defectuosa y si pudiéramos, intentaríamos curarlos, porque partimos de que tienen una naturaleza humana. Ellos están necesitados de nuestra ayuda, y nuestra propia dignidad como personas no se hará más clara por otra cosa que por la ayuda que prestemos a esos seres, aunque no haya en ellos nada que despierte nuestra simpatía. Vivimos, dice Spaemann, en una sociedad hedonista que su única obligación es ser feliz, por tanto, la visión del dolor, el sufrimiento, la enfermedad, la deformidad y la muerte aparece como algo insoportable. El dolor es algo que no debe existir. Es por ello que si no se puede desaparecer el dolor, hay que desaparecer al que sufre. Idem. El mismo Spaemann, pero en su libro de ética, propone un ejercicio mental el cual consiste en imaginar a un hombre que se encuentra atado a una mesa de operaciones y conectado a una máquina que estimula ciertos puntos nerviosos en el cráneo lo cual le provoca una sensación continua de placer y bienestar, el médico que está a cargo del experimento nos dice que ese hombre continuará unos diez años así y que de no poder continuar con el experimento se le desconectaría y moriría sin dolor ni sufrimiento. Dentro del ejercicio que plantea el autor, el médico nos propone participar de modo que pudiéramos experimentar un placer y bienestar prolongado bajo las mismas consecuencias que pudiera tener ese hombre en el futuro. Spaemann afirma que seguramente preferiríamos seguir con lo que él denomina “nuestra vida mediocre” y que el dolor, si no es excesivo, tiene una función muy importante: la autoconservación en caso de peligro. El dolor es una señal al servicio de la vida ante lo que representa una amenaza para ésta. El principio del placer encuentra su límite en la realidad el hombre no se conforma con el placer, aunque lo busca, quiere algo más: mantenerse en su propio ser. Véase Spaemann, Robert. *Ética: cuestiones fundamentales*. 5ª ed. EUNSA. España. 1998. Págs. 40 y ss. Palabras como confort, bienestar, provecho, utilidad, eficacia o salud, y actitudes que consagran la absoluta independencia de la voluntad y el desarraigo del sujeto humano respecto a cualquier norma objetiva, manifiestan el *pathos* de la edad contemporánea, sancionando la prioridad de lo humano objetivo sobre la clásica consistencia de lo real. Melendo, Tomás. *Dignidad humana y bioética*. Op. Cit. Pág. 90. Cada individuo es un fin en sí mismo y su dignidad es completamente independiente de toda “función” ya que se fundamenta en el carácter personal del hombre. La independencia de persona estriba de que a ningún hombre le corresponde juzgar si otro hombre posee o no los rasgos fundamentales de la personalidad. Los derechos humanos se deben reconocer en todo ser que descienda del hombre y a partir del primer momento de su existencia natural, sin que sea lícito añadir cualquier criterio adicional. Spaemann, Robert.

Ser persona no es una determinación cualitativa, sino que persona es aquél que posee dichas cualidades. Es esencial para la naturaleza humana el ser poseída por una persona, es decir, por un "alguien". La personalidad no es de ninguna manera un estado de cosas cualitativo, descriptible por medio de determinados predicados, sino que determinados estados de cosas descriptibles cualitativamente constituyen para nosotros signos por los que las personas se dan a conocer. Las personas son sujetos de poder, de capacidad; por tanto, no tiene ningún sentido hablar de personas en potencia. Las personas no son nunca en potencia, son siempre algo real, por eso se dice: "yo nací en tal fecha" y no "en tal fecha nació un ser a partir del cual poco a poco surgí yo". Persona no significa aquello que un hombre puede llegar a ser, sino aquel hombre que puede llegar a hacer algo, el obrar sigue al ser. Para él, la definición de persona a partir de la racionalidad es falsa, ya que es algo derivado.¹⁰ La persona es el hombre mismo no un estado determinado de un hombre ella tiene una dignidad y no un valor, es decir, el valor de su vida no puede ser medido bajo ninguna escala de valores; además, agrega que la persona humana no es un ser meramente espiritual ya que se manifiesta de modo natural gracias a su cuerpo y a su lenguaje.¹¹

En contra de la postura de Spaemann, la cual considero adecuada, el médico y filósofo norteamericano Engelhardt establece que no todos los seres humanos son personas, y hace una distinción entre personas en sentido estricto y la vida biológicamente humana; las primeras, son seres concientes, racionales, libres en sus elecciones y capaces de realizar juicios morales; las segundas, en oposición, son aquellas que no cumplen con esas características (fetos, recién nacidos, enfermos

Lo natural y lo racional. Rialp. Madrid. 1989. Págs. 49 y 50. Los débiles, los improductivos, los lisiados, los niños, los enfermos... podrían irse excluyendo progresivamente de la definición de persona y la exclusión podría fácilmente justificarse a razones de Estado y, en última instancia, de conveniencia; pero la dignidad, a diferencia del valor, no es conmensurable toda vez la persona no es una determinación cualitativa.

¹⁰ El hombre, a contrario de los animales, sabe la razón de su acción, actúa expresamente y en libertad con respecto al sentido de su acción. Spaemann, Robert. *Ética: cuestiones fundamentales*. Op. Cit. Pág. 86.

¹¹ A diferencia de los animales el hombre, es decir, la persona humana al actuar modifica a su vez las condiciones que enmarcan su comportamiento, tiene historia. Ibidem. Pág. 115. La dignidad humana no es solamente el nombre de una regla de juego para el trato entre los hombres a costa del resto del mundo; muy por el contrario, esa magnificencia es auténtica y objetiva, la cual encuentra su fundamento más profundo en el hecho de que el hombre es el único ser vivo que se puede interesar por el resto del universo. Spaemann, Robert. *Lo natural y lo racional*. Op. Cit. Pág. 19.

mentales graves, quienes se encuentran en estados de coma...). Sólo las personas, las personas en sentido estricto, tienen el *status* de respeto a su persona y a su autonomía.¹²

Peter Singer, por ejemplo, rechaza la idea de la esencia del hombre al estilo platónico, su postura es antiesencialista. Para él, cada ser humano es una expresión de la especie humana que tiene singularidad y comparte rasgos comunes con otros ejemplares de la especie, tal como lo es cualquier otro animal, tal singularidad no es una característica que lo diferencie de los animales, más bien es un rasgo de toda entidad viva. Su posición para fundamentar la dignidad se encuentra en la racionalidad de cada ser, la cual no es exclusiva de los seres humanos, sino que se extiende a otros seres no humanos. Desde su perspectiva utilitarista afirma que la racionalidad no puede considerarse un elemento exclusivo de los seres humanos, la dignidad ontológica del ser humano a partir de la racionalidad es inadecuada, porque también otros animales no humanos pueden presentar formas de ejercer esa racionalidad.¹³

En otro sentido, Emerich Coreth sostiene que sólo el hombre es capaz de preguntar acerca de su entorno y sobre su propia existencia no así los animales, ya que éstos se mueven bajo una existencia que no les plantea problemas, permanecen ligados al dato concreto de un determinado fenómeno sin la posibilidad de preguntarse por sus razones ocultas. Preguntar sobre su propia esencia es algo que sólo puede hacer el hombre; se apoya en el pensamiento socrático en el sentido de que el ser humano es el único ser que sabe que sabe, es decir, comprende lo que conoce y quiere comprender lo desconocido. Sólo el ser humano es capaz de preguntar sobre su ser, sobre su esencia, ya que sólo él tiene conciencia y comprensión de sí mismo. El ser del hombre muestra constantemente nuevas profundidades y misterios que provocan a su vez nuevas preguntas, de tal forma que las preguntas de la humanidad jamás deben quedar reducidas al silencio. Ser hombre significa una pluralidad esencial de dimensiones, en las que no sólo experimentamos el mundo, sino que nos experimentamos a nosotros mismos.¹⁴ En este mismo sentido, Morris sostiene que no sólo el lenguaje lingüístico (lengua) o la articulación (reinterpretación) de lo articulado es una de las diferencias

¹² Cfr. Tristram Engelhardt, Hugo Jr., *The foundations of bioethics*. Oxford. EEUU. 1986. Págs. 135 y ss.

¹³ Cfr. Singer, Peter. *Ética práctica*. 2a ed. Ariel. Barcelona. 1988. Págs. 84 y ss. Y Singer, Peter. *Izquierda darwiniana: política, evolución y cooperación*. Crítica. Barcelona. 2000. Págs. 29 y ss.

¹⁴ Cfr. Coreth, Emerich. Op. Cit. Págs. 29 y ss.

entre hombres y animales: todos los hombres tienen símbolos, mientras que los animales sólo señales; sólo los hombres tienen signos de los signos.¹⁵

Por último, Roberto Andorno al hacer una defensa del embrión como persona establece una clara diferencia entre seres humanos y animales; sólo los primeros, como seres espirituales, pueden desarrollar la capacidad de amar en razón de ello los seres humanos procrean en tanto que los animales se reproducen.¹⁶

En este punto inicial surgen las primeras interrogantes: ¿Cuál es el papel que ocupa la filosofía dentro de la bioética? ¿Por medio de la filosofía se puede comprender la dignidad humana? ¿La dignidad es asunto de la bioética o de la filosofía?

1.3 La postura filosófica de la dignidad humana en el pensamiento cristiano.

En primer lugar cabe citar la encíclica *Fides et Ratio*,¹⁷ la cual afirma que los conocimientos fundamentales derivan del asombro suscitado por la contemplación de la Creación. El hombre movido por el deseo de descubrir la verdad última sobre la existencia, trata de adquirir los conocimientos universales que le permiten comprenderse mejor y progresar en la realización de sí mismo. En esa tarea, se han construido sistemas de pensamiento complejos que han producido sus frutos en los diversos ámbitos del saber favoreciendo el desarrollo de la cultura y de la historia. La antropología, la lógica, las ciencias naturales, la historia, el lenguaje... de alguna manera han abordado todas las ramas del saber. Sin embargo, los resultados positivos alcanzados no deben llevar a descuidar el hecho de que la razón misma, movida a indagar de forma unilateral sobre el hombre como sujeto, parece haber olvidado que éste está también llamado a orientarse hacia una verdad que lo trasciende.

¹⁵ Cfr. Morris, Charles. *Signos, lenguaje y conducta*. Losada. Buenos Aires. 1962. Pág. 64.

¹⁶ El autor afirma que es la dignidad misma de la persona la que exige que su llegada al mundo sea provocada por un acto de amor entre un hombre y una mujer. Los seres humanos procrean no se fabrican ni se reproducen. Negar la importancia de la realidad corporal en el amor humano sería desconocer la doble dimensión del hombre: la corporal y la espiritual. El amor es la única antítesis a la instrumentalización de la persona y nos permite escapar de la visión utilitarista del hombre. Se trata de suscitar en nosotros una verdadera admiración existencial ante cada ser humano. Véase Andorno, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Técnos. Madrid. 1998. Págs. 109 y ss.

¹⁷ Encíclica de Juan Pablo II sobre las relaciones entre Fe y Razón. 14 de septiembre de 1998.

La filosofía moderna en lugar de apoyarse sobre la capacidad que tiene el hombre para conocer la verdad, ha preferido destacar sus límites y condicionamientos. La legítima pluralidad de posiciones ha dado paso a un pluralismo indiferenciado, basado en el convencimiento de que todas las posiciones son igualmente válidas. Este es uno de los síntomas más difundidos de la desconfianza en la verdad que es posible encontrar en el contexto actual. Con falsa modestia, se conforman con verdades parciales y provisionales, sin intentar hacer preguntas radicales sobre el sentido y el fundamento último de la vida humana, personal y social. Ha decaído, en definitiva, la esperanza de poder recibir de la filosofía respuestas definitivas a tales preguntas.

La filosofía, que tiene la gran responsabilidad de formar el pensamiento y la cultura por medio de la llamada continua a la búsqueda de lo verdadero, debe recuperar con fuerza su vocación originaria. El Concilio Vaticano I manifiesta que la verdad alcanzada a través de la reflexión filosófica y la verdad que proviene de la Revelación no se confunden, ni una hace superflua la otra. El hombre deseoso de conocer lo verdadero, si aún es capaz de mirar más allá de sí mismo y de levantar la mirada por encima de los propios proyectos, recibe la posibilidad de recuperar la relación auténtica con su vida, siguiendo el camino de la verdad.¹⁸

El hombre es el único ser en toda la Creación visible que no sólo es capaz de saber, sino que sabe también que sabe, y por eso se interesa por la verdad real de lo que se le presenta.¹⁹ Nadie puede permanecer sinceramente indiferente a la verdad de su saber. Si descubre que es falso, lo rechaza; en cambio, si puede confirmar su verdad, se siente satisfecho. En consecuencia, es necesario que los valores elegidos y que se persiguen con la propia vida sean verdaderos, porque solamente los valores verdaderos pueden perfeccionar a la persona realizando su naturaleza. A esto se debe añadir que la

¹⁸ No existe moral sin libertad. Si existe el derecho de ser respetados en el propio camino de búsqueda de la verdad, existe aún antes la obligación moral, grave para cada uno, de buscar la verdad y seguirla una vez conocida. Encíclica *Veritatis splendor*. No. 34. 1993. La libertad es la condición *a priori* del deber moral. Véase Kant, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Porrúa. México. 1972. Colección Sepan cuantos... No. 212. Pág. 139.

¹⁹ El hombre se distingue de cualquier otra realidad que lo rodea porque es persona. Plasmado a imagen y semejanza de Dios, es un sujeto consciente y responsable. Aún así, también en su dimensión espiritual el hombre experimenta la sucesión de fases diversas, igualmente fugaces. Carta del Papa a los ancianos. No. 5. 1999. Dios creó al hombre a su imagen y semejanza, y le dio autoridad sobre los peces del mar, las aves del cielo, sobre los animales del campo y sobre todo ser viviente que se mueva sobre la tierra. Génesis 1, 26-28. De esta manera aparece la dignidad humana y la superioridad de la naturaleza humana sobre los animales y sobre la naturaleza y que se ha de constituir como la principal premisa moral de la Edad Media.

primera verdad absolutamente cierta de nuestra existencia, además del hecho de que existimos, es lo inevitable de nuestra muerte.

Frente a este dato desconcertante se impone la búsqueda de una respuesta exhaustiva. Cada uno quiere y debe conocer la verdad sobre su propio fin. Quiere saber si la muerte será el término definitivo de su existencia o si hay algo que sobrepasa la muerte: Si le está permitido esperar una vida posterior o no. Es significativo que el pensamiento filosófico haya recibido una orientación decisiva de la muerte de Sócrates que lo ha marcado desde hace más de dos milenios. No es en absoluto casual, que los filósofos ante el hecho de la muerte se hayan planteado de nuevo este problema junto con el del sentido de la vida y de la inmortalidad. El tema de la muerte puede llegar a ser para todo pensador una seria llamada a buscar dentro de sí mismo el sentido auténtico de la propia existencia.²⁰

Nadie, ni el filósofo ni el hombre corriente, puede substraerse a estas preguntas. De la respuesta que se dé a las mismas depende una etapa decisiva de la investigación: Si es posible o no alcanzar una verdad universal y absoluta.²¹ La argumentación elaborada siguiendo rigurosos criterios racionales es garantía para lograr resultados universalmente válidos. La verdad jamás puede ser limitada por el tiempo y la cultura; se conoce en la historia, pero supera la historia misma.²²

²⁰ La reflexión que predomina, por encima de los episodios particulares, es la que se refiere al tiempo, el cual transcurre inexorable. El hombre está sumido en el tiempo: En él nace, vive y muere. Con el nacimiento se fija una fecha, la primera de su vida, y con su muerte otra, la última. Carta del Papa a los ancianos. No. 2. 1999.

²¹ La idea de la verdad implica un verdadero problema filosófico el cual ha sido motivo de diversas posturas en torno a ella, por ejemplo, Husserl se pregunta si se puede hablar de la verdad sin adecuación, o Zubiri quien considera que la verdad es la actualización de lo real en la intelección. Este no es el problema central de este trabajo pero se quiere puntualizar en virtud del calificativo “absoluto” que se le suele añadir. El pensamiento cristiano considera que lo Absoluto es Dios mismo, principio y fundamento de todo conocimiento o verdad. Así, Spaemann considera que el ateísmo despoja de una auténtica fundamentación a la dignidad humana y que la idea de lo Absoluto en una sociedad es de todo necesaria para que sea reconocida la incondicionalidad de la dignidad de esa representación de lo Absoluto que es el hombre. En Spaemann se ve la influencia de santo Tomás de Aquino que califica al ser del sujeto humano como un Absoluto para evidenciar que el ser de la persona no está condicionada a la voluntad de otros para manifestar su grandeza. También hay que tener presente que el calificativo “absoluto” tiene toda una historia dentro de la filosofía, etimológicamente proviene *ad-solutum* que quiere decir ab-suelto, no ligado a, es por ello que el sentido en que se utiliza no es de imposición sino se quiere referir a una verdad que no tiene posibilidad de error o condicionamiento alguno en otra cosa, es la verdad que es, en otras palabras, aquello que es sin importar cómo se conozca; es lo que Zubiri llama la verdad real, diferente a la verdad del *logos* que depende de la aprehensión personal del sujeto.

²² Las proposiciones de la ética no son susceptibles de verdad. Las diferencias culturales nos obligan a preguntarnos por la existencia de un criterio o medida de juzgar lo “bueno”. Que los sistemas normativos

La capacidad misma de buscar la verdad y de plantear preguntas implica ya una primera respuesta. El hombre no comenzaría a buscar lo que desconociese del todo o considerase absolutamente inalcanzable. Sólo la perspectiva de poder alcanzar una respuesta puede inducirlo a dar el primer paso.

La perfección del hombre no está en la mera adquisición del conocimiento abstracto de la verdad, sino que consiste también en una relación viva de entrega y fidelidad hacia el otro.²³

El hombre, por su naturaleza, busca la verdad. Esta búsqueda no está destinada sólo a la conquista de verdades parciales, factuales o científicas; no busca sólo el verdadero bien para cada una de sus decisiones. El hombre se encuentra en un camino de búsqueda, humanamente interminable: Búsqueda de verdad y búsqueda de una persona de quien fiarse. La unidad de la verdad es ya un postulado fundamental de la razón humana, expresado en el principio de no contradicción. La Revelación da la certeza de esta unidad, mostrando que el Dios creador es también el Dios de la historia de la salvación.²⁴

El deseo de la verdad mueve a la razón a ir siempre más allá; queda incluso como abrumada al constatar que su capacidad es siempre mayor que lo que alcanza.

son en gran medida dependientes de la cultura, es una eterna objeción frente a la existencia de una ética filosófica. Spaemann, Robert. *Ética: cuestiones fundamentales*. Op. Cit. Págs. 21 y ss.

²³ El hombre actual parece estar siempre amenazado por lo que produce, es decir, por el resultado del trabajo de sus manos y más aún por el trabajo de su entendimiento, de las tendencias de su voluntad. Los frutos de esta múltiple actividad del hombre se traducen muy pronto y de manera a veces imprevisible en objeto de "alienación", es decir, son pura y simplemente arrebatados a quien los ha producido pero, al menos parcialmente, en la línea indirecta de sus efectos, esos frutos se vuelven contra el mismo hombre; ellos están dirigidos o pueden ser dirigidos contra él. En esto parece consistir el capítulo principal del drama de la existencia humana contemporánea en su dimensión más amplia y universal. El hombre por tanto vive cada vez más en el miedo. Teme que sus productos, naturalmente no todos y no la mayor parte, sino algunos y precisamente los que contienen una parte especial de su genialidad y de su iniciativa, puedan ser dirigidos de manera radical contra él mismo. Encíclica *Redemptor hominis*. No. 15. 4 de marzo de 1979.

²⁴ Giovanni Russo describe la ética católica en estos términos: "La metabioética católica, sobre el fundamento de que Cristo ha revelado la verdad del hombre, de la creación y de la historia, propone una metodología que es la más adecuada a la epistemología de la bioética, que se refiere al principio de no contradicción por excelencia: La verdad del *ethos* del hombre en cuanto hombre". En Torralba Roselló, Francesc. Op. Cit. Pág. 38.

Los filósofos son los primeros que comprenden la exigencia de la autocrítica, de la corrección de posibles errores y de la necesidad de superar los límites demasiado estrechos en los que se enmarca su reflexión.

Se manifiesta una difundida desconfianza hacia las afirmaciones globales y absolutas, sobre todo por parte de quienes consideran que la verdad es el resultado del consenso y no de la adecuación del intelecto a la realidad objetiva.²⁵ La lección de la historia nos enseña que es preciso no perder la pasión por la verdad última y el anhelo por su búsqueda junto con la audacia de descubrir nuevos rumbos.

Varios son los motivos de esta poca estima. En primer lugar, debe tenerse en cuenta la desconfianza en la razón que manifiesta gran parte de la filosofía contemporánea, abandonando ampliamente la búsqueda metafísica sobre las preguntas últimas del hombre, para concentrar su atención en los problemas particulares y regionales, a veces incluso puramente formales.

La Revelación, con sus contenidos, nunca puede menospreciar a la razón en sus descubrimientos y en su legítima autonomía; por su parte, la razón no debe jamás perder su capacidad de interrogarse y de interrogar, siendo consciente de que no puede erigirse en valor absoluto y exclusivo.

Se ha de tener presente que uno de los elementos más importantes de nuestra condición actual es la “crisis del sentido”. Una filosofía carente de la cuestión sobre el

²⁵ Usualmente suele definirse a la verdad como la adecuación entre intelecto y cosa la cual se le atribuye a santo Tomás, pero que en realidad no es suya, simplemente la utiliza para hacer algunas comparaciones con otras definiciones clásicas. Aristóteles, por ejemplo, en su *Ética* establece la *veritas* como virtud, veracidad que corresponde a la concordancia del signo con el significado. Santo Tomás manifiesta tres afirmaciones sobre la verdad en el ámbito ético: La primera, la *veritas* como veracidad, por la que el hombre se expresa de palabra y con los hechos tal como es; la segunda, la *veritas vitae*, por la que el hombre realiza en su vida los designios existentes sobre él en la mente de Dios, donde se encuentra también el fundamento de la verdad de los demás seres y; la tercera, la verdad de la justicia, por la que el hombre cumple su deber con los otros según el orden de las leyes. Por último, considera que apartarse de la verdad es pecado, ya que la verdad consiste en que el hombre adapta su conducta a la regla de la ley divina en la dimensión del conocer y del obrar. La concordancia del conocimiento con la ley divina es la *veritas doctrinae*; la del obrar, considerada individualmente, es la *veritatis vitae*, y en lo referente a los deberes con los otros es la *veritatis iustitiae*. Véase capítulo “La verdad ontológica y ética del hombre” en Reinhardt, Elisabeth. *La dignidad del hombre en cuanto imagen y semejanza de Dios*. EUNSA. Pamplona. 2005. Págs. 181 y ss. Sin embargo, la verdad como *adecuatio* es la verdad previa al renacimiento, distinta a la verdad del racionalismo moderno. Filosóficamente *adecuatio* es siempre dual y significa hacer idénticos dos términos, tanto la representación mental como lo que hemos llamado realidad, lo cual, desde el punto de vista de la filosofía moderna es difícil de asumir y que ha sido objeto de reflexión por muchos pensadores. Véase Ponzio, Paolo. *Verità e attualità*. Pagina. Bari, Italia. 2007.

sentido de la existencia incurriría en el grave peligro de degradar la razón a funciones meramente instrumentales, sin ninguna auténtica pasión por la búsqueda de la verdad. Es necesaria una filosofía de alcance auténticamente metafísico, capaz de trascender los datos empíricos para llegar, en su búsqueda de la verdad, a algo absoluto, último y fundamental. La metafísica permite precisamente dar un fundamento al concepto de dignidad de la persona por su condición espiritual.²⁶ La persona, en particular, es el ámbito privilegiado para el encuentro con el ser y, por tanto, con la reflexión metafísica.²⁷

Una gran exigencia se tiene en estos tiempos: El de saber dar el paso, tan necesario como urgente, del fenómeno al fundamento.

Ante los retos contemporáneos en el campo social, económico, político y científico la conciencia ética del hombre está desorientada. Muchos de los problemas que tiene el mundo actual derivan de una crisis en torno a la verdad. Abandonada la idea de una verdad universal sobre el bien, que la razón humana pueda conocer, ha cambiado también inevitablemente la concepción misma de la conciencia: a ésta ya no se la considera en su realidad originaria, o sea como acto de la inteligencia de la persona, que debe aplicar el conocimiento universal del bien en una determinada situación y expresar así un juicio sobre la conducta recta que hay que elegir aquí y ahora; sino que más bien se está orientando a conceder a la conciencia del individuo el privilegio de fijar, de modo autónomo, los criterios del bien y del mal, y actuar en consecuencia. Esta visión

²⁶ El *ser* de las personas es espiritual en virtud de que no depende intrínseca y constitutivamente de la materia.

²⁷ La crisis de la ética es el “test” mas evidente de la crisis de la antropología, crisis debida a su vez al rechazo de un pensar verdaderamente metafísico. Separar los tres momentos, el ético, el antropológico y el metafísico es un gravísimo error que la historia de la cultura contemporánea ha demostrado trágicamente. Discurso pronunciado por Juan Pablo II en el marco del Congreso Internacional de Teología Moral el 10 de abril de 1986. http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1986/april/index_sp.htm Consultada el 5 de febrero de 2008 (Traducción propia). Sin metafísica no cabe fundamentación definitiva de la bioética. Melendo, Tomás. *Dignidad humana y bioética*. Op. Cit. Pág. 184. El hombre no se puede definir como individuo de la especie *homo sapiens*, el término “persona” se halla indisolublemente unido con la idea de dignidad, no es individuo de una especie ya que hay algo más, una plenitud y una perfección del *ser*, que no se pueden expresar más que empleando la palabra “persona”. Cfr. Wojtyła, Karol. *Amor y responsabilidad: estudio de moral sexual*. Razón y fe. Madrid. 1978. Pág. 14. La idea de dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una ontología metafísica, es decir, en una filosofía de lo absoluto. Por eso el ateísmo despoja de fundamentación a la dignidad humana y con ello la posibilidad de autoafirmación teórica de una civilización. Afirma que el hombre, como ser moral, es una representación de lo absoluto y por simplemente por ello le corresponde su dignidad humana. Spaemann, Robert. *Lo natural y lo racional*. Op. Cit. Págs. 105 y 122.

coincide con una ética individualista, para la cual cada uno se encuentra ante su verdad, diversa de la verdad de los demás.²⁸

La reflexión filosófica puede contribuir mucho a clarificar la relación entre verdad y vida, entre acontecimiento y verdad, entre dignidad y alienación. El pensamiento filosófico es a menudo el único ámbito de entendimiento y de diálogo con quienes no comparten nuestros criterios morales.²⁹

Esta postura que representa la doctrina de la iglesia católica es calificada por algunos como radical y autoritaria; sin embargo, aporta elementos sumamente valiosos

²⁸ Encíclica *Veritatis splendor*. No. 32. 1993. Actualmente la conciencia aparece como expresión del carácter absoluto del sujeto; sobre la que no puede haber, en el campo moral, ninguna instancia superior. Lo bueno como tal no es cognoscible. Conferencia: Fe, verdad y cultura pronunciada por el cardenal Joseph Ratzinger el 16 de febrero de 2000 dentro del Primer Congreso Teológico Internacional, en <http://www.multimedios.org/docs/d000177/> Consultada el 26 de febrero de 2008. En algunas corrientes del pensamiento moderno se ha llegado a exaltar la libertad hasta el extremo de considerarla como un absoluto, que sería la fuente de los valores. Se han atribuido a la conciencia individual las prerrogativas de una instancia suprema del juicio moral, que decide categóricamente e infaliblemente sobre el bien y el mal. (Concepción radicalmente subjetivista del juicio moral). El individualismo, llevado a las extremas consecuencias, desemboca en la negación de la idea misma de naturaleza humana. Encíclica *Veritatis splendor*. No. 31. 1993. La conciencia es en el hombre un órgano del bien y del mal, no es de ningún modo un oráculo, la conciencia no siempre tiene la razón, no siempre posee la certeza de hacer objetivamente lo mejor. No hay conciencia sin disposición a formarla e informarla. Cuando a una persona se le obliga a actuar en contra de su conciencia se está atentando contra su dignidad. La dignidad del hombre depende en su universalidad, es decir, en que no es una parte, junto a otras, de la realidad; sino que en su conciencia percibe que debe hacer justicia a la realidad como un ser potencialmente moral. Spaemann, Robert. *Ética: cuestiones fundamentales*. Op. Cit. Págs. 87 y ss. El juicio de la conciencia es un juicio práctico, o sea un juicio que ordena lo que el hombre debe hacer o no hacer; o bien que valora un acto ya realizado por él. Es un juicio que aplica a una situación concreta la convicción racional de que se debe amar, hacer el bien y evitar el mal. Este primer principio de la razón práctica pertenece a la ley natural. En el juicio práctico de la conciencia, que impone a la persona la obligación de realizar un determinado acto, se manifiesta el vínculo de la libertad con la verdad. La dignidad de la conciencia deriva siempre de la verdad. Encíclica *Veritatis splendor*. Núms. 59, 61 y 63. 1993. Cada vez con mayor frecuencia se privilegia la conciencia humana por encima de la verdad objetiva, es decir, en el campo moral el referente máximo de actuación suele ser la propia conciencia antes que la ley natural, el consenso social, las normas jurídicas, etc. si bien el juicio de la conciencia es un juicio imperativo, éste es práctico, es un juicio que aplica a una situación concreta bajo el sustento de un código moral previamente aceptado, conforme lo que considera verdadero o bueno en ejercicio de su libertad. La conciencia es un acto de la persona, que no es el único ni el decisivo, el acto conciente supone que la persona ya existe, es decir, la conciencia no es constitutiva de la persona, sino que es posterior a ella.

²⁹ Los diálogos entre religiones cuando éstos son serios se tiene latente el peligro de conflicto; sin embargo, influye en el ambiente de tolerancia y coexistencia propias de este siglo. Spaemann, a contrario de lo que piensa Küng (diálogo religioso para la paz religiosa, paz religiosa para la paz mundial, y la paz mundial para la supervivencia humana...), este diálogo no puede de ningún modo ser el fundamento de la paz o *ethos* mundial. Para abordar más sobre el diálogo inter-religioso y sobre la crítica a la obra de Küng (Proyecto de una ética mundial), véase Spaemann, Robert. "La ética mundial como 'proyecto'". *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*. España. 2a serie. XXIII. No. 50. Abril-mayo de 1997. Págs. 28 a 47.

para el estudio de la dignidad de la persona desde el punto de vista teológico y filosófico, este último es el que nos interesa ahora.³⁰

Este trabajo se enfoca, como se sabe, al problema de las decisiones que toma una persona para ser cumplidas después de su muerte pero, principalmente, antes de que ésta ocurra, es decir, en el proceso final de su vida cuando él no puede manifestarlas en ese momento. Es por ello que la bioética y el derecho han de acudir a la reflexión filosófica en torno a la dignidad para sentar el fundamento epistemológico necesario para desarrollar aportaciones sustanciales en este tema. Con ese propósito se han citado los principales argumentos puramente filosóficos del pensamiento cristiano contemporáneo.

1.4 Consideraciones bioéticas a partir del pensamiento cristiano.

El pensamiento cristiano en relación a la importancia de la filosofía en la discusión de temas de especial complejidad para esta época como lo es el concepto de dignidad inicia con la crítica, no descalificadora sino provocativa, de que en el contexto actual todas las posiciones adoptadas en el estudio de un problema concreto, son igualmente válidas ante la desconfianza imperante de alcanzar juicios universalmente válidos.³¹

Dentro del estudio bioético es regla generalmente aceptada que se debe aceptar la diversidad de enfoques y posturas.³² Ella, como cualquier otro espacio de

³⁰ Al respecto, Gregorio Peces-Barba considera que después de la Segunda Guerra Mundial, con la encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII en 1963, con la “Constitución pastoral sobre la iglesia en el mundo actual” promulgada por Pablo VI en 1965 y con el Concilio Vaticano II existió un acercamiento significativo entre la iglesia católica y el pensamiento moderno, es decir, considerar a la racionalidad y a la humanización como las bases centrales que se dirijan a organizar una sociedad política y un poder político al servicio del hombre; sin embargo, afirma que el pontificado de Juan Pablo II, especialmente con su encíclica *Veritatis Splendor* en 1993, constituye un paso atrás y una vuelta a las posiciones más tradicionales de la iglesia católica, manifestando una desconfianza en las bases de la modernidad al insistir en la idea de que la verdadera libertad es la que coincide con la verdad del mensaje cristiano. Cfr. Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Ética, poder y derecho*. Fontamara. México. 2004. Págs. 22 y 23. Posición que no se comparte por los argumentos que se presentan a continuación.

³¹ Al respecto, Gilbert Hottois sostiene que no hay ningún discurso ético universalmente convincente. En Torralba Roselló, Francesc. Op. Cit. Pág. 35. En el mismo sentido, Engerlhardt desde una posición posmoderna sostiene que no existe, ni puede existir una moralidad secular canónica dotada de contenido; refiriéndose a la bioética insiste que no es posible que esta disciplina pueda establecer criterios universales, racionalmente no hay una sola argumentación que justifique la superioridad de una moral sobre otra; la bioética, por tanto, ha de ser pluralista y relativista. Cfr. Tristram Engelhardt. Op. Cit. Esta idea es también compartida por Peces-Barba, al decir que existe una verdad moral única, ni una respuesta correcta a los problemas del hombre y que precisamente una de las bases de la democracia es el pluralismo. Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Ética, poder y derecho*. Op. Cit. Pág. 96.

³² Una bioética pluralista debe defenderse rigurosa y decididamente de las agresiones que tratan de determinar apriorísticamente el modo en que los valores y principios han de convivir. El pluralismo

racionalidad humana, no puede aspirar a la verdad total, a la perspectiva total que anule a todas las demás; el éxito que ha tenido durante ya casi cuatro lustros, y que la distingue de la ética clásica, es que ha sabido encausar la enorme pluralidad de abordajes que se han dado entorno a ella.

Hasta este momento parece que nos encontramos ante dos corrientes opuestas, la filosofía cristiana y la bioética llamada “secular”.³³ Antes de continuar considero necesario plantear una premisa fundamental al respecto: En el estado actual de la ciencia y la tecnología, por un lado, y por los derechos políticos y civiles, por el otro, ninguna disciplina, al menos normativa, puede tratar de imponerse arbitrariamente a un sujeto pasivo universalmente contingente (este fue uno de los sellos característicos de las décadas, e incluso siglos pasados); por el contrario, en la actualidad la tarea de la bioética, de la filosofía, del derecho y de cualquier otra disciplina es la de buscar una argumentación sólida que permita mostrar racionalmente³⁴ la bondad, la conveniencia o

fáctico, político y social, en el que hoy nos hallamos inmersos, se opone a la idea de que exista un único proyecto válido y que sea objeto de imposición, de tal forma que es necesario conjugar todos los distintos proyectos y finalidades de vida promulgados. Cfr. Casado González, María (Coord.). *Hacia una concepción flexible de la bioética*, en *Estudios de bioética y derecho*. Tirant lo blanch. Valencia. 2000. Págs. 22 a 27. En nuestras sociedades coexisten grupos humanos con diferentes morales positivas que se adhieren a diferentes conjuntos de normas y de valores morales, que en ocasiones resultan incompatibles entre sí. En el contexto de las sociedades plurales, la identificación misma de los problemas morales puede variar ampliamente, es decir, qué se considera como un problema moral y qué no es un problema moral puede ser muy distinto según la época histórica y de acuerdo con el contexto social y cultural, y no digamos las propuestas para responder a esos problemas. Uno de los grandes logros del siglo XX fue el desarrollo de la convicción de que no existe una única forma correcta de interpretar el mundo y ni siquiera de razonar. Si bien la pluralidad moral es un hecho ampliamente reconocido y aceptado, donde hay menos acuerdo es acerca del carácter de los criterios o principios que permiten dirimir la cuestión de cuáles de las diferentes normas morales son las válidas, y si es que existe un único conjunto de normas morales válidas. Conferencia: “Latinoamérica y la diversidad cultural”, pronunciada por León Olivé el 7 de septiembre de 2007 en el marco del Simposium “Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética” realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En otro sentido, está Andrés Ollero quien sostiene que la objetividad ética no está reñida con el pluralismo, lo mismo que la verdad de las realidades físicas no excluye sino que alimenta el debate científico. El pluralismo no es sino la expresión plástica de la diversificada búsqueda de un contenido unitario. Ollero, Andrés. “Derecho y moral. Implicaciones actuales: A modo de introducción”. *Persona y derecho*. No. 61. Julio-diciembre 2009. Págs. 20 y 21.

³³ Secularidad en bioética implica no tener un perfil religioso previamente trazado e irrenunciable que se pretenda imponer a la colectividad ya que dotaría de gran carga subjetiva el análisis correspondiente. Secularidad no significa de ninguna forma antireligiosidad, es decir, secularidad no es descalificar los pronunciamientos de las personas dedicadas al estudio espiritual de la persona, ni tampoco significa desatender las creencias religiosas de las personas implicadas. Para Engelhardt la bioética nace como rechazo formal de la ética teológica o teología moral, sobre todo católica, para constituirse en ética secular. En cambio, Serrano Ruiz-Calderón considera que hablar de bioética racional y laica constituye una discriminación a las bioéticas de origen o fundamentación religiosa. Cuando se dice de bioética se supone su laicismo, pero agregar el calificativo de “laica” es como una especie de guerra cultural. Cfr. Serrano Ruiz-Calderon, José Miguel. *Retos jurídicos de la bioética*. Ediciones internacionales universitarias. Madrid. 2005. Pág. 113.

³⁴ Racional no en el sentido de racionalismo (la razón puede conocer *a priori* toda la realidad).

la validez de ciertos lineamientos morales. Es por ello que no considero, al menos en este sentido, a estas dos corrientes como antagónicas, muy por el contrario, la filosofía cristiana anima al hombre a no conformarse con verdades parcialmente aceptadas, sino lo impulsa a continuar con el inagotable ejercicio racional de argumentar, convencer y modificar su entorno a favor del género humano, en ningún momento trata de imponerse como verdad universalmente válida, simplemente confía que la razón -y la fe- pueden lograr tal fin;³⁵ por su parte, la bioética, reconoce la pluralidad como una exigencia natural de toda área de conocimiento que no tienda a imposiciones, sino a enriquecerse con el propósito de resolver un problema real y concreto.³⁶

A la pluralidad, como exigencia del análisis bioético actual, le corresponde el compromiso intelectual del sujeto que participa en dicho análisis. Es decir, la postura que se tenga en torno a un tema de estudio debe tener un sólido fundamento racional y no basarse en una mera opinión. Aquí es donde la postura cristiana resalta el valor de la verdad ya que en la actualidad con falsas ilusiones de participación democrática se privilegia más a la opinión o conciencia personal que a la verdad o principios morales universalmente válidos.

El pensamiento cristiano afirma que la verdad no consiste en la suma de voluntades o en lo que la mayoría considere verdadero o correcto, sino que la verdad es la adecuación del intelecto a la realidad objetiva y que lo bueno sería la adecuación de la conducta del hombre a su naturaleza humana.

El consenso social es necesario sobre todo en el campo de la ética de mínimos, es decir, aquello que el derecho ha de regular coactivamente para todos.³⁷ En lo que no existe consenso social no puede ser tratado por el derecho. Pero este consenso no debe

³⁵ La verdad universalmente válida a la que se refiere la iglesia católica puede ser conocida mediante la comunión de la razón natural y de la Revelación divina. Es por ello que, por ejemplo, la dignidad humana puede ser abordada desde la filosofía o desde la teología. Por los objetivos de este trabajo, se estudiarán sólo las aportaciones que hace esta doctrina religiosa en el estudio filosófico de la dignidad humana.

³⁶ La bioética no ha de anclarse en la intolerancia ni en la moral del “no”, por el contrario, debe apuntarse en el “hacer”. Bringas López, María Isabel e Ibeas Cuasante, Emilio José. *Una nueva disciplina: la bioética*. Universidad Popular para la Educación y Cultura de Burgos. España. 2004. Pág. 16.

³⁷ La sociedad pluralista por definición no legisla a partir de una opción moral determinada, sino que busca una legislación a partir de una opción moral común o mínima. Cfr. Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel. *Genética y derechos humanos*, en Cano Valle, Fernando (Comp.). *Bioética y derechos humanos*. UNAM. México. 1992. Pág. 42. Cfr. Gracia, Diego. *El maestro deliberador*, en el periódico “El País”. España. 29 de enero de 2006. En <http://www.elpais.es> Los problemas de los que se ocupa la bioética deben ser debatidos por la sociedad en su conjunto antes de que sean adoptadas soluciones normativas, es decir, en una sociedad democrática y plural, es preciso lograr consenso. Casado González, María. “¿Por qué bioética y derecho?” *Acta Bioethica*. Santiago de Chile. Año VIII. No. 2. 2002. Pág. 186.

confundirse con votación o con el principio mayoritario conforme al cual se toman algunas decisiones, este mecanismo no se puede utilizar en la bioética ni en el derecho. Los “mínimos morales” no se votan sino se fundamentan,³⁸ y esa fundamentación sólo se logra gracias a la explicación última de las cosas hecha por la filosofía. Esta es otra de las razones por las que el concepto dignidad humana debe provenir de la filosofía y no de la bioética ni del derecho.

Por otra parte, la posición cristiana sostiene que la filosofía contribuye a establecer una comunicación eficaz entre la verdad y la vida, que el pensamiento filosófico es a menudo el único ámbito de entendimiento y de diálogo con quienes no comparten la misma moral. Este es un punto importante para nuestro estudio, ya que esta doctrina religiosa confía en la filosofía no sólo como fundamento sino como interlocutor ya que gracias a ella es posible sostener y defender racionalmente los propios juicios ante un extraño moral. Esta tarea asignada a la filosofía corta con cualquier aspiración de imposición o de monopolización de la verdad por parte del pensamiento cristiano, ya que la defensa de la dignidad humana es un axioma presente en la bioética de corte cristiano, pero también en las bioéticas seculares o inspiradas en otras religiones.

También hay que decir que el campo de actuación de la bioética no es un campo de guerra por lo que las personas que opten por una postura distinta de otra no pueden verse como enemigos morales, en todo caso lo que no se puede admitir bajo ninguna circunstancia es la imposición o la descalificación. La bioética lleva en su seno el componente de pluralidad, en ella se conjugan las inquietudes, valores e intereses de multitud de personas en donde, generalmente, las posiciones morales son distintas unas de otras, de ahí que sea indispensable recurrir a la reflexión filosófica para poder permanecer en esa confluencia de morales concurrentes. Ningún problema de la bioética puede hoy estar bien asentado si no se le traduce a problema de diálogo, es decir, si no

³⁸ Diego Gracia afirma que la moral no es meramente convencional, ni mero resultado de la estrategia o el pacto, sino que puede fundamentarse objetivamente. Los procedimientos democráticos y de consenso sin fundamentación acaba siempre en maquiavelismo. Gracia, Diego. *Fundamentos de bioética*. Op. Cit. Pág. 576. La ética, como cualquier otra disciplina científica, no puede renunciar a la investigación de sus fundamentos científicos, ni a la explicación del significado de sus expresiones fundamentales ni a una argumentación productiva. El filósofo moral no puede limitarse a promulgar normas, sino que debe esforzarse también en formularlas con precisión y fundamentarlas con exactitud. Kutschera, Franz Von. *Fundamentos de ética*. Cátedra. Madrid. 1989. Pág. 53.

se razona permitiendo la expresión real de todas las partes reales que entran en la dinámica terapéutica.

Como se puede apreciar, tanto el pensamiento cristiano como la bioética actual, le confieren a la filosofía dos encomiendas fundamentales: La de ser escenario del fundamento racional de las distintas posturas morales y la de ser el interlocutor entre dichas posturas, más allá del plano lingüístico.

Otro punto que podemos analizar es el que se refiere, según el pensamiento cristiano, a la atracción natural del hombre hacia la verdad, que sólo cuando la alcanza se siente satisfecho, solamente los valores verdaderos pueden perfeccionar a la persona según su naturaleza. En este sentido lo que busca es romper con el relativismo no sólo científico, sino también moral.³⁹ Es cada vez más común caer en un tipo de nihilismo ante la difundida mentalidad según la cual no se debe asumir ningún compromiso definitivo ya que todo es fugaz, provisional e intercambiable.⁴⁰ El conocimiento de la verdad se hace evidente por sí mismo, como se dijo anteriormente, no se impone, sino se comprueba o se argumenta. En consecuencia, se puede afirmar que no puede tener cabida el relativismo dentro de la filosofía cristiana, ya que afirma que la principal premisa consiste en que es posible llegar a una verdad universalmente válida, en este

³⁹ Al abandonarse al relativismo y al escepticismo moral el hombre busca una libertad ilusoria fuera de la verdad misma. Encíclica *Veritatis splendor*. No. 1. 1993. Existe actualmente la tentación de fundar la democracia en un relativismo moral que pretende rechazar toda certeza sobre el sentido de la vida del hombre, su dignidad y sus derechos y deberes fundamentales. El relativismo impide poner en práctica el discernimiento necesario entre las diferentes exigencias que se manifiestan en el entramado de la sociedad, entre el bien y el mal. La vida de la sociedad se basa en decisiones que suponen una firme convicción moral. Discurso pronunciado por Juan Pablo II en torno al Foro Internacional de la Democracia Cristiana el 23 de noviembre de 1991. En http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1991/november/index_sp.htm Consultada el 30 de enero de 2008. Spaemann considera que el relativismo se presenta, principalmente, de dos maneras: La primera, que sostiene que el hombre debe seguir la moral dominante de la sociedad en que vive, se parte del supuesto de la imposibilidad de hallar alguna regla universalmente válida de comportamiento; sin embargo, se pretende fijar al menos una regla universal: Precisamente la que obliga a todo hombre de todo tiempo y lugar a seguir la moral dominante. Spaemann resalta la contradicción teórica de este tipo de relativismo. Y, la segunda, que posibilita que cada quien haga lo que quiera, donde la dimensión de lo bueno y lo malo pierde todo sentido. Véase Spaemann, Robert. *Ética: cuestiones fundamentales*. Op. Cit. Págs. 19 a 31. Con el afán de evidenciar la pobreza del relativismo, Spaemann sostiene que si todo valor es relativo al sujeto que valora, no se puede llamar crimen a la aniquilación completa de todos los sujetos que valoran, éstos no sufren una pérdida si desaparecen. Spaemann, Robert. *Lo natural y lo racional*. Op. Cit. Pág. 101.

⁴⁰ Por ejemplo, el autor Zygmunt Bauman afirma que en el mundo postmoderno en el que nos encontramos está caracterizado por una serie de actitudes que tiene el hombre frente a la vida, como la falta de compromiso en sus relaciones y de que en todo, incluso las personas mismas, son intercambiables. Véase Bauman, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Anthropos-UNAM. Barcelona-México. 2005. Y Bauman, Zygmunt. *Amor líquido*. FCE. México. 2007.

caso concreto, valores universalmente válidos. Veamos si esto es compatible con la bioética en la que nos apoyamos para el desarrollo de este trabajo.

Al momento del nacimiento de la bioética como disciplina autónoma la discusión acerca del sentido absoluto o relativo de los valores éticos con los que trabajaba fue el principal centro de atención. Con esta nueva disciplina se quería romper con las afirmaciones absolutas del pasado al estilo kantiano, pero también no podía ser materia del vaivén caprichoso de quien estuviera haciendo el análisis. El llamado “Informe Belmont” es uno de los primeros y principales documentos en la historia de la bioética, con él nacen los tres principios ya conocidos (autonomía, beneficencia y justicia) y es resultado de los trabajos de la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos en la investigación Biomédica y de la Conducta, creada por el Congreso Norteamericano en el año 1974. En esta comisión participaron personas ligadas con las tradiciones éticas-filosóficas más diversas; sin embargo, fue posible llegar a conclusiones definitivas y aceptadas por todos. Su metodología consistió en analizar caso por caso cada uno presentando las razones que consideraba más adecuadas; una vez que terminaron el estudio de los casos se dieron a la tarea de ver cuáles fueron los ejes comunes en las resoluciones y se dieron cuenta de que a pesar de sus tradiciones ideológicas particulares, resolvieron bajo una misma dirección aceptando en consecuencia la formulación de esos principios.

Con esto se quiere explicar que la bioética actual no puede ser ni absoluta ni relativa, como lo afirma Diego Gracia,⁴¹ la teoría moral de la bioética tiene dos momentos diferentes pero compatibles: uno, deontológico y, otro, teleológico, porque sus principios, en tanto que materiales y deontológicos, distan de ser absolutos, es decir, sin contradicción alguna y, sin embargo, su observancia es obligatoria en todo momento, al menos, *prima facie*. En consecuencia, en todo análisis bioético se tienen que revisar primero los principios morales vigentes y después considerar las consecuencias previsibles.

En suma, el pensamiento cristiano invita al filósofo a alejarse del relativismo y buscar verdades absolutas, en tanto que la bioética que presenta Diego Gracia busca un equilibrio entre el relativismo y el absolutismo moral.

⁴¹ Cfr. Gracia, Diego. *Cuestión de principios*. Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson. Madrid. 1997. Págs. 21 a 29.

Otro aspecto que invita al análisis, se refiere a que gracias a la intervención de la filosofía la razón humana no deja de perder su capacidad de interrogarse e interrogar, siendo consciente de que no puede erigirse como valor absoluto y exclusivo. Esta filosofía que presenta el pensamiento cristiano contemporáneo ratifica lo que se ha dicho en párrafos anteriores y que comulga con la filosofía de la que se vale nuestra bioética actual: el papel de la razón. El ejercicio racional de buscar respuestas cada vez más refinadas, certeras y correctas no tiene final es una tarea constante para el filósofo, para el bioeticista y para el jurista. La filosofía da a la bioética la dinamicidad interna que necesita para replantearse día con día sus principios y valores. Como lo dice Juliana González, la ciencia es grandiosa no sólo por cuanto descubre y anuncia poder descubrir, sino también por cuanto no ha descubierto, por los misterios que hace patentes y en su interés de decantarlos; ella vale también por sus incógnitas, por sus interrogantes, por su no saber.⁴² Cualquier disciplina normativa sin una base filosófica se convierte en mero instrumento, el cual puede ser utilizado para manipular la conciencia humana.

Hasta aquí he resaltado la importancia que tiene la filosofía para la bioética desde el pensamiento cristiano ya que detrás de toda disciplina que estudie la conducta humana, prescriba formas de comportamiento o ayude a la toma de decisiones en situaciones difíciles debe tener un sustento filosófico que evite que estas disciplinas se conviertan en meras metodologías o verdaderas tiranías.⁴³

Por tal razón, al entrar en el estudio de la dignidad humana como soporte epistemológico de valores, principios o normas tanto éticos y jurídicos, debemos de abordarla a partir de una reflexión filosófica que permita *a posteriori* presentarla y estudiarla desde la lógica y metodología de la bioética y del derecho; hacerlo de forma contraria como en ocasiones se ha intentado, limitaría significativamente el alcance constitutivo de dicha dignidad.

⁴² González, Juliana. *Valores éticos de la ciencia*, en Vázquez, Rodolfo (Comp.). *Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales*. ITAM-FCE. México. 1999. Págs. 26-33.

⁴³ Sin embargo, hay quienes no comparten la postura adoptada, por ejemplo, Guy defiende que no hay fundamento posible en la ética. Según su punto de vista, la ética sólo puede existir sin fundamento, sin referencia a ninguna ley natural, a ninguna verdad objetiva, sin certidumbre. Esta novela ética que propone Guy no se desarrolla bajo el fundamento de la sumisión o de la normatividad, sino que se trata de una ética que se desarrolla a partir de la interrogación, la discusión democrática y la regulación provisional. Durand, Guy. *La bioética*. DDB. Bilbao. 1992.

1.5 Postulados filosóficos acerca de la dignidad humana.

Dos han sido los principios morales más reconocidos, al menos teóricamente, a lo largo de la historia: No matar al inocente y no privar de la razón. La libertad de pensamiento ha sido reconocida casi unánime como uno de los derechos fundamentales del ser humano, no sólo porque él es el único que la posee diferenciándolo de otros animales sino, además, porque la razón es fuente de muchos valores y la forma misma de juzgarlos y apreciarlos.

El concepto de “dignidad humana”, al igual que el concepto de “persona”, es en sí mismo problemático,⁴⁴ es decir, en principio, resulta en sumo difícil asignarle un contenido ético, jurídico, religioso, social, etc. Constituye algo de lo cual el pensamiento filosófico nunca podrá agotar.⁴⁵

La palabra dignidad proviene del latín *dignitas*, forma abstracta del adjetivo *dignus* o *decnus*, de la raíz sánscrita *dec*, como el verbo *decet* y sus derivados *decor*, *decus*, *decorosus*, *decorare*; significa decoro, cualidad superior o excelencia. Suele tener sentido referencial no sólo a lo inferior, sino también a lo correlativo o ajustado. Este término más que proporción de igualdad o correspondencia implica relación de superioridad o encumbramiento ya sea personal o social.⁴⁶

Las preguntas que caben formularse en tal sentido son: ¿La dignidad humana es producto del intelecto humano? O ¿el hombre trata de demostrar racionalmente la existencia de la dignidad humana?

⁴⁴ Sófocles, por ejemplo, afirma: Muchos son los misterios, pero nada más misterioso que el hombre. Sófocles. Sófocles y su teatro. Escelicer. Madrid. 1962. Págs. 303 y 304. En Peces-Barba Martínez, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Dykinson. Madrid. 2003. Pág. 23.

⁴⁵ Así como la “persona” no es una manifestación del mundo de las ideas, sino representa la totalidad humana; la “dignidad” no se agota por una aproximación racional, sino que simboliza la estructura ontológica de la persona, es decir, es una nota constituyente de su esencia misma. La “dignidad” es un término polisémico que es el principal argumento o principio de quienes mantienen posiciones contrarias en un tema determinado así, por ejemplo, quienes buscan la legalización de la eutanasia frecuentemente aluden a esta noción para argumentar a favor de una “muerte digna” y, por paradójico que parezca, quienes se encuentran en oposición a ellos, impugnan “la dignidad de la vida humana”. Con esto sólo se evidencia que es un término de fácil acomodo en las distintas tradiciones filosóficas, lo difícil en todo caso es en cuanto a su fundamentación.

⁴⁶ Rodríguez, Victorino. “Persona digna en una sociedad justa”. *Actas de las Jornadas de la Sociedad Internacional Tomás de Aquino*. Vol. I. Balmes. Barcelona. 1993. Pág. 90.

En un intento de dar respuesta a estas interrogantes considero esencial citar a algunos autores del pensamiento filosófico occidental que se han avocado a estudiar la dignidad humana, no con el afán de hacer un estudio histórico exhaustivo, pero sí lo suficientemente profundo para sentar una postura propia del concepto de dignidad humana.

Como lo hace ver Torralba,⁴⁷ los filósofos griegos se refieren ya a la dignidad del hombre (*anthropos*) y la fundamentan a partir de la idea del alma racional. Según el punto de vista de Platón y, posteriormente, de su discípulo Aristóteles, el ser humano se eleva por encima de las otras entidades del mundo, por el hecho de tener alma racional.⁴⁸ Aristóteles distingue tres tipos de alma: el alma vegetativa, el irracional y el racional. El ser humano, el *anthropos*, está dotado del alma racional y ésta le faculta para pensar, razonar, elaborar ciencia y filosofía. El ser humano, por tanto, comparte con otras entidades vivas del cosmos, el hecho de tener alma, pero su alma tiene un rasgo de excelencia que le sitúa en un plano jerárquicamente superior respecto de los otros seres y le hace más digno de consideración y de respeto.⁴⁹

Pasando por Tales de Mileto, para quien el hombre era el principio primero del cual derivan todos los demás seres y cambios; por Protágoras, considerándolo la medida de todas las cosas; por Heráclito, que lo caracteriza por la percepción del *logos*, es decir, del sentido y la ley del mundo; Parménides que lo considera como un ser en reposo con la capacidad de pensar y penetrar la mera apariencia del mundo cambiante y adentrarse hasta la verdad de su ser; Platón y Aristóteles entienden al hombre como un ser racional que supera a todos los demás seres y a los acontecimientos del mundo.

⁴⁷ Torralba Roselló, Francesc. Op. Cit. Págs. 61 y ss.

⁴⁸ La importancia que da Platón en *Las leyes* al hecho de alcanzar la posesión, el señorío de nosotros mismos por el dominio de nuestras pasiones. De eso depende el vivir propiamente como humano, es decir, moralmente para sí: "Con relación a cada individuo la primera y más brillante de las victorias es la que se consigue sobre sí mismo, como igualmente de todas las derrotas la más vergonzosa y la más funesta es la de verse vencido por sí mismo, todo lo cual supone que cada uno de nosotros vive dentro de sí una guerra". Platón. *Laws*. New Jersey. Princeton University. 1978. Pág. 626. "...la función propia del hombre es una actividad del alma según la razón...". Aristóteles. *Ética Nicomáquea*. Libro I. 1098a 1-10 Trad. Julio Pallí Bonet. Gredos. Madrid. 2008. Pág. 144.

⁴⁹ En la filosofía antigua el concepto de dignidad tenía una doble función a decir de Jürgen Simon; la dignidad era, por una parte, distintivo de posición social, es decir, unos individuos poseían más dignidad que otros; pero también, por otro lado, la dignidad era la distinción de cada ser humana con respecto a las criaturas no humanas. Cfr. Simon, Jürgen. "La dignidad del hombre como principio regulador de la bioética". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. No. 13. 2000. Págs. 25 a 39. En Torralba Roselló, Francesc. Op. Cit. Pág. 62.

Para Platón, el hombre está ordenado por su espíritu al mundo inteligible que es la verdadera realidad frente al mundo aparente y mundable de las cosas que se conocen por los sentidos. El alma del hombre es esencialmente inmortal (es el primero que intenta demostrar con argumentos filosóficos la inmortalidad del alma), pertenece al mundo inmutable de las ideas y está por encima del mundo cambiante. Lo espiritual aparece como el único verdadero ser. La esencia y dignidad del hombre se centran en lo espiritual, en contrasentido está lo material y lo corpóreo. De tal forma aparecen en Platón la dicotomía espíritu/materia, por tanto, el alma debe desligarse de su atadura material, el cuerpo humano; la perfección del hombre consiste en la desmaterialización y espiritualización en su vida.⁵⁰

En Aristóteles, el hombre es superior a los demás seres en virtud de su razón. Al querer superar la dicotomía platónica considera el alma como principio esencial y constitutivo que configura internamente a la materia convirtiéndola en un cuerpo humano vivo. La materia es el medio potencial que recibe la determinación por la forma esencial y le confiere, a la vez, individualización para constituir un ser individual y único determinado en espacio y tiempo. El espíritu, donde se configura la dignidad humana, comprende la facultad de conocimiento intelectual (alma racional), dejando en segundo lugar la facultad de libertad, de decisión y de responsabilidad.

En la comprensión aristotélica del ser humano, este es un animal capaz de pensar porque tiene el alma racional y capaz de vivir en la *polis* porque es, por naturaleza, un

⁵⁰ Platón, en su diálogo sobre el saber (Téetelo), dice: “Los males no pueden desaparecer, pues es necesario que exista siempre algo contrario al bien. Los males no habitan entre los dioses, pero están necesariamente ligados a la naturaleza mortal y a este mundo de aquí. Por esa razón es menester huir de él hacia allá con la mayor celeridad, y la huida consiste en hacerse uno tan semejante a la divinidad como sea posible, semejanza que se alcanza por medio de la inteligencia con la justicia y la piedad”. Platón. *Diálogos*. Porrúa. México. 2001. Colección Sepan cuantos... Pág. 244. Esta reflexión acerca de la superioridad humana recuerda la frase de su antecesor Heráclito: Sabio es quien imita a Dios y no a los animales. La noción de dignidad humana en Platón tiene un referente externo que consiste en su semejanza con la divinidad, pero también tiene una dimensión interna que se vincula con la inteligencia que busca la justicia y la piedad. En este orden de ideas, el pensamiento cristiano que ya fue analizado, establece como fundamento de la condición de persona y, por tanto, de dignidad a la creación del hombre a imagen y semejanza de Dios. La vinculación de la divinidad con la dignidad humana, según Peces-Barba, puede difuminar u oscurecer las dimensiones personales de la dignidad haciéndola depender en exceso de esos elementos exógenos y considera que este tipo de dignidad no es propiamente humana porque no es autónoma ni impulsa el desarrollo individual de la condición humana y no arranca del propio individuo. La dignidad humana es la exposición de sus capacidades, es en el espacio grande que queda para nuestra autonomía y nuestra libertad en la creación de la sociedad y de la cultura donde somos seres dignos, de fines, y por eso no tenemos precio. Peces-Barba Martínez, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Op. Cit. Págs. 27, 28 y 32.

ser social que se abre constitutivamente a los otros y crea comunidades. Argumentos que han sido fuertemente criticados a finales del siglo XX.

Dentro de la filosofía estoica los conceptos de precio y valor son constantes. Se define al ser humano como el bien cuyo valor no tiene precio, esta idea se manifiesta en la condena que hacen a cualquier forma de esclavitud. Desde la perspectiva platónica, aristotélica y estoica, la razón de la dignidad o de la excelencia humana se entiende a partir del hecho de que el ser humano está dotado de un alma racional.⁵¹

El ideal supremo para los estoicos era la apatía, la ausencia de dolor y de pasión, enseñaban a no tener pasiones y condenaban la compasión y, en consecuencia, promovían actuar exclusivamente por pura razón moral.

Cicerón es considerado como la mejor herencia del pensamiento estoico acerca de la dignidad humana al exaltar la superioridad de la naturaleza humana sobre la de los animales, en razón de que el hombre es el centro del mundo. Afirma que aquello que la excelencia de la naturaleza humana es la que permite distinguirla de otras, esta superioridad se sostiene sobre la idea de igualdad del género humano y su capacidad de razonar que le permite conocer las causas y consecuencias de las cosas, además de conciliar a los hombres entre sí uniéndolos en una sociedad natural.

La definición clásica de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, es decir, dar a cada uno su derecho. Según Cicerón este dar a cada uno lo suyo implica en última instancia reconocer a cada uno su propia dignidad,⁵² para él la noción dignidad integra el núcleo mismo de lo jurídico; por tanto, el respeto del derecho del otro equivale al respeto de su dignidad en tanto hombre. Cicerón insiste explícitamente en que la dignidad es aquello que distingue al hombre con relación a los animales, es el principio que constituye el punto de partida para cualquier reflexión ética.

⁵¹ La idea de “alma racional” da lugar a dos corrientes del pensamiento filosófico: Las que niegan la existencia del alma (Peter Singer) y las que afirman que la actividad de pensar no es sólo propia del ser humano (Peter Singer y Tom Regan).

⁵² El respeto a la dignidad de las personas como sujetos igualmente capaces de autodeterminación, no implica sólo tenerlos como fuente auxiliar de nuestro propio juicio moral, implica más bien reconocerles la capacidad de participar en todo lo que afecte a sus intereses. García Marzá, Domingo. *Deber*, en Cortina, Adela. *10 palabras clave en ética*. Verbo divino. Navarra. 1994. Pág. 96. Justicia significa reconocer que todo hombre merece respeto por sí mismo. Spaemann, Robert. *Ética: cuestiones fundamentales*. Op. Cit. Pág. 71.

El pensamiento de santo Tomás de Aquino (1225-1274), como la figura más sobresaliente del pensamiento cristiano medieval, apoyado en san Hilario y san Agustín, coloca al hombre como centro del universo y, también, de los valores morales. Su obra muestra gran sensibilidad hacia la dignidad humana fundada en la condición de imagen de Dios expresada en el principio interior de la acción responsable y culminada mediante la consecución del fin último. En otras palabras, trata de complementar las aportaciones de Aristóteles en el sentido de que el alma espiritual es al propio tiempo principio interno que conforma al cuerpo; alma y cuerpo no son dos sustancias separadas, sino dos principios internos constitutivos, que unidos de forma sustancial, dan como resultado la sustancia total del único y mismo hombre completo pero incluye, además, las aportaciones de la Revelación Divina al decir que el hombre es imagen y semejanza de Dios,⁵³ se refiere a que el hombre es un ser intelectual, con libre albedrío y potestad propia.⁵⁴

Las criaturas dotadas de inteligencia y que ocupan el lugar más alto son los ángeles y los hombres en cuanto reflejan la imagen de Dios, pero sólo en el tratado del hombre se encuentra una cuestión especial sobre el fin o término referido a la imagen. La *Summa Theologiae* trata la imagen como fin de la creación del hombre, en cuanto que Dios quiere comunicarle su semejanza a modo de imagen suya, es decir, la imagen de Dios viene a ser algo constitutivo para el hombre, ya que forma y fin coinciden. Santo Tomás distingue entre *finis operis* y *finis operantis*; la segunda, es la acción creadora de Dios mismo ya que no puede tener un fin extrínseco a sí mismo; en cambio, el primero, es la semejanza con Dios que manifiesta de este modo su gloria, esta semejanza es constitutiva para las criaturas, es la semejanza de cada criatura con Dios según la medida de su participación en las perfecciones divinas, en el caso del hombre

⁵³ Las reflexiones de santo Tomás acerca de la dignidad del hombre parten del estudio teológico del génesis que alude a la creación del hombre: “Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza” (Gen 1, 26-27) que a primera vista en la estructura intelectual de la *Summa Theologiae* no parece tener un papel relevante, pero en realidad está presente en el eje de su obra. La condición de imagen y semejanza de Dios tiene una importancia constitutiva para el hombre, tanto en el aspecto natural como en el sobrenatural, resaltando la condición corpóreo-espiritual del ser humano. La ya citada obra de Elisabeth Reinhardt *La dignidad del hombre en cuanto imagen y semejanza de Dios* representa un estudio exhaustivo del pensamiento de santo Tomás en cuanto a la dignidad del hombre como imagen y semejanza de Dios y cuya consulta ha sido fuente de varias reflexiones que se incluyen en este apartado.

⁵⁴ El desarrollo teológico y filosófico del santo Tomás en relación con la dignidad del hombre no descuida en ningún momento la doble dimensión del ser humano, tanto la corporal como la espiritual. Aquino, santo Tomás de. *Suma teológica*. I, q. 75, introducción. BAC. Madrid. 1989.

esta semejanza es a modo de imagen. La imagen es, por tanto, fin y término en la creación del hombre. El ángel, por ejemplo, es creado a imagen de Dios y también es semejante a Dios, su naturaleza es perfectiva de modo instantáneo, su inteligencia y voluntad no tienen actividad moral, no es mutable ni es un ser histórico; por su perfección ontológica participa de modo más pleno con la perfección divina. El ángel como sustancia espiritual es simple en su esencia, siendo su única composición la de esencia (*esse*). En cambio, los hombres, como criaturas corpóreas, están compuestos no sólo de esencia (*esse*), sino también de su misma esencia, que consta de materia y forma, motivo por el cual son mutables. La naturaleza del hombre es corpóreo-espiritual, por tener cuerpo es mutable y por el alma espiritual tiene una actividad moral consistente en alcanzar a través de sus actos de conocimiento y de amor a Dios, una semejanza progresiva con él, está llamado a alcanzar la plenitud de esa imagen.⁵⁵

Por tanto, el hombre por su condición corpóreo-espiritual, tiene una especial dignidad natural y por ello una posición natural de dominio respecto de las demás criaturas terrestres. El hombre no es imagen de Dios según el cuerpo, sino según aquello en que supera la creación corpórea, es decir, el intelecto y la razón.⁵⁶

Cristo es la imagen perfecta de Dios, mientras que el hombre es la imagen imperfecta de Dios en cuanto creado *ad imaginem Dei*. Cristo es *imago*, mientras el hombre es *ad imaginem*. Aunque la preposición *ad* denota cierta distancia entre Dios y el hombre, no quita que la imagen sea algo real en este. Pero, además el sentido de esta imperfección con la imagen se debe a que el hombre se encuentra en un constante deseo del bien espiritual, de una natural tendencia de buscar a Dios y participar de su perfección.⁵⁷

El hombre aspira al bien espiritual, a la semejanza con Dios, pero siempre dentro de los límites de su naturaleza creada; apetecerla por encima de esa medida se peca de soberbio, lo que ocurrió con el pecado original. Para san Agustín, toda imagen implica una semejanza, aunque no toda semejanza significa que se trate de una imagen, ni tampoco requiere la imagen una semejanza tan perfecta que sea igualdad; sin embargo,

⁵⁵ Ibidem. I, q. 62, a. 5 ad 1.

⁵⁶ Ibidem. I, q. 3, a. 1 obj. 2; ad 2.

⁵⁷ Ibidem. I, q. 35, a. 2 ad 3.

es imprescindible que la imagen sea algo *ex alio expressum*, o hecho a imitación de otro. Santo Tomás parte de la etimología latina de la palabra *imago* que viene de *imitago* que consiste en la imitación de algo, de tal suerte que para que una cosa sea imagen de otra tiene que existir semejanza entre ambas, de modo que una de ellas imite a la otra, no de modo genérico sino específico o, al menos, más próximo dentro de la misma especie. Si aquello que se imita es de la misma naturaleza que lo imitado, la imagen es perfecta. Pero este autor deja claro que la semejanza de las criaturas con Dios no se realiza por una comunicación en el género ni en la especie, porque Dios trasciende todo orden de géneros y especies. Por lo anterior, la imagen de Dios tendrá que estar en el hombre no sólo según el alma, sino también según el cuerpo. La dignidad del hombre proviene de su alma inteligente y libre, e incluye de modo indisoluble a su cuerpo, el cual debe participar también de la misma dignidad. La semejanza del hombre con Dios es de privilegio, y cuando el hombre no reconoce esta dignidad, se rebaja al nivel de las bestias. Inteligencia y voluntad son cualidades de la naturaleza del hombre, de tal suerte que el obrar sigue al ser y el modo de obrar sigue al modo de ser. Es decir, el sujeto debe obrar de acuerdo a su naturaleza específica, y se convierte de tal forma en un sujeto moral.

Santo Tomás afirma que Dios ha dado a los humanos la razón que es el instrumento que les permite discernir y seguir las leyes naturales y universales, es lo que les confiere un estatuto particular en el conjunto de las criaturas de Dios y una situación superior a la de los animales. Según esta tradición cristiana el amor de Dios se extiende a todos los seres humanos considerados en su individualidad a pesar de su comportamiento a menudo corrompido por el pecado.⁵⁸ El valor que Dios les confiere es un *don* y no algo que sea fruto del *mérito*.⁵⁹

⁵⁸ Santo Tomás asevera que el pecado (ya sea original o grave) aparta al hombre de la semejanza con Dios, pero no pierde la imagen, ya que lo que le es debido por naturaleza no se pierde por el pecado. Ibidem. I, q. 98, a. 2 c. En el alma humana existe una *habilitas ad gratiam*, que es *quoddam bonum naturale* y que, por tanto, no se puede perder ni siquiera por el pecado. Lo sobrenatural nunca sustituye lo natural sino que supone, sana, eleva y perfecciona una naturaleza que permanece como tal naturaleza.

⁵⁹ Distinguir entre el *don* y el *mérito* propicia una división teórica importante para fundamentar la dignidad humana. El mérito es atribuido en especial a quien realiza una buena acción. Hoy reconocemos el mérito de una persona por una buena acción que ha realizado y que le hace digno de un premio. Adam Smith, por ejemplo, define al mérito como una acción ética que debe ser recompensada. Smith, Adam. *The theory of moral sentiments*. Libro II. Cambridge University Press. 1954. Pág. 54. Un autor que considera que la dignidad es producto del mérito es Friederich Shiller; bajo la idea de dignidad como autodominio (la dignidad surge por sí misma en la virtud ya que presupone el dominio del hombre sobre sus instintos) utiliza la expresión “alma bella” (filosofía romántica) para referirse a la persona que ha cumplido con su deber moral con espontaneidad y estimulada por la belleza, pero el “alma bella” tiene a

Este pensamiento ha influido en la historia de la teología moral, mediante la aseveración de que la dignidad de la persona es un diálogo abierto entre fe y razón; ya decía él que la dignidad no es algo que sólo se pueda deducir racionalmente, sino que se complementa con los contenidos de la fe.

Para continuar este estudio, es importante reencontrar el pensamiento de Giovanni Pico della Mirándola (1463-1494) como uno de los pensadores más representativos del humanismo renacentista.⁶⁰ En rigor y de entrada, no es lo digno, ni la excelencia del hombre lo que trata el de definir o medir, busca algo distinto y nuevo, no lo alto o digno, sino lo maravilloso, lo sorprendente y exclusivo del hombre. Sostiene que el hombre supera todo lo que hay en el mundo, ya que las otras criaturas sólo pueden desarrollarse a partir de itinerarios prescritos en su especie, mientras que el hombre es perfectamente capaz de transgredir los límites fijados a la suya. Es el escultor de sí mismo y el arquitecto de su mundo, puede rebajarse hasta la bestialidad, pero puede también elevarse hasta la vida angelical. La dignidad que distingue al hombre es su libertad. Libertad no sólo para obrar, para hacer esto o lo otro, sino más radicalmente para ser o para hacerse a sí mismo, sin excluir los condicionamientos éticos y religiosos a los que habrá de sujetar su actuar.⁶¹

La libertad del ser humano es tal que la asemeja a la divinidad, de ahí su inmensa capacidad de conocer e investigar lo mismo que de actuar transformando el mundo traspasando los límites de la naturaleza.

convertirse en algo sublime gracias a la dignidad. La dignidad no es un atributo intrínseco a todo ser humano, no tiene valor ontológico, sino que es algo que se conquista a través del obrar, es decir, está sujeto al mérito. Shiller, Friederich. *De la gracia y de la dignidad*. Nova. Buenos Aires. 1962. Pág. 50. Así, Francisco Rico destaca el valor de la acción por medio de la razón y del intelecto que es lo que potencia al hombre y lo convierte verdaderamente a imagen y semejanza de Dios: La dignidad no ha de ser recibida pasivamente, es algo que se tiene que conquistar, sólo con las herramientas del intelecto, la razón y el lenguaje el hombre puede dominar la tierra y convertirse así en un micro cosmos, realizar verdaderamente las posibilidades divinas que le promete el haber sido creado a semejanza de Dios. Rico Manrique, Francisco. *El sueño del humanismo*. Alianza. Madrid. 1993. Págs. 163 y ss. En Peces-Barba, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Op. Cit. Pág. 34.

⁶⁰ Pico della Mirandola, Giovanni. *De hominis dignitate*. Atanor. Roma. 1986. Y Pico della Mirandola, Giovanni. *Oration on the dignity of man*. Gateway. Chicago. 1971.

⁶¹ Esta idea es reafirmada por Andorno cuando sostiene que la libertad se ejerce dentro de la estructura ontológica del ser humano, a través de ella es como el hombre puede acercarse de modo más pleno a lo que constituye su ser. Ya no es el obrar del hombre lo que se ve amenazado por la cosificación, sino el ser mismo en su radicalidad más absoluta. Andorno, Roberto. Op. Cit. Págs. 44 y 53.

Dios creo al hombre libre, capaz de desarrollar sus objetivos y de ser lo que realmente desee ser (posibilidad de hacerse a sí mismo a su gusto). Los otros seres, en cambio, fueron creados de tal modo que tienen una naturaleza contraída dentro de ciertas leyes que les hemos prescrito. Ni celeste, ni terrestre hizo al hombre ni mortal, ni inmortal, sino modelador y escultor de sí mismo, para que se forje como quiera. El hombre es un poco parte de todo lo creado, como un cuarto mundo después del primero el intelectual, el segundo el celeste, y del tercero tierra, o más que un cuarto mundo "una nueva criatura" complejo y reunión de los otros tres. El hombre no está por encima de los ángeles y de las inteligencias, pero supera estas esferas de seres porque participando de su misma perfección contiene todas las otras por debajo de él.

Esto no es ser grande ni pequeño, sino libre para hacerse pequeño o grande, como un inimaginable partir de sí, como desde cero para comenzar a ser algo a elección propia. Podemos decir que así nadie había pintado al hombre antes que Pico, libre fue siempre el hombre para toda la cultura y tradición pagana y cristiana, pero nunca fue ideada esta libertad tan de raíz.

En Pico habría algo más que esta libertad expedita, liberada de enemigos del bien. Una voluntad guiada no ya por la ley, la obligación o el deber, sino constituida originalmente en una posibilidad de imponerse en la dirección elegida libremente, unir al bien no porque se debe, sino porque se puede. Si antes libertad era dominar y vencer los enemigos del bien ahora, más de raíz, es simplemente poder ser esto bueno, antes de toda compulsión de ley u obligación, ir al bien por el bien que se quiere; no que se me prescribe sino que se me ofrece como posibilidad. Una libertad así no es un ser libre para hacer algo, sino libre para ser lo bueno y lo mejor.

Dios es el modelo, la unidad de la existencia del hombre. La visión del hombre de Pico vuelve sobre su fondo cristiano y en él tiene toda su significación "libre"; el hombre para realizar su propia existencia no tiene más límite que el mismo Dios en su omnicompreensiva perfección y en su unidad absolutamente simple.

De esta forma, al hablar de la dignidad humana es incuestionable la necesidad de abordar el pensamiento del más connotado exponente de la ilustración filosófica, se trata Immanuel Kant (1724-1804), ya que el concepto moderno de dignidad esta

íntimamente ligado a su filosofía. Kant reconoce que la dignidad refiere un *status* de honorabilidad que se ha de reconocer y respetar, derivada de la naturaleza racional del hombre.⁶² Independientemente de factores externos, el hombre debe llevar una vida digna y dominio de sí mismo. La dignidad es un ideal y no algo dado, pero es un ideal que trasciende las distinciones sociales convencionales.

La idea que él tiene sobre la dignidad suscribe la tradición cristiana, al afirmar que aquella se encuentra presente independientemente de los méritos individuales, lo cual intenta fundamentar desde la filosofía y no de la teología.

Para ese filósofo, la idea de dignidad descansa sobre la autonomía. El ser humano por su razón rebasa todos los demás seres de su naturaleza y por su conciencia tiene la voluntad como la libertad en donde se encuentra unida su autonomía.

La autonomía de la voluntad como fundamento de la dignidad de la naturaleza humana o de cualquier otra naturaleza racional se basa en la facultad de la voluntad de darse a sí misma las reglas, independientemente de argumentos prescriptivos empíricos. El ser persona significa poseer autodeterminación y autolegislación.

Para él deber es el poder: puedo hacer todo aquello que debo hacer, consecuentemente tengo libertad para hacerlo. El hecho de poseer ese poder y el derecho de hacer y establecer sus propias leyes y el de tener autonomía es lo que lo hace más importante al ser humano por estar encima de otro ser le constituye un fin en sí mismo y le proporciona dignidad por la capacidad de actuar de manera autónoma y responsable, es lo que le da un sustento de soberanía de sí mismo a la vez que le constituye como un ser único en el universo de lo real.

La conciencia moral nos da esa prueba de que la libertad existe y con ella la autonomía de la voluntad que se da a sí misma órdenes obligatorias, mandatos

⁶² Todos los conceptos morales tienen su asiento y su origen, completamente *a priori*, en la razón; si fuera de otra manera, serían contingentes y no podrían ser considerados como principios prácticos supremos. La moralidad es la condición bajo la cual un ser racional puede ser fin en sí mismo y, al mismo tiempo, puede ser legislador en el reino de los fines, es decir, participar en la legislación universal. De tal forma que la moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad. Cfr. Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Porrúa. México. 1972. Colección Sepan cuantos... No. 212. Págs. 33 (a), 48 (b) y 49 (a).

incondicionados, lo que nos da muestra de que tenemos el poder de conformarnos a ellos.

En este sentido, la dignidad exige que el ser humano sea consciente de que su comportamiento está condicionado por ciertas exigencias morales razonables para todos, es decir, conforme al imperativo categórico: “Obra de tal forma, que la ley que haz dictado para esa conducta, pudiera ser erigida como ley universal”.⁶³ Con esto pareciera que Kant sólo atribuye dignidad a persona que actúa de buena voluntad, pero en realidad lo hace con todos los agentes morales.

El conocer nuestra propia conciencia nos da un testimonio de ser capaces de optar por el valor moral aunque esto implique sacrificio en la propia vida. Los seres racionales por tener las potencialidades de convertir en realidad el valor moral, confieren a la dignidad a la persona humana en valor supremo.

El hombre, como ser racional, existe como fin en sí mismo y no sólo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad. Los seres racionales se llaman personas, porque su naturaleza los distingue como fines en sí mismo, o sea, como algo que no puede ser usado meramente como medio. Establece la dualidad dignidad/precio para ejemplificar lo que es fin en sí mismo y lo que es un valor relativo. El precio es un valor fluctuante que se atribuye a objetos materiales, mientras que la dignidad es un valor incondicional, incomparable, inseparable e insustituible; es decir, existe y es la misma a pesar de su entorno o circunstancias.⁶⁴

La dignidad no admite paralelo, lo que está dotando de dignidad no puede ser intercambiado o sacrificado bajo el pretexto de que será reemplazado por un bien de una dignidad igual o superior, no se puede valorar su excelencia.

⁶³ Kant, en su tercera formulación del imperativo categórico, dice que la conciencia es consecuencia de la convicción que él mismo posee del valor y dignidad del ser humano. Dejando como mandato de la ley moral, el principio que sirve de base al trato entre los humanos como condición esencial de la moralidad y del humanismo. La dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa capacidad de ser legislador universal, aun con la condición de estar al mismo tiempo sometido a esa legislación. Cfr. *Ibidem*. Págs. 51 (b) y 52 (a).

⁶⁴ En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, pero lo que se haya por encima de todo precio y que no admite equivalente eso tiene una dignidad. Aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo eso no tiene meramente valor relativo o precio sino un valor interno, es decir, dignidad. Cfr. *Ibidem*. Pág. 48 (a) y (b).

Un presupuesto fundamental para que pueda ser reconocida la dignidad es el respeto a la ley moral.

El reconocimiento de la dignidad conlleva la obligación fundamental de respeto, es decir, respeto a los agentes morales dotados de dignidad conforme a los dictados de la ley moral. En otras palabras, en cualquier circunstancia la persona debe ser respetada moralmente.⁶⁵

Con la segunda formulación del imperativo categórico: “Obra de tal modo que siempre tomes a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, como fin y nunca únicamente como puro medio”, Kant establece la dicotomía medio/fin.

La persona, por su dignidad, tiene una dimensión moral ya que no se constituye con referencia a otro ser, es por sí misma lo que es. Aquello que tiene precio es referenciable con lo externo, comparable con otro, no hay dimensión moral, es un valor relativo, es únicamente medio. Pero la dignidad deja fuera el entorno, su valoración es interna y no externa,⁶⁶ su valor es absoluto, la dignidad de una persona no se puede comparar o medir con la de otra, pero interna y autónomamente la persona sí puede valorar las actitudes o acciones que le llevan a exaltar su dignidad (fin).⁶⁷ La dignidad es el criterio de todas las valoraciones singulares.⁶⁸

⁶⁵ Andorno, por ejemplo, se acoge a esta postura al decir que la vida es el valor fundamental del cual depende la realización de los demás valores, es la *conditio sine qua non* del despliegue de las potencialidades del ser humano, de tal forma que establece como principio rector de la bioética el respeto a la vida: El respeto de la vida humana es condición necesaria para el digno funcionamiento de cualquier sociedad. No se puede suprimir de forma directa y deliberada la vida de cualquier ser humano para liberarse de bocas inútiles o por una razón de Estado. Cfr. Andorno, Roberto. Op. Cit. Págs. 35 a 38.

⁶⁶ El actuar por el deber y al hacer a un lado otra motivación que no sea el conformarnos a la ley moral que llevamos en nuestra interioridad.

⁶⁷ Una reflexión sobre la vida actual parece poner a la vanguardia el pensamiento de Kant. En esta época el hombre busca las respuestas a sus interrogantes más acuciantes, los parámetros de su comportamiento y su valoración moral propia como persona solamente en el exterior, es decir, basado en un método comparativo: Sé, pienso, hago y digo en función de otro. El hombre tiende en mirar más al exterior que al interior, tiende más a ser medio que fin, más a una valoración económica que moral de su dignidad. Parece haber olvidado que tiene el poder de ser autónomo y de la exigencia moral que tiene como persona de actuar acorde a su dignidad.

⁶⁸ Esta idea servirá de eje cuando más adelante se hable de la dignidad como supervalor o metanorma dentro del sistema jurídico.

Otra postura que no se puede eludir es la de Juliana González que ha dedicado buena parte de sus obras al estudio de la ética, la bioética, la libertad y a la reflexión filosófica relativa al avance científico.

En su libro *Genoma humano y dignidad humana*⁶⁹ pretende comprobar la autonomía de la ética, del mundo de los valores y de la cultura en el escenario de los adelantos científicos encabezados por el hallazgo del genoma humano (compatible con la dignidad humana), resaltando la necesaria convivencia de dos dimensiones; la primera, compuesta de la naturaleza y de la cultura y; la segunda, de la genética y de la ética.⁷⁰

Con tal fin, inicia con algunas interrogantes: ¿Cuál es el papel que juega la ética en esta nueva imagen de la realidad humana? ¿En qué se cifra la humanidad del hombre y su constitutiva dignidad? ¿Nos sitúa la nueva verdad del genoma más allá de la libertad y de la dignidad? ¿Cuál es la capacidad real que tiene la ética y la ley para que los seres humanos del presente y del futuro se hagan verdaderos dueños del proceso histórico tecnocientífico y lo conduzca hacia metas racionales y humanizadas?

Al hablar de la ciencia genómica se refiere al ADN, citando a Nelkin y Lindee,⁷¹ como la base invisible, eterna y fundamental de la identidad humana que muestran el sitio del hombre en el mundo, su historia, su conducta, su moralidad y su destino.

Resalta la trascendencia filosófica del ADN afirmando que es el sustrato universal de la vida, tanto de hombres, animales o plantas, es aquello que los pone en un plano de igualdad; pero que a la vez, es también la base de las diferencias, de la biodiversidad biológica y, en el caso del ser humano, de la individualidad o unicidad de las personas que, además, tiene un *logos* propio de orden (secuencia) y de lenguaje (código que instituye y manda). La doble hélice conlleva el misterio de cómo la materia se hace vida sin dejar de ser materia y sin reducirse a pura materia, es un cambio ontológico y no natural. Su estructura dual no sólo se manifiesta en la genética cuando se complementa su estructura molecular, la adenina con la tiamina, y la guanina con la

⁶⁹ González Valenzuela, Juliana. *Genoma humano y dignidad humana*. Op. Cit. Pág. 11.

⁷⁰ La cultura requiere de la naturaleza para existir; a su vez, la naturaleza recibe el impacto de la cultura y se transforma, se constituye en función de la naturaleza. Ibidem. Pág. 96.

⁷¹ Nelkin, Dorothy y Lindee, M. Susan. *The DNA mystique. The gene as a cultural icon*. W. H. Freeman and Company. New York. 1995. Pág. 57.

citósina; sino también en la ética a través de dos funciones: La primera, determinante, es decir, el destino del cuerpo, los rasgos y las disposiciones del alma; la segunda, de indeterminación, que hace posible el reino de la posibilidad y la libertad, es decir, la acción consciente, intencional y creadora, el reino de su intrínseca autonomía y dignidad.⁷²

Sostiene Juliana González que los avances en este campo son de tal magnitud que la filosofía se siente impelida a pronunciarse en torno a ello, ya que plantean cuestiones que tocan los fundamentos de la vida humana produciendo cambios de paradigmas en lo ontológico y en lo filosófico. La ética no puede quedar al margen de los acontecimientos y transformaciones en el mundo de la vida, tampoco puede ser insensible y desentenderse de las múltiples interrogantes éticos relacionados con la vida humana. Las consideraciones e interrogaciones éticas y filosóficas son planteadas tanto en función de lo real como de lo posible, sus valoraciones recaen lo mismo sobre lo que ya existe y sobre las previsiones de lo que, con fundada probabilidad, puede llegar a ser.

De tal suerte, que la bioética se constituye como puente de posibilidades entre lo que pareciera, a primera vista y sin alguna reflexión filosófica, opuesto. El diálogo y la deliberación buscan los rasgos comunes entre los “extraños morales” para llegar al consenso, aquí es donde radica la autoridad de los pronunciamientos de esta disciplina. Un claro ejemplo de estos consensos son los derechos humanos los cuales, en palabras de Juliana González, son el paradigma ético, y no sólo jurídico, de nuestro tiempo. Constituyen las bases jurídicas y, a la vez, el mínimo ético irreductible, sobre las cuales se desarrollan las sociedades de occidente.

⁷² Lo problemático y a la vez paradójico es que aun cuando el conocimiento genómico aporta fundamentales datos que invalidan los determinismos y monismos simplistas esto no significa que no existan poderosas determinaciones o predisposiciones genéticas, éstas son tan decisivas que no es posible soslayarlas ni restringir su importancia. Negar el determinismo no implica minimizar las predeterminaciones. El conocimiento genómico obliga a reconocer que las posibilidades de la libre acción están inscritas en el orden de las determinaciones y que la libertad actúa desde y sobre éstas, en tanto que poseen, en sí mismas, un margen de indeterminación y, por ende, de alternativas y posibilidades. Sin determinación no hay libertad y sin libertad no hay responsabilidad ni valoración moral. González Valenzuela, Juliana. *Genoma humano y dignidad humana*. Op. Cit. Págs. 87 y 88. El ser humano, como agente moral, está determinado por su legado genético y por su ambiente (causado), pero notablemente es determinante de su acción, forma parte fundamental tanto del ambiente natural como del social o cultural, es un “hacedor” (causante), él es capaz de determinarse a sí mismo, por esta razón posee dignidad. Ibidem. Pág. 96.

Los derechos humanos (tema que se abordará más adelante), como valores positivizados, gravitan en torno a la idea central de dignidad humana, ésta es la condición o presupuesto necesario para formular ética o jurídicamente los parámetros o pautas que guían y orientan las decisiones y las acciones. La principal preocupación de los últimos años ha sido la de establecer los mecanismos jurídicos y políticos para garantizar el respeto a los derechos humanos y a la dignidad de la persona, y con ello se han modificado las constituciones a modo de respuesta y compromiso ante los avances científicos de este siglo.

La dignidad define al hombre tanto en su ser como en su valer. El ser humano vale por lo que es, y es por lo que vale. Es aquello que le hace estar en el centro del mundo, un centro móvil de ascenso o descenso ético y ontológico. La dignidad es la manera de comprender al hombre, es la forma en que ha de verse y asumirse a sí mismo el ser humano y a los demás, siempre como un fin en sí y nunca como un simple medio o instrumento. Insiste y refuerza la postura contemporánea de la dignidad humana al señalar que ella no es parte aislada de uno o varios principios éticos, sino es precisamente el que los vertebrata todos como una constelación que se iluminan y complementan entre sí.

Dignidad como libertad inherente al ser mismo del hombre, y dignidad como condición de fin en sí y no medio, son en síntesis las dos notas constitutivas que definen la esencia de la dignidad humana, en donde las aportaciones de Pico y Kant al respecto, tienen una total vigencia e indiscutible validez.

La capacidad del hombre de transformar al mundo y, más aun, a sí mismo dentro del reino de las determinaciones, es la experiencia más evidente del ejercicio de su libertad,⁷³ es decir, va de las realidades a las posibilidades, de lo que es a lo que puede ser, ve las cosas como acto y como potencia. El hombre cuando actúa como determinante, en ejercicio de su libertad, adquiere un enorme poder de transformación.⁷⁴

⁷³ Lo humano del hombre es la libertad de ser, sobre la base de que puede no ser. Ibidem. Pág. 188.

⁷⁴ La ambigüedad y la ambivalencia, la doble y contradictoria posibilidad, el carácter bifronte, revelan el verdadero significado de las creaciones actuales de las ciencias y técnicas de la vida, en el uso de ese conocimiento es donde se agudizan las cuestiones del bien y el mal, es ahí donde se presentan los más acuciantes dilemas éticos. Ibidem. Pág. 41. Las posibilidades que crea el hombre sobre la naturaleza pueden ser positivas o negativas; es claro que el hombre siempre intenta generar condiciones positivas, pero en la historia se ha demostrado que no se pueden producir posibilidades positivas sin que surjan colateralmente posibilidades negativas. Véase Gracia, Diego. *Como arqueros al blanco*. Triacastela.

La técnica como transformación de lo real a diferencia del arte o de la ciencia (teoría) produce un cambio real sobre cuerpos y materia, es la expresión más auténtica de ese poder de transformar; pero el técnico no es el amo y señor en el reino de lo humano, por tal razón la libertad tecnológica requiere incorporarse a la libertad ética, al reino de los fines de Kant.⁷⁵

Continuando con el pensamiento de la filósofa que nos ocupa, afirma que no hay fenómeno más caótico que la libertad. El factor de indeterminación inherente al ser humano no es otra cosa que su libertad, la indeterminación es la clave de su ser. Las características ontológicas más definitorias de ser humano se refieren a su carácter inconcluso, imperfecto,⁷⁶ siempre posible, siempre contingente. El hombre lleva en su ser el poder de humanización o des-humanización. La constitución genética (*physis* biológica) condiciona al hombre para autorregularse y autocrearse, da un margen de apertura ante las posibilidades de ser o no ser (*physis* ontológica).⁷⁷

El ser humano posee una singularidad propia no equiparable a la de los animales que le hace ser algo más que un espécimen de la especie humana. Por su

Madrid. 2004. Pág. 29. La dignidad del ser humano actualmente está a prueba por las biotecnologías, el poder de manipular los cuerpos para conformarlos a imagen de los propios técnicos es una idea que nos perturba. Antes teníamos el poder de destruir a la humanidad, pero ahora tenemos el poder de modificarla. Andorno, Roberto. Op. Cit. Págs. 84 y 91.

⁷⁵ Roberto Andorno considera que la tecnociencia es vista por el hombre contemporáneo como una máquina que nadie sabe conducir y que se dirige a un destino imprevisible. El hombre actual está a punto de adquirir un poder inaudito sobre el hombre del mañana, se acerca cada vez más a la apropiación de su naturaleza sin conocer el impacto que tendrá en el futuro. Cita a Hottois quien establece que la supremacía de la técnica sobre la ciencia obliga, entre otras cosas, a hacer una abstracción del ser, ya que es visto como algo inmóvil que no deja avanzar a la técnica, todo lo que existe animado o no, humano o no, puede ser privado de su propia naturaleza y ser objeto de manipulación. Para Andorno, el progreso es todo aquello que contribuye al perfeccionamiento de la personalidad humana, por ello se debe distinguir el verdadero progreso al que sólo es en apariencia, distinguir entre lo que lo hace más libre o más esclavo, sería ingenuo tener por intrínsecamente malo todo el desarrollo tecnocientífico como el créelo forzosamente bueno. Véase Ibidem. Págs. 25 a 28.

⁷⁶ Perfecta es sólo una naturaleza acabada del ser que es lo que es, la perfección implica renuncia a la libertad y con ello a la dignidad. González Valenzuela, Juliana. *Genoma humano y dignidad humana*. Op. Cit. Pág. 103.

⁷⁷ El conocimiento del genoma humano cuestiona implícitamente la idea dualista de la naturaleza humana, toda idea de corte o salto que implique un quiebre en el hecho fundamental de la continuidad de la vida, es decir, se pone en crisis la idea según la cual la dimensión psíquica, mental, ética y espiritual del ser humano constituye una naturaleza sustancialmente diferente, separada o separable de la naturaleza biológica o corporal del ser humano. El conocimiento de la *physis* biológica obliga a repensar la *physis* ontológica del hombre, ya que se trata de una misma realidad humana. Ibidem. Págs. 72 y 73.

individualidad,⁷⁸ que es irreductible e interminable, el hombre reserva para sí su intimidad y su identidad, una dimensión en su interior que es espacio de su dignidad.

Afirma que el problema del embrión humano es de todo complejo, pero que es una vía fértil para explicar la vida en devenir, ya que no sólo en el escenario médico, sino también filosófico y ético hay un intenso debate en cuanto al momento en que ha de considerarse al embrión como persona. En esta discusión, Diego Gracia sostiene que el embrión es un ser en proceso que se va constituyendo, es decir, el proceso no tiene un carácter meramente consecutivo, sino constitutivo hasta alcanzar cierto nivel de “suficiencia constitucional”, en palabras de Xavier Zubiri, para ser considerado como persona. Bajo esta forma de pensamiento se podría pensar que no hay estado definitivo, sino que todo consiste en el devenir mismo, que hay varios momentos dentro de la evolución humana que van constituyendo la humanidad del hombre sin que exista un estado final que no sea la muerte. De tal envergadura es la dignidad humana que sólo se le puede atribuir a aquella evolución biológica de células que ha dado ese salto a la suficiencia constitucional, a ser persona. Pero, además, esa dignidad tiene una función más constitutiva que consecutiva en el ser humano ya que él debe valorar y luchar por su plenitud, en él mismo y en los demás.

Concluye que es necesario asumir una postura reflexiva ante el proceso irreversible de la transformación biológica y ontológica del hombre, extremar la conciencia crítica y la alerta moral ante el peligro de la indiferencia y de la confusión de valores, repensar la naturaleza humana. Insiste en la libertad del hombre como posibilidad infinita de actuar sobre las determinaciones biológicas, que si bien la ingeniería genética trabaja por modificarlas, esa libertad no desaparece ya que la forma de re-hacerse o de re-pensarse permanece en la cultura con el fin de guardar la simetría entre libertad y dignidad. Gracias a la ética, por más asombrosos o fascinantes que puedan parecer los adelantos tecnocientíficos, el hombre se encara con su dignidad, toma en sus manos la capacidad de hacerse a sí mismo, por su decisión y por su acción y fijarse un sitio dentro de toda la naturaleza.⁷⁹

⁷⁸ Poseer individualidad no significa ser género. El individuo es el sujeto que existe y que es capaz de diferenciarse de toda la realidad; en tanto que género, implica una noción abstracta y universal. El ser es siempre individual, no existen, provistas de acto de ser, realidades universales.

⁷⁹ No se puede negar que el hombre existe siempre en una cultura concreta, pero tampoco se puede negar que el hombre no se agota en esta misma cultura. El progreso mismo de las culturas demuestra que en el

En definitiva, Juliana González aporta paso a paso los elementos para una profunda reflexión filosófica acerca del ser humano a partir de su naturaleza biológica y ontología, encabezados por la idea de dignidad.

A partir de explicar la función biológica y genómica del ADN, considera a esta molécula helicoidal, en primer lugar, como la nota o característica de igualdad entre seres humanos y animales no al estilo de Peter Singer, sino que recuerda al hombre su naturaleza animal, no por esta similitud entre el genoma humano y la de algún animal de cierta especie significa que ambos posean las mismas habilidades biológicas y, menos aun, compartan la misma dignidad, sino que ambos provienen de la misma evolución celular.

En segundo lugar, la doble hélice parece reforzar la idea que esta nota de igualdad es, a la vez, nota de diferenciación entre el hombre y los animales y, al mismo tiempo, de individualidad entre los primeros y de diversidad biológica entre los segundos, es decir, la información genética permite que haya personas con ojos de color cafés o azules, de piel morena o clara, con estatura alta o baja, etc., es en esta individualidad donde radica la dignidad humana, no por sus características fisiológicas dentro del género humano, sino cada persona en lo individual posee dignidad, en otras palabras, la dignidad es de los sujetos, más que del género. En cuanto a los animales, la diversidad biológica permite que algunos de ellos puedan vivir bajo el agua, otros puedan volar, soportar altas temperaturas, etc.

Continuando con la dualidad del ADN, éste es fuente de determinación y, a la vez, de indeterminación. Por la constitución biológica del ser humano hay quienes pueden soportar más el calor o el frío, facilidad para algún deporte o arte, pero también su propia constitución biológica les permite tener y ejercer la libertad, con esto se rompe la idea del determinismo. El hombre está condicionado por su naturaleza y no puede ir más allá de ella, es decir, no puede volar, no puede vivir bajo el agua, etc. Sin embargo, dentro de la naturaleza misma del hombre está la libertad la cual le permite modificar su

hombre existe algo que las trasciende. Este "algo" es precisamente la naturaleza del hombre: Precisamente esta naturaleza es la medida de la cultura y es la condición para que el hombre no sea prisionero de ninguna de sus culturas, sino que defienda su dignidad personal viviendo de acuerdo con la verdad profunda de su ser. Encíclica *Veritatis splendor*. No. 53. 1993.

entorno (Ortega y Gasset, y Leibniz) e, incluso, su propia naturaleza.⁸⁰ Es en esta indeterminación que ofrece el ADN donde los adelantos en esta materia exigen un análisis serio y profundo acerca de la dignidad del ser humano.

¿Dónde se encuentra la dignidad humana dentro del avance científico-genómico del ADN? ¿La dignidad humana es la misma a pesar de las modificaciones que haga el propio hombre a su naturaleza?

Los argumentos que utiliza Juliana González nos permiten dar contestación a estas interrogantes. La dignidad humana está en la persona por el hecho de serlo, no es algo que “otros” le atribuyan de conformidad social, ni es un constructo racional para defender su superioridad frente a otros seres vivos, es algo que está presente siempre por la posibilidad biológica y cultural de realizar acciones de acuerdo a su propia naturaleza. Dice: “Es la forma de verse y asumirse a sí mismo en el mundo”. El hombre vive en un mundo de posibilidades y libertades no sólo en el hacer, es decir, en transformar su entorno y actuar en su naturaleza sino más aun en el ser, en conocer y comprender el sentido de su existencia en el mundo a fin de tener un conocimiento profundo de sí mismo y de las implicaciones éticas de su comportamiento.⁸¹ Cabe recordar las palabras de Ortega y Gasset quien afirma que el hombre es tal, y se diferencia de los animales, porque tiene conciencia del futuro, no se conforma con el presente. De tal modo, para Juliana González el hombre tiene la asombrosa capacidad de ver las cosas no sólo como son sino como pueden ser, ve las cosas no en acto sino en potencia, de esta capacidad todos los asombrosos avances en las ciencias genómicas de estos días. Es por ello que las reflexiones filosóficas son urgentes porque la capacidad

⁸⁰ Lo peculiar de la capacidad humana de reflexión es, precisamente, distanciarse de los fines de la naturaleza y poder comportarse con ellos afirmativa o negativamente. Spaemann, Robert. *Lo natural y lo racional*. Op. Cit. Pág. 78. El hombre es el único ser viviente capaz de no actuar conforme a su naturaleza, esto es posible en virtud de su racionalidad. El hombre no está determinado en su comportamiento por la naturaleza. La razón introduce cierta distancia frente a la naturaleza, lo cual se advierte al comprobar que al hombre le es posible eliminar la función natural del instinto, justamente porque la conoce. Cfr. Spaemann, Robert. *Felicidad y benevolencia*. Rialp. Madrid. 1991. Pág. 245.

⁸¹ Las “posibilidades” que posee el hombre para enfrentarse a su mundo como reafirmación de su dignidad aparecen constantemente en el discurso de Pico della Mirándola y de Juliana González. Usan ese término para invitar a una reflexión trascendental acerca de la existencia o esencia del hombre mismo que permita descubrir la constitución ontológica, su esencia. Como lo hace ver Coreth, sólo el hombre tiene un mundo y está en el mundo, este mundo no constituye el horizonte último de la autorealización humana, está abierto y apunta hacia el ser por encima de sí mismo. Por tanto, el mundo de posibilidades que caracterizan la dignidad del hombre no sólo se refiere hacia lo que está afuera (jurídicas, por ejemplo) sino, además, y quizá con mayor importancia, hacia el interior, hacia el conocimiento y comprensión de su existencia, sentido y moralidad de su vida (la filosofía, por ejemplo).

creadora y transformadora del hombre debe ser guiada por los valores morales y por los derechos humanos, ambos bajo el eje del respeto de la dignidad humana.

A partir del breve análisis de las aportaciones vertidas por algunos filósofos en el campo de la dignidad humana es posible enfocar el estudio a las principales fuentes que orientan tal concepto en la actualidad.

1.6 Usos o contenidos del término “dignidad humana”.

La mayoría de los autores que se avocan a estudiar la dignidad humana reconocen que a este término se le han dado una pluralidad de “sentidos” u orientaciones y que cada uno obedece a la tradición filosófica en que se radique dicho concepto. Así, por ejemplo, Castillo Vegas⁸² refiere seis sentidos de dignidad.⁸³

En primer lugar, el teológico natural, se fundamenta en que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios en la inteligencia y en la voluntad; el segundo, el teológico sobrenatural, es superior al anterior ya que la naturaleza humana es elevada por la Divinidad a través de la gracia y de la filiación divina; el tercero, el ontológico,⁸⁴ se refiere a la importancia y excelencia del ser del hombre que lo diferencia y lo pone en un nivel de superioridad respecto de otros seres haciendo imprescindible la concurrencia de otras condiciones o circunstancias, este sentido tiene dos implicaciones de vital importancia: La igualdad *esencial* de todos los seres humanos y, constituir el fundamento de los derechos humanos.⁸⁵ Un cuarto sentido es el moral,⁸⁶ el cual alude a

⁸² Castillo Vegas, Juan. *Más sobre ética y eutanasia*. En Bringas López, Ma. Isabel e Ibeas Causante, Emilio José. Op. Cit. Págs. 138 y ss.

⁸³ Juliana González distingue varios órdenes en donde varía el significado de la dignidad humana: El axiológico, el ontológico, el trascendental, el ético y el jurídico-político. Se avoca al sentido ontológico diciendo que la dignidad humana puede considerarse como el valor propio del ser humano, distintivo de su especificidad, de su naturaleza propia o esencial y de su grandeza cifrada fundamentalmente en su libertad. González Valenzuela, Juliana. *Genoma humano y dignidad humana*. Op. Cit. Pág. 64.

⁸⁴ La dignidad ontológica supone la posesión del libre albedrío pero no se halla supeditada a su buen o mal uso (como la moral). La dignidad ontológica ejerce su fundamento de los deberes y derechos básicos del ser humano. Ballester, Manuel. “El ser personal como *telos* en el fundamento de la acción humana”. *Actas de las Jornadas de la Sociedad Internacional Tomás de Aquino*. Op. Cit. Pág. 193.

⁸⁵ Ese autor resalta un aspecto fundamental de los derechos humanos, aquel que se refiere a la dignidad humana como la idea rectora de todos ellos; sobre esta base se realizan las discusiones contemporáneas en foros bioéticos, jurídicos y políticos al hablar de la dignidad humana. Considero que una reflexión filosófica del hombre que pretenda ser el fundamento de su dignidad necesariamente se deberá atender de forma directa y explícita a la ontología. La dignidad como nota constitutiva del ser humano sólo es posible contemplarla desde su ser, es decir, desde su esencia misma.

la dicotomía bueno/malo de las acciones humanas en donde la libertad juega un papel preponderante para realizar una acción más o menos digna de acuerdo con las leyes morales, de tal suerte que si se realiza un comportamiento moralmente reprochable se pierde este sentido de dignidad aunque se conserven los otros. El jurídico es el quinto sentido, que implica el reconocimiento legal a modo de garantía jurídica del respeto a esa igualdad, superioridad y excelencia del ser humano, esta dignidad debe ser un reflejo de todas las anteriores. Para ese autor, la dignidad jurídica tiene tres aspectos: es un derecho específico, es origen de otros derechos y es el término genérico para designar tanto a la garantía como al reconocimiento y a la defensa que el derecho hace de los derechos humanos. El sexto y último sentido es el físico al que se le conoce como “calidad de vida” y que se puede entender como el conjunto de condiciones físicas, sanitarias, educativas, sociales, económicas, culturales, bienestar, etc. en consonancia con las dignidades anteriores.

Antes de continuar con el estudio de otros autores en relación a los contenidos o alcances de la dignidad humana aprovecho lo que se ha dicho hasta aquí para puntualizar algunos aspectos de la dignidad en sentido ontológico y en sentido moral que considero relevantes para el tema que nos ocupa.

Tomás Melendo vierte reflexiones particularmente valiosas al abortar la dignidad ontológica. Inicia con el estudio metafísico del “ser” apoyándose en Spaemann en el sentido de que la dignidad constituye siempre la expresión de un descansar en sí mismo, de una independencia interior para lo cual también se apoya del estudio de la Pasión y muerte de Cristo. Insiste que el fundamento propio de la dignidad se encuentra en el ámbito interno de cada persona, de que la dignidad se fundamenta por el hecho de ser persona, de que nuestra mirada intelectual-afectiva debe estar vehementemente dirigida a lo digno y que no se necesita de objetos externos para enaltecer la dignidad, pero que en la actualidad tienen una pretensión de superioridad, tales como la eficacia, el dinero, el éxito, la fama, etc. Afirma que Cristo en la Cruz manifestó un pleno dominio de lo interno y lo externo, renunció de manera voluntaria a lo superfluo volcándose a lo más interno de su *ser* evidenciando su superioridad entitiva y su alta

⁸⁶ Hay un deber general en el cual se resumen los diversos deberes de toda persona humana: El de mantenerse a la altura de su dignidad ontológica al hacer uso de la libertad. Millán, Puellas, A. “Persona”. *Léxico Filosófico*. Rialp. Madrid. 1984. Pág. 466. En Ballester, Manuel. Op. Cit. Pág. 193.

densidad ontológica, a pesar de su condición divina no codició ser Dios, renunció a las doce legiones de ángeles que el Padre estaba dispuesto a mandar. La dignidad personal reposa en la serena autocomprensión de un modo superior de ser, en la íntima plenitud entitativa.⁸⁷

El acto de ser del que deriva la condición misma del ente es el acto de todos los actos y la perfección de todas las perfecciones. El acto de ser no sólo es la actualidad fuera de la cual nada existe sino también es el fundamento de todo valor, porque fuera del ser el mismo valor es nada, no hay valor sin ser. La perfección de la persona deriva de la peculiar alcurnia del *ser* que la constituye y queda expresado en la fórmula que afirma que la persona subsiste en sí y por sí.⁸⁸

Melendo cita a santo Tomás para quien toda nobleza de cualquier cosa le pertenece en razón de su ser (*esse*), ninguna naturaleza deriva de la sabiduría del hombre (aunque fuese sabio) ni de ninguna de sus otras perfecciones, el ser determina el grado y calidad de nobleza. Explica estas palabras diciendo que el ser no representa tan sólo la actualización de una perfección o potencia ya dada, sino que lo es justamente porque “pone” semejante perfección configurándose como su “contenido” radical último. El ser es el acto constitutivo más radical, aquello por lo que las cosas y las personas *son*, es el acto más primigenio y más íntimo del ente, que *desde dentro*, confiere al sujeto toda su perfección.⁸⁹

En cuanto a la dignidad en sentido moral, Melendo refiere que la sublimidad está íntimamente unida a la persona, es decir, el *ser* en el que radica su suprema nobleza, se expresa a través de manifestaciones externas, de comportamientos, de actitudes o de gestos que sólo resultan significativos en cuanto ponen de relieve la preeminencia o superioridad recóndita del sujeto. Para santo Tomás, el ser es lo más íntimo que existe en la realidad. Toda persona tiene derecho a expresar externamente su dignidad interior, de modo que el “dentro” se haga ostensible en el “fuera” y lo dote de circunstancia valorizante.

⁸⁷ Cfr. Melendo, Tomás. *Dignidad humana y bioética*. Op. Cit. Págs. 32 a 37.

⁸⁸ *Ibidem*. Págs. 99 y ss.

⁸⁹ *Ibidem*. Págs. 134 a 142.

De este modo expone (como lo hizo antes Spaemann en *Lo natural y lo racional*) que para los ciudadanos del impero romano estaba prohibida la crucifixión no por la crueldad de la pena, sino porque quedaba al desnudo la más íntima dignidad de la persona, era considerado como el tormento más lesivo para la dignidad de la persona.

De igual forma, critica conductas (externas) del mundo moderno que hieren el sentido interno de la dignidad personal, tales como la pornografía, el voyeurismo y los *reality shows*. También analiza, con cierto pesimismo, el paso que se ha dado del ser a la subjetividad, para ello cita a Hildebrand quien afirma que la osadía de poner al hombre en el centro del mundo ha llevado a una desobediencia gradual con respecto a su esencia propia de su dignidad. La búsqueda de lo bueno en sí ha quedado menguado por la prioridad del subjetivismo principalmente bajo las expresiones de utilidad y placer que ahora se manifiestan en “me gusta”, “me apetece”, “me interesa”... Esta permuta trajo como consecuencia ineludible que el bien objetivo (el bien en sí) se viera sustituido por lo bueno y lo malo para mí, y se plantea la pregunta: ¿Qué ocurre con la dignidad humana como consecuencia del rechazo del ser?⁹⁰

Continuando con los sentidos o usos de la dignidad humana, Torralba⁹¹ afirma que la dignidad ontológica, la ética y la teológica son las que aparecen con mayor frecuencia en las discusiones bioéticas y en los documentos y declaraciones internacionales.

A la dignidad ontológica la entiende como la categoría objetiva de un ser que reclama estima, custodia y realización; se refiere directamente al ser de la persona e, independientemente de la forma que pueda adoptar, el ser humano es digno de respeto y honor. Se funda en la filosofía del ser y, por tanto, para defender la dignidad ontológica hay que partir de ella y de un acceso cognoscitivo del ser de la persona; el ente es lo primero que capta el entendimiento, pero el ser, que es el fundamento del ente, no puede ser concebido por la mente humana. De esta afirmación surgen dos posturas: Las que niegan la dignidad ontológica al no poderse conocer mediante el ejercicio racional, y las que reducen al ser humano a un fenómeno empírico dejando de lado su ser metafísico.

⁹⁰ Ibidem. Págs. 26 a 30 y 76 y ss. Y Melendo, Tomás y Millán Puelles, Lourdes. *Dignidad: ¿Una palabra vacía?* EUNSA. Pamplona, España. 1996. Págs. 183 y ss.

⁹¹ Torralba Roselló, Francesc. Op. Cit. Págs. 84 y ss.

La dignidad en sentido ético relaciona el ser individual de la persona que se realiza y se expresa a sí mismo, que tiene conciencia de sí, racionalidad, capacidad de distinguir lo bueno y lo malo. Vivir dignamente es vivir conforme a la propia condición, consiste en ser lo que uno es, o más correctamente, ser lo que uno está llamado a ser desde su ser más íntimo. La dignidad ontológica es la condición de posibilidad de la dignidad ética, pero la segunda requiere, además del ser, de un determinado modo de obrar. Cuando se obra conforme a la conciencia, a principios y valores morales, se actúa dignamente, es decir, se actúa conforme a lo que ya es de por sí, un ser digno ontológicamente; pero, en cambio, cuando actúa contra su propia conciencia, contra sus valores e ideales, actúa indignamente, se niega a sí mismo, oculta su dignidad ontológica, su excelencia como ser humano que es. Según Torralba la dignidad ética se dice del obrar, mientras que la dignidad ontológica se dice del ser; mientras que la dignidad, en sentido ontológico, se define como una dignidad estática, porque no cambia a lo largo del tiempo (no depende de valoraciones morales, la naturaleza intrínseca del ser es inmutable); la dignidad en sentido ético se transforma y cambia a lo largo de la vida (admite valoraciones morales subjetivas y relativas).⁹²

En sentido teológico, la dignidad implica respeto incondicional hacia la persona por el hecho de que está llamado a vincularse con Dios. Como ya se ha dicho, este sentido teológico de la dignidad deriva del hecho que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, Él se convierte en la causa primera y última de la existencia humana, en el sustento y en la razón de su dignidad, ésta no se pierde jamás y no radica en el ser de la persona sino su semejanza con su creador.⁹³ De tal modo que

⁹² Ese autor al tratar de establecer una distinción entre los dos sentidos de la dignidad humana, la ontológica y la ética, establece que la primera atiende al ser de la persona el cual es inmutable y no depende de las acciones que realice dicha persona; en cambio, en la ética, es relativa y su atribución depende de un juicio moral subjetivo. Al hacer la explicación en su libro cita a Patrick Verspieren quien prefiere usar el término dignidad en sentido moral, creo que este es el más adecuado según los argumentos utilizados por Torralba, ya que confundir ética y moral al momento de explicar la dignidad puede ser riesgoso por el alcance que se dé a dicho término.

⁹³ La pérdida o no de la dignidad por la acción propia o por la agresión de otros propicia diversas posturas al respecto; por ejemplo, como se ha dicho antes, santo Tomás considera que la dignidad que tiene el hombre en virtud de estar hecho a imagen y semejanza de Dios no se pierde por el hecho de una tener una conducta que le aparte de él (el pecado) o; Tomás Melendo, para quien la dignidad proviene del acto constitutivo de *ser* y que el comportamiento del individuo no modifica su *esse* y, por tanto, su dignidad. Sin embargo, Spaemann, sin hacer distinciones entre dignidad ontológica, ética, jurídica, etc. considera que la dignidad (no agrega “humana”) no puede ser rebatada desde fuera (en todo caso sólo puede ser lesionada o limitada en sus posibilidades de manifestación externa), pero uno mismo sí puede perder la dignidad y, de la misma forma, se puede alcanzar más dignidad por medio de ciertas acciones como por

este sentido de dignidad es una gracia que desde antes que el hombre desarrolle la capacidad de discernimiento o pueda ejercer libremente su voluntad existe, pero después el hombre está llamado a vivir conforme a esa dignidad, a hacerse mediante sus obras más digno y próximo a Dios, en este contexto la libertad no es otra cosa de liberarse de todo cuanto amenace el reconocimiento de dicha dignidad.

Andorno⁹⁴ alude a dos sentidos en los que se puede usar el término “dignidad”: La ontológica y la ética. La dignidad ontológica es una cualidad inseparablemente unida al ser mismo del hombre y que es igual para todos. Es el valor que se descubre en el hombre por el sólo hecho de existir.⁹⁵ La dignidad ética no se refiere al ser de la persona sino a su obrar, el hombre se hace él mismo mayormente digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que él es y con lo que él debe ser de tal suerte que no es la poseía de igual forma para todos. Es una dignidad dinámica porque está constituida por el ejercicio de la libertad.

A modo de conclusión se puede decir que la persona es digna, ante todo, por el sólo hecho de existir. No obstante, la suprema perfección del existir no anula ni mucho menos las demás perfecciones estáticas o dinámicas de la naturaleza humana: Ser racional y libre, que se manifiestan en su capacidad de entender, amar, elegir, comunicarse, convivir, etc., las cuales le permiten dignificarse en su actuar. Las facultades de pensar y elegir no constituyen el factor *rationalis natuae* de la definición de Boecio. Las posibilidades de desarrollar o no estas capacidades no es el núcleo de su naturaleza humana al no condicionar su existencia. Ciertamente es que la naturaleza racional, el entender y el querer sin la existencia son nada, pero también es nada la existencia creada sin perfecciones esenciales. La existencia no suplanta a la esencia, sino que le añade perfección existencial.

ejemplo el heroísmo (mártir). Pero sostiene que hay una dignidad mínima llamada dignidad humana la cual no se puede perder y que la única vulneración clara a la dignidad humana consistiría en inducir al hombre a que él mismo atente contra su dignidad personal obrando inmoralmente de manera objetiva, contra su propia conciencia. Cfr. Spaemann, Robert. *Lo natural y lo racional*. Op. Cit. Págs. 96, 97, 107 y 110.

⁹⁴ Andorno, Roberto. Op. Cit. Pág. 57.

⁹⁵ Tomás Melendo mediante un amplio estudio metafísico del ser, difiere con lo descrito por Andorno. Melendo afirma que el ser es el acto constitutivo y más radical, de ahí que apunta que no debe confundirse con el mero existir. El término “ser” expresa un acto y un principio interno constitutivo de realidad; de modo tal que la dignidad de la persona proviene o deriva de su ser. El ser es la entretela o sustancia de la que esa realidad está hecha. Cfr. Melendo, Tomás. *Dignidad humana y bioética*. Op. Cit. Págs. 134 a 142.

1.7 La dignidad humana como vínculo entre la Ética y el Derecho.

Para desarrollar este apartado, es conveniente formular la siguiente premisa: La dignidad humana constituye el vínculo por excelencia entre la Ética y el Derecho⁹⁶ como los dos grandes sistemas normativos en una sociedad,⁹⁷ más allá de la vieja y tal vez estéril disputa entre iusnaturalismo y iuspositivismo.⁹⁸ Esta idea de vinculación, más que clarificar el presente estudio, obliga a formular la siguiente pregunta: ¿Cómo se constituye este vínculo y qué tan conveniente puede resultar? Y en ello se ha de reflexionar.

⁹⁶ La ética y el derecho están llamados a “salvar” (de diferente manera) el carácter relacional del ser del hombre, este es el sentido que los une. D’Agostino, Francesco. *Bioética, estudios de filosofía del derecho*. Ediciones internacionales universitarias. Madrid. 2003. Pág. 68.

⁹⁷ Bajo esta idea, Agustín Luna con la intención de mostrar la innegable relación entre el derecho y la moral asegura que la relación entre ellos tiene una de sus manifestaciones más relevantes, entre otras, sancionando las conductas contrarias con la moralidad propia de nuestra dignidad humana, ésta ha pasado a ser referencia ética fundamental del ordenamiento jurídico tal como lo expresan diversas Cartas Fundamentales, no como exigencia para la propia persona sino como referencia de protección. Luna Serrano, Agustín. “Las referencias morales del ordenamiento jurídico”. *Actas de las Jornadas de la Sociedad Internacional Tomás de Aquino*. Op. Cit. Pág. 78. La postura de ese autor concuerda exactamente con lo que se pretende demostrar en este apartado al configurar a la dignidad humana como punto de interacción entre el derecho y la moral o la ética, pues a partir de ella ambos sistemas establecen sus valores, principios y normas, además, aunque de forma muy sutil, establece diferencias entre ellas, al decir que la exigencia para la propia persona no corresponde al derecho, que más bien es propio de la ética y que la protección si es materia del derecho. En este mismo sentido, Robert Alexy sostiene que hay una relación conceptual entre el derecho y la moral y, mediante la teoría de la pretensión, señala que las normas jurídicas necesariamente tienen una pretensión de corrección y que el derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al derecho con una moral procedimental universalista. Véase Alexy, Robert. *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*. En Vázquez, Rodolfo (Comp.). *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*. Gedisa. Barcelona. 1998. Págs. 115 a 137. También en Alexy, Robert. “On Necessary Relations Between Law and Morality”. *Ratio Juris*. Vol. 2. Issue 2. Julio. 1989. Págs. 121 a 210. De igual forma, Ernesto Garzón Valdés sostiene que el positivismo jurídico no puede dar cuenta del funcionamiento real de los ordenamientos jurídicos positivos si rechaza la vinculación entre derecho y ética. Véase Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, ética y política*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Págs. 317 a 335. Para Manuel Atienza, el derecho es, o debe ser, una prolongación de la moral, un mecanismo para positivizar la ética. Atienza, Manuel. “Juridificar a la bioética”. *Isonomía*. España. No. 8 1998. Pág. 82. Por último, Pedro Hoofft habla de que la idea o principio de dignidad adquiere en el contexto bioético una peculiar significación, con mayor remisión a la tradición filosófica de la modernidad, y que aquí se traduce en la inadmisibilidad de toda forma de instrumentalización del ser humano en el campo de la biología y la medicina y en la absoluta primacía del ser humano respecto de los intereses económicos o del mero progreso de la ciencia. Hablar de dignidad humana, dice ese autor, permite una convergencia del derecho en sentido clásico con los nuevos aportes interdisciplinarios provenientes de la bioética. Hoofft, Pedro Federico. “Bioética y jurisprudencia”. *Acta Bioethica*. Op. Cit. Pág. 214.

⁹⁸ Tampoco se pretende emular el pensamiento del utilitarista Jeremy Bentham que en su obra póstula titulada *Deontology* pretende unir la ética y el derecho en un cuerpo normativo perfecto que prevea todas las situaciones posibles, más bien se quiere evidenciar que la dignidad humana es uno de los puntos de conexión entre estos sistemas normativos lo cual no significa que se confundan o se mezclen, sino que constituye una premisa ontológica a partir de la cual inicia y culmina el análisis y operación de los mismos.

Conforme a lo que ha quedado expuesto, la dignidad humana ha sido el parte aguas de dos principales corrientes de reflexión moral, la primera, que afirma que la dignidad humana es un don, es decir, la tiene el hombre desde que se le considera persona y; la segunda, que sostiene que es producto del mérito, es decir, de los actos que realice la persona para justificarla o defenderla. El derecho, como sistema normativo, se ha adherido a la primera, como ejemplo están las convenciones y declaraciones universales en materia de derechos humanos las cuales adquieren gran relevancia a partir de los trágicos sucesos de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el derecho no se puede conformar con el reconocimiento público de esa dignidad, sino también debe de prever todos los mecanismos necesarios para que la persona pueda, en ejercicio de sus derechos fundamentales, ajustarse a ella y defenderla cuando sea violentada. Es aquí donde la ética tiene mucho que aportar, pues corresponde a la esfera privada de cada persona, a su reflexión moral y no jurídica, determinar qué tipo de acciones ha de realizar esa persona hacia sí misma para fortalecer su propia dignidad, en el entendido de que las acciones que salgan de la esfera privada estarán regidas por el derecho como garante de la dignidad de los otros.⁹⁹

Para Gregorio Peces-Barba, la dignidad humana constituye el fundamento de la ética pública de la modernidad se constituye, además, como un *prius* de los valores políticos y jurídicos, y de los principios y derechos que derivan de esos valores, tales como la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad que sólo alcanzan su plenitud

⁹⁹ En este sentido, para demostrar que el derecho necesita de la moral y que la moral tiene un importante espacio en el derecho, Gregorio Peces-Barba sostiene que la ética pública o justicia marca criterios, guías y orientaciones para organizar la vida social, en lo que él suele llamar “sociedad bien ordenada”, es un esfuerzo de racionalización de la vida política y jurídica para alcanzar la humanización de todos, es un medio para un fin, el cual consiste en la realización integral de cada persona. En cambio, la ética privada es una ética de contenidos y de conductas que señala criterios para la salvación, la virtud, el bien o la felicidad, es la que orienta los planes de vida. Una y otra se distinguen, pero también se comunican. La relación entre norma básica de identificación de normas y el hecho fundante básico es el problema de la relación entre ética y derecho visto desde la Teoría del Derecho y desde la Teoría de la Justicia. Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Ética, poder y derecho*. Op. Cit. Págs. 9 a 15, 74 y 92. Eusebio Fernández, al hacer la distinción entre ética pública y ética privada, en su lenguaje: moral social y moral personal, manifiesta que la moral es originaria y materialmente social, pero fundamentalmente personal o autónoma. Y añade que la sociedad en la que vivimos conforma nuestra mentalidad, nuestra visión del mundo y nuestro comportamiento moral, pero la relación individuo-sociedad es una relación dinámica, en la que juegan muchos factores, que imposibilitan la traducción mecánica de la moral social vigente al comportamiento individual. Fernández García, Eusebio. *Estudios de ética jurídica*. Debate. Madrid. 1990. Pág. 102.

cuando su contenido moral se positiviza en normas jurídicas de máximo nivel.¹⁰⁰ Es fundamento del orden político y jurídico.¹⁰¹

Al respecto de la definición de Peces-Barba en relación a los valores, principios y derechos,¹⁰² el tratadista español Pérez Luño considera que los valores

¹⁰⁰ Peces-Barba Martínez, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Op. Cit. Págs. 12 y 67. La idea de dignidad humana, para su realización a través de la vida social, es inseparable de la condición humana y se plasma en cuatro valores cuyo núcleo esencial lo ocupa la *libertad*, matizada y perfilada por la *igualdad* y la *solidaridad*, en un contexto de *seguridad jurídica*. Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Ética, poder y derecho*. Op. Cit. Pág. 62. En la misma dirección, Eusebio Fernández sostiene que de la idea de dignidad humana derivan valores como la seguridad-autonomía, la libertad y la igualdad, los cuales han de ser fundamento distintos derechos humanos. Cfr. Fernández García, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate. Madrid. 1987. Pág. 120. Y Fernández García, Eusebio. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Dykinson. Madrid. 2001. Pág. 25. Sin duda comparto la postura de esos dos autores en el sentido de que la dignidad humana es la fuente filosófica y jurídica de valores y de normas, aunque la lista de valores que inspira la idea de dignidad humana está muy lejos de ser taxativa. En un matiz epistemológico diferente hay quien opina que los valores son la fuente o fundamento de la dignidad, en este caso se encuentra, por ejemplo, Italo Paolinelli quien expone que la dignidad humana se sustenta en dos valores esenciales: La igualdad y la libertad y que a la vez son inspiración de los derechos fundamentales. Cfr. Paolinelli Monti, Italo. “Discurso de bienvenida del señor decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”. *XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Tomo I. Edeval. Valparaíso, Chile. 1995. Págs. 29 y 30. Considero inexacta la apreciación de este profesor ya que los valores están presentes en todas las tradiciones filosóficas y que la diferencia entre éstas es precisamente el contenido o alcance que se les da a ellos, la dignidad humana en su concepción abstracta obedece de modo más genuino a ser el sostén no sólo de valores éticos sino, incluso de normas jurídicas nacionales e internacionales. Para Maihofer, la dignidad de la persona humana no debe situarse en el mismo nivel que la libertad, la igualdad o el pluralismo político, ni siquiera la justicia posee la ultimidad fundamentadora de la dignidad. Cfr. W. Maihofer. “Die Würde des Menscgen als Zweck des Staates”. *ACFS*. 12-2. 1972. Págs. 56 a 58. Citado por Serna, Pedro. “La dignidad de la persona como principio de derecho público”. *XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Op. Cit. Pág. 366. Hartmann, en cambio, presenta un argumento contrario. Para él no existe ningún valor superior unitario, siendo precisamente los valores inferiores los que tienen prioridad respecto a su satisfacción en relación con los superiores, ya que quien tienen hambre o sufren físicamente no puede captar los bienes del espíritu. La conciencia valorativa es errática y supone un vagar falso de todo plan. Sostiene que el ente ideal constituye una objetivación ideal pero no en el sentido de las ideas platónicas o de la metafísica cristiana, sino que funda su idealidad en pura autoexistencia. Hartmann, Nicolai. *Ethik*. Walter de Gruyter. Berlín. 1949. Págs. 157 y ss. En Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9a ed. Técnos. Madrid. 1999. Pág. 139. Ver más sobre el tema en: Pérez Luño, Antonio Enrique. “Sobre la igualdad en la Constitución Española”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. No. 4. Madrid. 1987. Págs. 133 a 152. Y Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*. Paidós – Univesidad Autónoma de Barcelona. Barcelona. 2000.

¹⁰¹ Para Gregorio Peces-Barba, la autonomía moral y la dignidad humana son los deberes básicos de los que emanan los valores y los derechos que sostienen la democracia, es decir, la autonomía política. La dignidad humana tiene un puesto relevante pre-político y pre-jurídico. Su concepción de la dignidad humana coincide con los ya establecidos principios del pensamiento moderno: Racionalidad y humanización tendientes a la libertad (social, política y jurídica) y a la solidaridad. Sostiene que la ética pública de la modernidad consiste en que el derecho no depende de la moral que se le imponga de forma autoritaria, de igual forma el derecho no impone una moralidad en relación con la elección de los planes de vida de cada individuo. Véase Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Ética, poder y derecho*. Op. Cit. Págs. 17 a 50 y 89.

¹⁰² No es la intención entrar al estudio de la diferencia entre valores, principios y reglas. Esto puede consultarse en Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Alexy, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. Trad. Manuel Atienza. *Doxa*. No. 5. España. 1998. Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. CEC. Madrid. 1989. Atienza, Manuel y

constitucionales poseen una triple función: En primer lugar, fundamentadora en un plano estático sobre el conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto; en segundo lugar, orientadora, en un sentido dinámico que mueve al orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional y; en tercer lugar, crítica, ya que sirve como criterio o parámetro de valoración para justificar hechos o conductas. De tal forma es posible un control jurisdiccional de las normas que puedan violentar los valores constitucionales.¹⁰³

En este orden de ideas se puede afirmar que la dignidad humana es *dual*, ya que no sólo es un punto de partida donde se edifican las normas que regulan la vida pública y privada de la persona, sino también es un punto de llegada a través de la reflexión interior de cada individuo acerca de su propia existencia y de su entorno, es decir, no sólo es fundante sino operante. En otras palabras, la dignidad humana es una nota constitutiva de la esencia de la persona, es la nota ontológica que lo hace persona y no otra cosa, y es de tal envergadura, que se convierte en eje rector y motor de acciones y decisiones tanto en el orden interno como externo. Pero, además, la dignidad humana también es *dinámica* (más no mutable) porque se mueve del *ser* al *deber ser*, es decir, parte del ser de la persona, transita a través de la existencia real y concreta de la persona, y se mueve a lo largo de toda su vida hacia lo que tiene que hacer en cada momento para hacerse digno. Por tanto, la dignidad es don y es mérito, se tiene porque se es, y se tiene por lo que se hace. De no ser así, sólo sería prudente abordar la dignidad ontológica, sin embargo, también podemos reflexionar sobre la dignidad desde la ética y desde el derecho.

La dignidad también es *referencial*, ya que no tiene contenido material predeterminado, de inicio solamente es una noción abstracta o formal, hasta que se actualiza en la realidad una situación de promoción, violación o afección se le puede atribuir un determinado contenido material, lo cual requiere un ejercicio racional

Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del derecho*. 2a Ed. Ariel. España. 2004. Gracia, Diego. *Cuestión de principios*. Op. Cit. Gracia, Diego. *Como arqueros al blanco*. Op. Cit. Y Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op. Cit.

¹⁰³ Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op. Cit. Pág. 288.

realmente significativo para que la dignidad no se convierta en una noción vacía o retórica.

El hombre, como consecuencia de su dignidad, posee la libertad de hacer y de hacerse,¹⁰⁴ en el terreno de la ética esta libertad no tiene más restricciones que el aspecto cognitivo de ciertos valores morales, por ejemplo, en el valor belleza cada persona tiene la libertad (moral) de decir qué es bello y qué no lo es¹⁰⁵ pero, además, libertad de realizar todo aquello que considere necesario para alcanzar o realizar ese valor, o bien, rechazarlo. En cambio en el terreno del derecho la libertad del hombre de hacer y de hacerse tiene unos límites más definidos, pues tal libertad convive con la de otras personas y en lo que todos entienden por ese valor. En este sentido, la ética promueve valores y acciones entorno a ellos; en cambio, el derecho sanciona acciones entorno a valores. La ética invita al hombre a tener una vida digna, para ella el hombre no sólo *es* digno sino *debe hacerse* digno. El derecho sólo protege y garantiza al hombre en lo que *es*, en su dignidad, no puede prescribir acciones que se dirijan a *hacer digno* al hombre, pues esto es tarea de la ética, de la esfera privada de cada persona.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Al respecto Manuel García sostiene que si el hombre no pudiera libremente preparar y realizar los actos que le hacen ser lo que es el hombre sería un animal inteligente, pero no sería responsable de sus propios actos, no sería autor ni actor de su propia vida. García Morente, Manuel. *El hecho extraordinario y otros escritos*. Rialp. Madrid. 1986. Págs. 210 y 211. En Melendo, Tomás. *Dignidad humana y bioética*. Op. Cit. Pág. 108. En el mismo sentido, Antonio Millán-Puelles dice que el valor sustantivo, mensurable de la específica dignidad humana, se llama libertad cualquiera que sea su uso. Millán-Puelles, Antonio. *Sobre el hombre y la sociedad*. Rialp. Madrid. 1976. Pág. 99. En *Ibidem*. Pág. 108. Las soluciones jurídicas, frente a la imposibilidad de prever completamente el futuro o determinar absolutamente el interés individual, deben ser particularmente flexibles dejando a los individuos espacios de libertad mayores a los existentes en otros campos del derecho. Normas jurídicas rígidas más que dar soluciones pueden, muy por el contrario, agravar el conflicto ético. El legislador debe dictar normas que puedan satisfacer las concepciones morales de todos los individuos a través de los principios morales mínimos, propios de toda sociedad democrática. Zorrilla, Sergio y Misseroni, Adelio. En *Acta Bioethica*. Op. Cit. Pág. 175.

¹⁰⁵ El valor no cambia, sino la conciencia valorativa que lo varía. Hartmann, N. Op. Cit. Pág. 158. En Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op. Cit. Pág. 139.

¹⁰⁶ La libertad no sólo es la capacidad de obrar de una manera u otra y dirigirse, en consecuencia, hacia el propio destino; es también posibilidad de completarse, de hacer con la propia persona y con su ser más íntimo, lo que cada quien decida. Sólo al hombre se le ha conferido la propiedad de construir su propio ser en el dilatado marco del transcurrir de su existencia terrena. Toda persona por naturaleza es capaz de definir sus propios fines; el animal, en cambio, se encuentra irremediabilmente finalizado, ciegamente dirigido al logro de determinadas metas que siempre se alcanzan a través de idénticas operaciones. La persona humana tiene el derecho de autodeterminación (que se abordará en el siguiente capítulo) en su aprender y querer, de tal forma que no puede ser instrumentalizado ni manipulado. La “libertad de” implica la aptitud para autodeterminarse a través de la elección, para poder alcanzar por uno mismo la perfección que todavía no se tiene es ineludible la posesión de los propios actos, es decir, la plenitud terminal definitiva se obtiene a través del obrar. La libertad se caracteriza como la aptitud para obrar bien y así lograr la plenitud. Sin embargo, la libertad no es el constitutivo de la persona, sino una propiedad en cuanto a que la persona es dueña y propietaria de su acto de ser. La persona tiene su obrar entre sus

Si bien el derecho es un sistema autopoiético, es decir, él mismo dice qué es derecho, no implica que sea algo inmutable o que carezca de algún tipo de motor, se mueve precisamente por las decisiones individuales colectivamente consideradas. De tal forma que la moral individual asume una forma de mecanismo dinámico para el derecho, no porque la fuerza del derecho esté supeditada a la voluntad individual o popular, sino porque las obligaciones morales a nivel social (no individual) marcan el rumbo hacia dónde se dirigen las normas jurídicas. En este sentido, la dignidad humana es claro ejemplo de ello, pues como nota constituyente del ser de la persona nace en la individualidad del ser, se consolida en la vida social y se defiende y garantiza por el derecho.

Por ejemplo, una persona que *es* digna por el hecho de serlo decide no recibir información médica sobre su padecimiento, el derecho no la puede obligar a recibirla con el pretexto de que aquella no realiza una conducta encaminada a reafirmar su dignidad (hacerse digno), la reflexión ética o moral de esa persona, es decir, su visión particular de los valores deberá de orientar su hacer o no hacer. Parece sencillo entender así las cosas pero qué pasa cuando la misma persona decide no tomar los tratamientos médicos oportunos a fin de recuperar salud o paliar la enfermedad, tanto la ética como en el derecho reconocen en esa persona un titular de dignidad y, por ende, de respeto, protección y promoción pero ¿el derecho como sistema normativo podrá obligarla a tomar sus medicamentos y seguir los tratamientos indicados? Seguramente se está de acuerdo que si el derecho lo hiciera sería autoritario y si no lo hiciera tal vez se le tildaría de liberal pero lo cierto que este tipo de decisiones son del terreno ético y que la función del derecho en este sentido es la de ser garante de esa decisión. En este ejemplo la dignidad no es mera libertad, no es hacer por hacer, sino hacer en base a valores, información y deliberación. La ética no se enfoca sólo en la permisión o no de las acciones su función más bien es de promoción de valores y de su respectivo análisis. El derecho, en cambio, sí permite o no una conducta en base a un consenso moral previo pero también debe garantizar la función promotora de la ética, la igualdad entre los seres humanos y el respeto a las decisiones de cada persona en lo individual.

manos, porque posee por sí misma una naturaleza racional. Cfr. Melendo, Tomás. *Dignidad humana y bioética*. Op. Cit. Págs. 112 a 147.

El concepto de dignidad humana no se origina en la ciencia jurídica, sino proviene de la filosofía misma cuando se trata de explicar el valor supremo de la persona en virtud de que es el centro del mundo, además de que está inserta en el mundo. Como ya se dijo, es un deber fundante que explica los fines de la ética pública. También conviene señalar que este concepto supone el mutuo reconocimiento entre los hombres, es decir, la realidad en la que está inmersa la dignidad humana no es la ley que la reconozca y tutele, ni lo es por sí misma la existencia física de la persona sino va más allá, su realidad involucra su dimensión social, de su posibilidad de comunicación e interacción con las otras personas y de su influencia sobre su mundo, es por ello que es un concepto que debe ser visto hacia dentro y hacia fuera.¹⁰⁷

1.8 La dignidad humana como fundamento de los Derechos Humanos.

Dentro del escenario del Derecho Constitucional español, Pérez Luño refiere dos criterios para hacer la distinción terminológica entre “derechos fundamentales” y “derechos humanos”. Según el primero, los derechos fundamentales son los derechos positivos a nivel interno, y los derechos humanos son los derechos naturales positivizados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo. El segundo criterio, considera a los derechos fundamentales como los derechos garantizados constitucionalmente a los ciudadanos en tanto que pertenecen a un determinado Estado, y los derechos humanos son los consagrados en la Constitución con validez general sin reducirse a un determinado grupo de personas. En este sentido, los derechos humanos son más generales y tienen una connotación más prescriptiva o deontológica, mientras que los derechos fundamentales poseen un sentido más estricto y preciso ya que sólo describen los derechos reconocidos y garantizados por el derecho positivo.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Karl Larenz, a este respecto señala que el principio fundamental del derecho, del cual arranca toda regulación, es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro y, a consecuencia de ello, la protección de la persona del otro. Larenz, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luís Díez-Picazo. Civitas. Madrid. 1985. Pág. 57.

¹⁰⁸ Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 3a ed. Técno. Madrid. 1988. Págs. 44 a 47. Ese mismo autor pero en su obra *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* aborda con más detenimiento este tema. Asegura que el término “derechos fundamentales” apareció en Francia por el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 y que luego tuvo gran relevancia en el derecho alemán para referirse a las relaciones entre el individuo y el Estado. Por ello se han entendido estos derechos como aquellos positivizados en las constituciones estatales y que de algún modo se les puede considerar como el resultado de las

A pesar de estos criterios de clasificación y de otros que se podrían citar, durante el desarrollo de este trabajo se utilizarán de modo indistinto por dos razones: La mayoría de los autores que se abordarán no se detienen con especial ahínco en hacer tal distinción y, la más importante, consiste en que la tesis central que nos ocupa se dirige a mostrar que es la dignidad humana un supervalor o metanorma sobre la que se desarrollan unos y otros, es decir, la idea de dignidad que refiere la excelencia ontológica del hombre ha de ser la finalidad y justificación de tales derechos, ya como naturales, ya como positivos.

Como ya se ha dicho, Juliana González considera que un claro ejemplo del consenso en nuestro tiempo son los derechos humanos que constituyen la base jurídica y, a la vez, el mínimo ético irreductible sobre las cuales se desarrollan las sociedades de occidente. Esta idea ha sido confirmada por gran parte de la doctrina jurídica y filosófica contemporánea, así Martínez Bullé-Goyri asegura que los derechos humanos fueron concebidos después de un largo camino del hombre por encontrar el medio para plasmar en el derecho la dignidad de la persona y protegerla, se constituyeron en la herramienta jurídica que sirve para exaltar la dignidad humana y empapar con ella todo el sistema jurídico. Los derechos humanos son la expresión jurídica de la dignidad humana vinculados a toda actividad humana, se constituyen como el paradigma ético para el ejercicio del poder político, en un principio de legitimación.¹⁰⁹

exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación normativa en el derecho positivo. Y, siguiendo a Tomas Paine en su libro *Los derechos del hombre*, apunta que los derechos humanos constituyen la conjunción de los derechos naturales (aquellos que le corresponden al hombre por el mero hecho de existir) y los derechos civiles (aquellos que le corresponden al hombre por el mero hecho de ser miembro de una sociedad). Véase Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op. Cit. Págs. 30 y 31. Bajo esta misma consideración, Jürgen Moltmann considera que la expresión “derechos humanos” se puede distinguir en tres planos: En derecho vigente en las leyes, derechos fundamentales en la Constitución y derechos humanos en los pactos y declaraciones internacionales. Cfr. Moltmann, Jürgen. *La dignidad humana*. Sígueme. Salamanca. 1983. Págs. 16 y 17. Para abundar más en el tema y contextualizarlo en la teoría jurídica contemporánea, véase capítulo primero: *El concepto de derechos humanos*, en Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Ariel. España. 1989. Págs. 11 a 48.

¹⁰⁹ Cfr. Martínez Bullé-Goyri, Víctor M. (Coord.) *Diagnóstico genético y derechos humanos*. UNAM. México. 1998. Los derechos humanos constituyen a la vez las bases jurídicas y el mínimo ético irrenunciable sobre los que se asientan las sociedades democráticas. Casado González, María. “¿Por qué bioética y derecho?”. *Acta Bioethica*. Op. Cit. Pág. 192. Los valores y exigencias morales y racionales que giran en torno a la idea de dignidad humana son condición *sine qua non* para hablar de derechos humanos fundamentales. Cfr. Fernández García, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Op. Cit. Pág. 120. Y Fernández García, Eusebio. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Op. Cit. Pág. 25. El diálogo fructífero entre bioética y derecho, reconociendo en la filosofía de los derechos humanos una especie de hilo conductor que remite a la dignidad personal como cristalización histórica de la

En este orden de ideas, Roberto Andorno considera que es necesario que los principios de la bioética sean adoptados por la Constitución como máximo ordenamiento de un sistema jurídico. Apunta que no hay que olvidar que los problemas en los que se enfoca la bioética entran en juego valores básicos de la existencia, tales como la vida, la identidad de las personas y la libertad de toda predeterminación por parte de terceros, y que los inéditos avances de la tecnología exigen una respuesta jurídica del más alto nivel, para así proteger la dignidad humana.¹¹⁰ Ese autor resalta la tarea del legislador frente a los dilemas bioéticos de la época debido a que a él le corresponde la función de elaborar normas que permitan regular los nuevos conflictos que se plantean en el orden de los avances científicos y tecnológicos. La ley está principalmente destinada a garantizar la dignidad de la persona, debe fijar las bases para el respeto de la persona ante la amenaza de las nuevas tecnologías.¹¹¹

La conciencia universal acerca de la dignidad de la persona se ha internacionalizado en el poder constituyente de infinidad de países ya que a la hora de dictar nuevas constituciones ven a la persona no sólo como mero participante de la vida política del Estado, sino también como un ser de especial consideración que necesita de la protección y tutela estatal que le garantice los mínimos éticos que le permitan desarrollar sus potencialidades intelectuales y satisfacer sus necesidades sociales, espirituales, económicas, etc. En este apartado no se intenta hacer un análisis exhaustivo del fundamento filosófico de los derechos humanos, pero sí se establecerán diversos argumentos que demuestran la vigencia de la dignidad humana en todo el sistema

conciencia ética de la sociedad. Hooft, Pedro Federico. Op. Cit. Pág. 214. ¿De qué otra manera puede el hombre convertirse en humano sino mediante la estima de su dignidad humana y el ejercicio de sus derechos humanos? Un hombre, cuya dignidad es despreciada, se ve destruido en su existencia. Una sociedad que no reconoce los derechos humanos como derechos fundamentales es una sociedad inhumana e intolerable. Moltmann, Jürgen. Op. Cit. Pág. 13.

¹¹⁰ Citado por Varsi Rospigliosi, Enrique. “La bioética en las constituciones del mundo”. *Acta Bioethica*. Op. Cit. Pág. 241. Sólo algunos países contemplan en sus constituciones los principios de bioética, tales como: Argentina, Armenia, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Croacia, Cuba, Chechenia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Guatemala, Honduras, Italia, Japón, Lituania, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Québec, Rusia, Sudáfrica, Suiza, Turquía, Ucrania, Uganda, Venezuela y Zimbabwe. *Ibidem*. Pág. 243.

¹¹¹ Andorno, Roberto. Op. Cit. Págs. 45 y ss. Sin embargo, la ley debe ser especialmente cautelosa al abordar estos temas, pues como lo señala Maihofer, la dignidad humana puede ser altamente amenazada por las circunstancias exteriores al hombre y por legalidades objetivas. Cfr. Maihofer, Werner. *Die Würde des Menschen*. Hannover. 1968. Pág. 40. En Spaemann, Robert. *Lo natural y lo racional*. Op. Cit. Pág. 111.

jurídico y la imperante necesidad de ser considerada por el operador jurídico, principalmente en la elaboración y aplicación del derecho.

A Eusebio Fernández le interesa especialmente el tema de la fundamentación de los derechos humanos al referirse que no se puede establecer un concepto de ellos separado del tema de su fundamentación. Considera exagerada la pretensión de Norberto Bobbio quien piensa que el problema de la fundamentación está resuelto a partir del consenso general que tuvo en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos y que el problema no es filosófico sino jurídico y, en sentido más amplio, político ya que no se trata de saber cuáles y cuántos han de ser los derechos humanos, ni cuál ha de ser su naturaleza y fundamento, más bien se busca el modo más seguro de garantizarlos para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.¹¹²

Fernández apunta que en la historia de los derechos humanos han existido principalmente tres tipos de fundamentación. El primero, iusnaturalista, entendida como aquella corriente que diferencia el derecho natural y el derecho positivo sosteniendo la supremacía del primero sobre el segundo con eminentes exponentes como Grocio, Pundenfort, Spinoza, Hobbes, Locke, Rosseau, Wolf o Kant. El derecho natural engloba todos los derechos de los que es titular el hombre no por concesión del derecho positivo, sino por el mero hecho de ser hombre y de participar de la naturaleza humana universal

¹¹² Bobbio, Norberto. *Presente y porvenir de los derechos humanos*. Págs. 9 y 10. Citado por Fernández García, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Op. Cit. Págs. 82 y 83. Esta posición realista no otorga al proceso de positivización un significado declarativo de derechos anteriores (iusnaturalista) o constitutiva (iuspositivista), sino entiende que tal proceso supone un requisito más a tener en cuenta para el efectivo y real disfrute de tales derechos. La positivización no se considera el final de un proceso, sino una condición para el desarrollo de las técnicas de producción de los derechos fundamentales, que son las que en definitiva definen su contenido. La positivización es considerada desde este enfoque como un instrumento que permite definir mejor y concretar el alcance de los derechos pero, en todo caso, son las condiciones sociales las que determinan el sentido real de los derechos y libertades, pues de ellas depende su salvaguarda y protección. Será la *praxis* concreta de los hombres, que son quienes a la postre sufren o se benefician de esos derechos y quienes con sus comportamientos constituyen a formarlos en cada situación histórica, quien dará la pauta orientadora de su significado. Véase Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op. Cit. Págs. 59 a 62. En cambio, Joaquín García-Huidobro se refiere al tema de la fundamentación como algo de vital importancia. El problema de la fundamentación, dice, es fundamental por varias razones entre las que están las dificultades que surgen a la hora de interpretar el contenido y alcance de los derechos, o de resolver problemas de colisión entre dos derechos, o la de encontrar un motivo para exigir su cumplimiento. García-Huidobro, Joaquín. “La protección de las personas”. *XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Op. Cit. Pág. 79. Spaemann, en sentido contrario con el autor citado la cual considero más acertada, asegura que el debate en la filosofía del derecho tiene cabida en la fundamentación de los derechos humanos pero que el contenido de ellos es inequívoco y, por ello, indiferente de su fundamentación. Cfr. Spaemann, Robert. *Lo natural y lo racional*. Op. Cit. Pág. 92.

e inmutable.¹¹³ De este modo, los derechos humanos, según este tipo de fundamentación, existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el derecho positivo. El segundo, historicista, considera que los derechos humanos manifiestan los derechos variables y relativos a cada contexto histórico cambiante y variable que el hombre tiene y mantiene de acuerdo con el desarrollo de la sociedad. Estos derechos se fundan en las necesidades humanas y en la posibilidad de satisfacerlas dentro de la sociedad. Aquí se describe de forma correcta la evolución y desarrollo de los derechos humanos; sin embargo, no hace justicia al hecho de que el concepto contemporáneo de tales derechos. El tercero y último, ético, que parte de la idea de que el origen y fundamento de los derechos humanos nunca puede ser jurídico sino previo a lo jurídico siempre bajo las exigencias de la dignidad humana. La labor del derecho no es crear derechos humanos sino reconocerlos convirtiéndolos en normas jurídicas y, por tanto, garantizarlos jurídicamente. Los derechos que tienen que ver más estrechamente con la idea de la dignidad humana pueden ser configurados como verdaderos derechos humanos.¹¹⁴ Por su significación ética, los derechos humanos deberán hacer obligada remisión a la dignidad humana; mientras que por su dimensión jurídica tales derechos encarnarán la pretensión de incorporarse al ordenamiento jurídico-positivo para alcanzar su auténtica realización. Éste es el tipo de fundamentación que principalmente se usa en el Derecho Constitucional e Internacional a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Ese autor se pronuncia a favor de la fundamentación ética por considerar a los derechos humanos como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres, a cada derecho humano como derecho

¹¹³ En este tipo de fundamentación podemos mencionar dos casos concretos: En primer lugar, Martín Kriele considera que en la idea central de los derechos humanos el valor de la dignidad del hombre es un concepto metafísico ya que en la historia del derecho natural tal valor se ha fundado en la Revelación o en el supuesto de que está inscrita en el corazón del hombre y se manifiesta en la conciencia. Cfr. Kriele, Martín. *Liberación e ilustración: defensa de los derechos humanos*. Herder. Barcelona. 1982. Pág. 241. En segundo lugar, Louis Lachance considera que el hombre tiene desde su nacimiento la evidencia racional de su rango y una dignidad propios que le proceden de la naturaleza intrínseca antes que de cualquier concesión, es el punto de partida de cualquier justificación de los derechos humanos. Cfr. Lachance, Louis. *El derecho y los derechos del hombre*. Trad. Pérez Luño. Rialp. Madrid. 1979. Pág. 26.

¹¹⁴ Cfr. Fernández García, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Op. Cit. Págs. 77 a 126. Ese autor considera que es casi imposible encontrar una única fundamentación ética válida para todos los derechos humanos, con la excepción de la idea de dignidad humana. El problema filosófico de los derechos del hombre no puede ser disociado del estudio histórico, social, económico, psicológico... Analizar su fundamento ético es también plantear la posibilidad de la racionalidad y universalidad de ese fundamento, no en términos absolutos, atemporales e invariables, sino derechos morales que pueden ser justificados racionalmente.

moral le corresponde paralelamente un derecho en sentido estrictamente jurídico del término.

Por su parte, Spaemann señala que existen dos posturas que tratan de dar fundamento a los derechos humanos y que ambas no tienen porque ser irreconciliables; la primera, de ellas alude al derecho natural, en la cual los derechos humanos son entendidos como una reivindicación que corresponde a cada hombre en razón de su *ser*, es decir, una determinada actualización de características propias a partir de su naturaleza. La segunda, de corte positivista, refiere que estos derechos son reivindicaciones que nosotros nos concedemos recíprocamente gracias a la creación de los sistemas de derecho.¹¹⁵

En este tema de la fundamentación Pérez Luño mediante un singular ejercicio en el cual un “hombre topo” quien estuvo en autoexilio desde la guerra civil española hasta la promulgación de la Constitución de 1978 acude con tres personas que le darán una visión diferente de lo que significa la Constitución y su alcance en el contexto de ese momento.

En primer lugar, acude con un párroco de sólida formación tomista, su posición representa el planteamiento *iusnaturalista* la cual sostiene que la recepción en el ordenamiento jurídico o positivización de los *derechos humanos* es concebida como la consagración normativa de una exigencias previas, de unas facultades que le corresponden al hombre por el hecho de serlo, es decir, por su propia naturaleza. Al ordenamiento jurídico no le incumbe crear derechos y libertades de la persona, sino reconocerlos como inviolables e inherentes al ser humano, que son superiores a las leyes positivas y al arbitrio de los gobiernos. En segundo lugar, se reúne con un empresario de mentalidad liberal que busca en el derecho la protección de la propiedad privada y la herencia, esta persona alude al *positivismo jurídico* que sostiene que la función del Estado consiste en garantizar el orden social y la seguridad jurídica, los *derechos fundamentales* no pueden reconocer ningún tipo de valores previos al ordenamiento jurídico. Éstos y todos los derechos son una creación técnico-jurídica que opera como garantías formales del funcionamiento del sistema político del Estado de Derecho. Los derechos fundamentales no son más que garantías de la autonomía individual destinados

¹¹⁵ Véase Spaemann, Robert. *Lo natural y lo racional*. Op. Cit. Págs. 89 y ss.

a maximizar y optimizar el disfrute de la libertad personal, así como instrumentos de defensa frente a las injerencias de los poderes públicos en la esfera privada. En tercer y último lugar, el aludido “hombre topo” arriba con un abogado laboralista el cual caracteriza una tercera fundamentación que Pérez Luño denomina *alternativa*. Ésta considera que la Constitución no puede ser contemplada como la meta de llegada o el balance del cambio de nuestro sistema político y social, sino que es el punto de partida para un amplio programa de transformaciones profundas. En consecuencia, los *derechos fundamentales constitucionales* no pueden ser considerados ni como categorías dirigidas a reconocer valores o ideales externos, ni como instrumentos encaminados a garantizar el *statu quo* económico-social. Más bien, son mecanismos para promover el ambicioso programa de transformaciones políticas sociales y económicas. Ni el naturalismo ni el positivismo son capaces de dar un resultado satisfactorio del fundamento de los derechos fundamentales.¹¹⁶

En base a lo anterior y como quedó establecido al inicio de este apartado, Pérez Luño al hacer la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, define a los primeros como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.¹¹⁷ Los segundos, son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.¹¹⁸

¹¹⁶ Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Op. Cit. Págs. 107 y ss.

¹¹⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op. Cit. Pág. 48. Si se quisiera clasificar esta definición en alguno de los tres tipos de fundamentación citados estaría, sin lugar a dudas, en la ética; sin embargo, en su obra *Delimitación conceptual de los derechos humanos* asegura que la definición propuesta pretende conjugar las dos grandes dimensiones que integran la noción general de estos derechos: la exigencia iusnaturalista y las técnicas de positivación y protección. Ni el realismo ni el positivismo han de ofrecer un fundamento adecuado como si lo hace el iusnaturalismo. Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique. *Delimitación conceptual de los derechos humanos*. En Fernández García, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Op. Cit. Págs. 99 y 112.

¹¹⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Op. Cit. Pág. 46. Ese autor señala que los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientarán hacia el respeto y promoción de la persona; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho) o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario del componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho). Los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder público para convertirse en valores y directrices de tal poder. *Ibidem*. Págs. 20 y 21.

Para Eusebio Fernández, los derechos humanos fundamentales son los derechos humanos o pretensiones humanas legítimas originadas y conectadas con la idea de dignidad humana y de los valores que la componen (autonomía, seguridad, libertad, igualdad y solidaridad).¹¹⁹

Por su parte, Peces-Barba propone un modelo dualista en la definición derechos humanos de modo de que puedan ser concebidos desde la filosofía de los derechos fundamentales (axiológico) y desde el derecho positivo de los derechos fundamentales (jurídico).¹²⁰ La raíz de los derechos fundamentales está en la dignidad humana que se puede explicar racionalmente como expresión de las condiciones antropológicas y culturales del hombre y que le diferencian de los demás seres. Explica que el desarrollo de la dignidad humana ha puesto de relieve en la historia moderna la existencia de dos grandes valores a los cuales ya se ha hecho referencia antes, la libertad y la igualdad, los cuales son imprescindibles en la vida social para que el hombre pueda desarrollar su moralidad.¹²¹ Este tipo de fundamentación y concepción de los derechos humanos, según Peces-Barba, supera las versiones unilaterales: Iusnaturalismo y positivismo voluntarista.¹²²

El Derecho Constitucional se presenta pues como un magnífico receptor de los derechos humanos que de forma más específica se ven involucrados por las ciencias biomédicas como instrumento para resolver los conflictos que de éstas emergen.¹²³ Sin embargo, se pueden hacer algunos comentarios.

¹¹⁹ Fernández García, Eusebio. *Estudios de ética jurídica*. Op. Cit. Pág. 60. Su postura encaja en gran medida con la de Pérez Luño, al menos en lo que respecta a que el fundamento de los derechos humanos es anterior al derecho positivo, pero diverge en que ese fundamento tenga que ser necesariamente iusnaturalista y no simplemente en defensa de las exigencias morales de dignidad, libertad e igualdad de las personas.

¹²⁰ En relación a la postura de Peces-Barba, Eusebio Fernández considera que la concepción dualista no se agota en el momento en que los valores son expresados en cualquier derecho fundamental y se han convertido en norma jurídica, sino que los derechos fundamentales, una vez configurados como derechos subjetivos, siguen expresando valores, siguen conteniendo exigencias éticas. Fernández García, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Op. Cit. Págs. 110 y 111.

¹²¹ Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Págs. 23 y 118.

¹²² Ese autor coincide en mucho con la fundamentación iusnaturalista de Pérez Luño, sin embargo, le objeta que es un requisito *sine qua non* de los derechos humanos el de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico positivo.

¹²³ Romeo Casabona, Carlos María. "Genética y biotecnología en las fronteras del derecho". *Acta Bioethica*. Op. Cit. Pág. 291.

En primer lugar, la vieja y trillada disputa entre el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo* lejos de resolver el problema de la fundamentación y unir esfuerzos para enfrentar problemas comunes puede crear desconfianza entre el operador o el destinatario de la norma constitucional.

En segundo lugar, ambas posiciones teóricas no son de todo irreconciliables. Dentro del desarrollo de este trabajo se ha dicho que la dignidad humana no es un concepto jurídico, ha entrado al sistema jurídico por medio de los derechos humanos a modo de premisa o principio que recuerda que toda disposición legal o actuación político-jurídica debe estar encaminada a la protección de la integridad física, espiritual, emocional, intelectual, etc. de la persona humana. La función del derecho en este caso, repitiendo lo que se ha dicho antes, es la de garantizar el respeto de la dignidad de la persona por la actuación del Estado o de otras personas, en tanto que la función de la bioética es la de promover el respeto a esta dignidad ya sea por parte del Estado, de las otras personas y de la misma persona. Al término “sanción” en el derecho, le corresponde el de “promoción” en la bioética. Con esto no se quiere decir que por el hecho de que aparezca en el texto constitucional la dignidad como principio ético y jurídico rector de todo el sistema jurídico se dejarán de tener problemas al momento de dotar de contenido o materialidad a ese valor, ni mucho menos se quiere afirmar que en ese proceso deba de prescindirse de la bioética. Entre la generalidad y abstracción de los derechos humanos consagrados constitucionalmente y la concreción de la realidad se encuentra un mesurado pero elevado análisis bioético-jurídico. El positivismo jurídico de antaño hoy no debe convertirse en un constitucionalismo que pretenda juridificar algunos principios o valores morales para prescindir *a posteriori* de una reflexión ética-filosófica.

Como ejemplo de lo anterior, cito la Constitución Española¹²⁴ (CE) de 1978 y la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania¹²⁵ (LFRFA) de 1949 que aluden inicialmente y en un lugar privilegiado a la dignidad humana.

¹²⁴ En http://www.constitucion.es/constitucion/castellano/titulo_1.html Consultada el 22 de enero de 2008.

¹²⁵ En <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html#a1> Consultada el 22 de enero de 2008.

El primer ordenamiento se refiere a la dignidad en el preámbulo de la siguiente forma: “La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: (...) Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida (...)”. Más explícito es el artículo 10 ubicado en el título primero titulado: “De los derechos y deberes fundamentales”, el cual establece: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social (...)”.¹²⁶

Por su parte, la LFRFA redactada a modo de establecer sintéticamente ciertos principios rectores del sistema jurídico, en su artículo primero, inserto en el capítulo primero titulado: “Derechos Fundamentales”, establece: “(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público (...)”.¹²⁷

¹²⁶ Para González Pérez la función de la dignidad humana es cuádruple: Fundamentar el orden jurídico, orientar la interpretación del mismo, servir como base a la labor integradora en caso de lagunas y, determinar normas de conducta; eventualmente, también como límite a ciertas formas de ejercicio de los derechos fundamentales. Cfr. González Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid. Civitas. 1986. Págs. 87 y 94. La Constitución española se inserta abiertamente en una orientación iusnaturalista, en particular de la tradición objetivista cristiana, que considera los derechos de la persona como una exigencia previa a su determinación jurídico-positiva y legitimadoras del orden jurídico y político en su conjunto. El sistema de derechos y libertades no se funda en decisiones ideológico-políticas ni en postulados lógico-formales, sino en valores ético-materiales. Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Op. Cit. Pág. 115. La Constitución española (CE) es el ejemplo perfecto para situar a la dignidad jurídica dentro del derecho como sistema normativo. Según la definición de Peces-Barba, la cual se ha citado antes, la dignidad humana constituye *prius* de los valores políticos y jurídicos, es decir, la dignidad fundamenta los valores y principios consagrados en el ordenamiento jurídico. También se ha visto que para varios autores la dignidad es un valor constitutivo de los derechos fundamentales junto con la libertad y la igualdad; sin embargo, considero inexacta esta apreciación por lo siguiente. En la CE, como lo señala Pérez Luño en su libro *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, la “libertad” se presenta al mismo tiempo como valor (Preámbulo y artículo 1,1), como principio (artículos 9,2 y 10,1) y como norma específica (artículos 16, 17, 19, 20, 21 y 22); también la “igualdad” que se plasma como valor (Preámbulo y artículo 1,1), como principio (artículos 9,2 y 31,1) y como norma específica (artículos 14; 23,2; 32,1 y 39,2). Pero no sucede lo mismo con la dignidad ya que ésta solo aparece como supervalor o metanorma jurídica que envuelve no sólo al ordenamiento sino a todo el sistema jurídico. En el lenguaje de Xavier Zubiri, la dignidad es un *prius*, es decir, la fuerza que tiene la realidad para imponerse al derecho, la fuerza de la respetabilidad del hombre en cuanto tal por parte del derecho.

¹²⁷ Maihofer describe una triple posición o significados de la dignidad humana en el derecho alemán. En primer lugar, se trata de un derecho fundamental a partir del cual se pueden deducir e interpretar todos los restantes que componen el sistema constitucional de los derechos fundamentales. Por otra parte, constituye algo así como una norma fundamental dentro de la estructura normativa del orden jurídico, por relación a la cual cabe dirimir la validez de otras normas que lo componen. Finalmente, constituye una de las bases materiales sobre las que se asienta la construcción organizativa del Estado, más concretamente, de ellas se desprenden, como exigencias suyas, el modelo del Estado de Derecho liberal no autoritario; el Estado social y la democracia liberal, no popular. La persona, en virtud de su dignidad, se constituye en el fin del Estado. Cfr. W. Maihofer. “Die Würde des Menscgen als Zweck des Staates”. *ACFS*. 12-2. 1972. Págs. 38, 39 y 59 a 62. Citado por Serna, Pedro. “La dignidad de la persona como principio de derecho público”. *XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Op. Cit. Pág. 373. Spaemann, en alusión al

Estas leyes fundamentales ponen la idea de dignidad humana en la cúspide jurídica y política del Estado, es decir, han positivizado el principio ético rector de los derechos humanos, y no lo han hecho a modo de expreso de prohibición, facultad u obligación, sino como noción abstracta, motivo por el cual su contenido no está dado por el derecho (que es mero garante), su contenido debe darlo la ética mediante una reflexión filosófica de más alto nivel.¹²⁸

En otra situación se encuentra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pues no se refiere expresamente a la dignidad humana como principio o valor del orden jurídico-político como en los dos ordenamientos antes citados. En el artículo primero del capítulo primero “De las garantías individuales” dice: “...Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. Considero que la mención de dignidad en este artículo es meramente retórica, no es referencial ni mucho menos un valor común de la ética y del derecho. Su

artículo 1º de la LFRFA, señala que el concepto de dignidad es un concepto trascendental como lo es el de libertad, dignidad no indica de modo inmediato un derecho humano específico sino contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano general. La idea de dignidad humana es más antigua que la de derechos humanos. Spaemann, Robert. *Lo natural y lo racional*. Op. Cit. Págs. 93 y ss.

¹²⁸ La abstracción consustancial a los principios y valores constitucionales permite llevar a diversas soluciones materiales constitucionalmente admisibles. La determinación del contenido de una norma ha de realizarse según las convicciones mayoritariamente aceptadas en la sociedad y no según el juicio subjetivo del jurista. Los principios y valores consagrados en la Constitución son causas de incorporación de la ética pública al derecho. La “superioridad” de los valores no se basa en la jerarquía sino en su universalidad (son fundamento de otros valores). Thomas Puig, Petra María. “Valores y principios constitucionales”. *Parlamento y Constitución*. España. No. 5. 2001. Págs. 132 y 143. En <http://dialnet.unirioja.es> Consultada el 23 de enero de 2008. La dignidad es un atributo de la persona en abstracto, no varía en seres de distinta condición, es un atributo igualitario. A este respecto afirma Robert Alexy que el catálogo de derechos fundamentales en relación con las demás regulaciones materiales de la Constitución constituyen, al menos en el sistema jurídico alemán, la obra de regulación con menor densidad regulativa, pero al mismo tiempo son las que presentan mayor vaguedad. Una normación, por más vaga que sea, si cuenta con un amplio consenso respecto a la materia que regula no provoca mayores discusiones; pero si a la vaguedad se le suma disenso, entonces está abonando el terreno de una amplia polémica. Sostiene que este es el caso de los derechos fundamentales y como ejemplo refiere los conceptos de dignidad, libertad e igualdad. Esta vaguedad normativa ha sido de alguna forma reducida por las jurisprudencias del Tribunal Constitucional Federal sin que se pueda decir que se haya eliminado. Para él no es posible una adecuada dogmática de los derechos fundamentales sin una teoría de los principios, además intenta mostrar que la positivización de los derechos fundamentales, que rigen para todos los poderes del Estado, constituye una apertura del sistema jurídico frente al sistema moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales. Véase. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. Cit. Págs. 21 a 25.

aparición parece ser fortuita sin que se pueda apreciar su alcance y estimación en el sistema jurídico.

La razón parece ser la siguiente: La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 constituye la piedra angular de la dignidad humana como fundamento ético de los derechos humanos positivizados, los derechos consagrados en ella son derechos de igualdad. A partir de esa declaración la dignidad humana es consagrada como valor no sólo en las Constituciones, sino también en todo tipo de instrumentos internacionales, por ello todos los máximos ordenamientos que son posteriores a ella adoptan este modelo, tal es el caso de Alemania y España, entre otros.

La historia de la Constitución de México es diferente pues su redacción atiende a los ideales liberales a que surgen a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que como tal, se ocupa más de otorgar o reconocer ciertas libertades a los hombres que establecer una fundamentación del sistema valorativo del Estado de Derecho, es decir, los derechos que ella contiene son derecho de libertad. Muestra de esto es que en el texto original de la Constitución de 1917 no se menciona en ninguna ocasión la palabra dignidad, el párrafo tercero del artículo primero transcrito en las líneas que anteceden fue introducido por Decreto publicado el 14 de agosto de 2001 en el Diario Oficial de la Federación, directamente relacionado con las reformas en materia indígena.¹²⁹

Sin embargo, las múltiples reformas constitucionales se abocan más a la estructura político-administrativa del Estado y a la técnica jurídica de las normas que en establecer principios éticos mínimos y comunes a partir del cual se pueda, por un lado, establecer el fundamento tanto el sistema político como jurídico y, por otro, permita que la persona actúe libre y responsablemente no sólo en el aspecto político, sino también individual.¹³⁰

¹²⁹ En http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_151_14ago01.doc Consultada el 18 de febrero de 2008.

¹³⁰ Hoy más que nunca son evidentes los conflictos que se suscitan a partir de la excesiva regulación jurídica y la exacerbada confianza de que el derecho o, mejor dicho, de que la ley ha de resolver los problemas sociales en materia económica, científica, ambiental... en nuestro país. El más alto ordenamiento jurídico debe apostar por la vinculación de la ética y el derecho, no porque se pretenda positivizar todo valor moral a modo dictatorial, sino porque esta vinculación permite que la persona se responsabilice de sus acciones, de que aprenda a tomar decisiones por sí misma, de que se sienta comprometida de un análisis personal de las consecuencias de sus actos, dejar toda esta carga al derecho

Veamos ahora cómo se han desenvuelto los máximos tribunales en esta materia. El Tribunal Constitucional de España¹³¹ ha emitido algunas sentencias en los últimos años en las que ha hecho referencia a la dignidad humana, éstas han sido principalmente en cinco sentidos. El primero, la considera como el fundamento del orden jurídico al ser un *minimum* invulnerable que todo orden jurídico debe asegurar.¹³² El segundo, con mayor frecuencia que el anterior, la muestra como referencia y fundamentadora de los derechos humanos.¹³³ El tercero, advierte su carácter universal.¹³⁴ El cuarto, la concibe como garantía o valor.¹³⁵ Y, el quinto, expresa su condición de observancia obligatoria para el legislador.¹³⁶

como se ha hecho sólo propicia el colapso del mismo provocando inobservancia, descontento social y una generalizada desconfianza por las instituciones políticas. El impresionante crecimiento del aparato legislativo ha hecho creer a una gran parte de la población que todo lo normativo está legislado, y que la moral ahora se expresa mediante ordenamientos jurídicos, encontrándonos, en consecuencia, en lo que Diego Gracia denomina “politeísmo del derecho” provocando consecuencias socialmente graves ya que el derecho nunca podrá suplantar o sustituir a la ética.

¹³¹ En <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html> Consultada el 28 de enero de 2008.

¹³² Sentencia 91/2000, fundamento 7, aprobada el 30 de marzo de 2000.

¹³³ Sentencia 98/2000, fundamento 5, aprobada el 10 de abril de 2000; Sentencia 186/2000, fundamento 6, aprobada el 10 de julio de 2000; Sentencia 139/2001, fundamento 4, aprobada el 18 de junio de 2001; Sentencia 156/2001, fundamento 3, aprobada el 2 de julio de 2001; Sentencia 46/2002, fundamento 4, aprobada el 25 de febrero de 2002; Sentencia 82/2002, fundamento 4, aprobada el 22 de abril de 2002; Sentencia 99/2002, fundamento 6, aprobada el 6 de mayo de 2002; Sentencia 218/2002, fundamento 3 aprobada el 25 de noviembre de 2002; Sentencia 14/2003, fundamentos 4 y 5, aprobada el 28 de enero de 2003; Sentencia 127/2003, fundamento 6, aprobada el 30 de junio de 2003; Sentencia 196/2004, fundamento 2, aprobada el 15 de noviembre de 2004; Sentencia 25/2005, fundamento 6, aprobada el 14 de febrero de 2005; Sentencia 233/2005, fundamento 4, aprobada el 26 de septiembre de 2005; y Sentencia 281/2006, fundamento 3, aprobada el 9 de octubre de 2006. Pedro Serna considera que la consagración del principio de dignidad por el Tribunal Constitucional de España no es más que una declaración general, con más utilidad retórica que jurídica en sentido estricto. La protección de la dignidad acaba siempre dirigiéndose a los derechos fundamentales de tal modo que, en lugar de operar como pauta hermenéutica de los derechos, parece que éstos se conciben como determinadores de aquella. Serna, Pedro. “La dignidad de la persona como principio de derecho público”. *XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Op. Cit. Págs. 381 y 384. Como lo he mencionado antes la dignidad es *referencial*, por ende, no debe extrañar que al momento en que se le quiere atribuir un contenido material vaya acompañada de un derecho fundamental del cual ella es fundamento, esto sólo evidencia que las circunstancias concretas y particulares son las que permiten dar contenido a la dignidad, lo difícil en todo caso y en lo ha de preocupar de verdad, es el tipo y calidad argumentación y deliberación que se utilice en este proceso.

¹³⁴ Sentencia 13/2001, fundamento 7, aprobada el 29 de enero de 2001; y Sentencia 82/2006, fundamento 2, aprobada el 13 de marzo de 2006.

¹³⁵ Sentencia 99/1985, fundamento 2, aprobada el 30 de septiembre de 1985; Declaración 1/2004, fundamento 3, aprobada el 13 de diciembre de 2004; y Sentencia 82/2006, fundamento 2, aprobada el 13 de marzo de 2006.

¹³⁶ Sentencia 181/2000, fundamento 9, aprobada el 29 de junio de 2000; y Sentencia 222/2004, fundamento 5, aprobada el 29 de noviembre de 2004.

Existe una emblemática sentencia en la que ese tribunal da una definición de dignidad, situación no muy común en cualquier tribunal constitucional. La define como un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general.¹³⁷ Esta definición se completa con otra sentencia del mismo tribunal la cual sostiene que la dignidad humana se constituye como el fundamento del orden político y de la paz social que obliga a todos los poderes públicos a su respeto y protección, constituye un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar teniendo presente que en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad humana permanece inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre.¹³⁸

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, por su parte, se ha pronunciado en el sentido de que el citado artículo primero figura entre los principios básicos de la Constitución y considera a la dignidad humana como el valor jurídico supremo¹³⁹ dentro del orden constitucional.¹⁴⁰ El contenido en todo caso depende del caso concreto, pues

¹³⁷ Sentencia 53/1985, fundamento 8, aprobada el 11 de abril de 1985. Esta definición parece coincidir con el planteamiento de MacCormick cuando habla del principio de ausencia moral donde afirma que respetar la autonomía de las personas en tanto que seres morales no sólo es un valor moral, sino un requisito previo a la moralidad misma. Por tanto, la obligación moral de respetar la personalidad moral en todas sus manifestaciones implica: Respetar nuestra propia personalidad moral y la de los demás. Las exigencias de moralidad son exigencias de respeto hacia mí mismo y hacia los demás, ambas están relacionadas. Si no fuese obligatorio respetarme a mí mismo, ¿por qué habría de ser obligatorio para los demás tratarme como un ser merecedor de respeto? Y ante las preguntas centrales de su artículo: ¿Qué principios morales deberían de observarse en el ejercicio del poder del Estado? Y ¿hasta qué punto, si cabe, debería utilizarse la ley para la consecución de valores morales? Concluye, a modo de John Stuart Mill, con lo siguiente: La única exigencia de moralidad que es permisible imponer son las exigencias de respeto a las personas que conciernen a otros. Véase *En contra de la ausencia de fundamento moral*. En MacCormick, Neil. *Derecho legal y social democracia*. Técnos. Madrid. 1990.

¹³⁸ Sentencia 120/1990, aprobada el 27 de junio de 1990.

¹³⁹ El profesor Pablo Lucas, es partidario de la idea que aquí se sostiene al asegurar que la dignidad de la persona es un supervalor o un valor supra constitucional y que su ausencia en las constituciones impide concebir los derechos y libertades puesto que les faltaría una adecuada fundamentación. Cfr. Lucas Verdu, Pablo. *Estimativa y política constitucionales*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM. Madrid. 1984. Págs. 122 y 123. En Ríos Álvarez, Lautario. “La dignidad de la persona”. *XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Op. Cit. Pág. 49. En esta misma postura, el profesor Luis Sánchez dice que el respeto a la dignidad humana es la base del derecho, y que un Estado de Derecho significa no sólo que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sino que este ordenamiento jurídico debe realizar lo que es adecuado para que la persona tenga su plena dignidad y pueda desarrollar libremente su personalidad. Sánchez Agesta, Luís. *Sistema político de la Constitución Española de 1978*. Nacional. Madrid. 1984. Págs. 90, 91 y 101. En Ríos Álvarez, Lautario. “La dignidad de la persona”. *XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Op. Cit. Pág. 50.

¹⁴⁰ Cfr. Münch, Ingo Von. “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. España. Año 2. No. 5. Mayo-agosto de 1982. Págs. 9 a 34. Ese autor, al estudiar el significado de la dignidad humana en la LFRFA, hace referencia a ella como un derecho fundamental

como presupuesto jurídico abstracto las circunstancias del caso permitirán integrar los métodos de interpretación jurídica con su exhaustiva reflexión ética.

En el caso de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado realmente pocas tesis y jurisprudencias relacionadas con la dignidad humana, en ellas se le atribuyen los siguientes sentidos: Como una característica inherente al hombre y a la mujer íntimamente unida a sus derechos y libertades,¹⁴¹ también se alude como fundamento de garantías o derechos,¹⁴² además es considerada como derecho fundamental¹⁴³ o con un carácter referencial.¹⁴⁴

Para Carlos Nino¹⁴⁵ son tres los principios cuya combinación derivan los derechos humanos fundamentales: La inviolabilidad de la persona, que niega la posibilidad de imponer sacrificios a un individuo sólo porque así se beneficie a otro u otros, de tal forma que se debe tomar en cuenta la voluntad del individuo sin que se convierta en el elemento final de justificación moral; la autonomía de la persona, que privilegia el derecho de cada uno a adoptar su plan de vida y el modelo de excelencia que le plazca y; el principio de la dignidad de la persona, que prescribe tratar a los hombres de acuerdo a sus voliciones.

El papel de la dignidad humana en el ámbito constitucional y, por ende, rector de los derechos humanos establece directamente la obligación para el Estado de proteger y garantizar esa dignidad en dos sentidos: Primero, del ataque externo, es decir, de otro sujeto o del mismo Estado¹⁴⁶ y; segundo, del ataque interno, es decir, acciones u

el cual para ser interpretado requiere de discusiones interdisciplinarias y expone las múltiples consecuencias de esa interpretación, por ejemplo, en la economía. Analiza la actuación del Tribunal Constitucional Federal en relación con la dignidad humana en tema como el aborto y la eutanasia. Concluye en que es imposible determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad de la persona humana; en cambio, sí es posible saber cuándo se está vulnerando.

¹⁴¹ *Garantía de no discriminación. Su protección constitucional.* Novena época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI. Agosto de 2007. Pág. 639.

¹⁴² *Derecho al mínimo vital. Constituye un límite frente al legislador en la imposición del tributo.* Novena época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV. Mayo de 2007. Pág. 792.

¹⁴³ *Presunción de inocencia. Alcances de ese principio constitucional.* Novena época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV. Mayo de 2007. Pág. 1186.

¹⁴⁴ *Igualdad. Casos en los que el juez constitucional debe hacer un escrutinio de las clasificaciones legislativas.* Novena época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX. Diciembre de 2004. Pág. 361.

¹⁴⁵ Véase Nino, Carlos Santiago. Op. Cit. Págs. 199 a 301.

¹⁴⁶ El deber del Estado de *respetar* la dignidad de la persona humana significa que el Estado ha de omitir todas aquellas medidas estatales que se dirijan contra la dignidad de la persona humana. De modo diverso, el compromiso del Estado de proteger la dignidad de la persona humana significa que el Estado

omisión del sujeto contra sí mismo. Esta afirmación se encuentra en el debate ético y jurídico actual, sobre todo en lo que se refiere al segundo sentido. Antes el Estado en una postura paternalista establecía los parámetros entre la dicotomía bueno/malo; sin embargo, con el pluralismo ideológico, la democracia y las libertades políticas la intervención del Estado en este sentido parece replantearse. En otras palabras, el contenido *ser digno* y *hacerse digno* no es más una función política o jurídica,¹⁴⁷ sino ética y que, por tanto, involucra al sujeto tanto en la toma de decisiones o con en sus consecuencias. Dignidad es una noción prejurídica general (el derecho sólo la reconoce)¹⁴⁸ a partir del cual se construye todo el sistema de los derechos humanos, el contenido o sentido de este concepto no esta en una norma jurídica, ni siquiera en una norma moral o ética, su alcance es siempre particular, por ejemplo, cuando el legislador elabora o modifica una ley (concreta) o el juez que valora y resuelve un caso (concreto).¹⁴⁹

Así pues, la función jurídica de la dignidad humana consiste en fijar los límites del derecho positivo al ser la columna vertebral del sistema jurídico y, por tanto, de la función legislativa, de igual forma ha de ser el fin supra jurídico de las resoluciones judiciales. De esta manera, la función de la dignidad es doble ético-jurídica y jurídico-constitucional.

ha de impedir ataques a la dignidad originados en terceras personas, sobre todo, en personas privadas. Münch, Ingo Von. Op. Cit. Pág. 24. El derecho a la dignidad, explica Pérez Luño, tiene dos vertientes: Por un lado, constituye una “garantía negativa” en cuanto impone la obligación al Estado y a los particulares abstenerse de atacar la dignidad humana y, por el otro, una “garantía activa” en el sentido de afirmar positivamente el desarrollo integral de la personalidad individual. Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op. Cit. Pág. 318. Como ejemplo está el artículo 1 LFRFA: “(...) (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”.

¹⁴⁷ El derecho fundamental de la dignidad de la persona humana tampoco es limitable por ley. Von Münch, Ingo. Op. Cit. Pág. 32.

¹⁴⁸ Artículo 1 LFRFA: “(...) (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo (...)”. Y artículo 10 CE: “(...) 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España (...)”.

¹⁴⁹ Norbert Hoerster, desde una ideología positivista, considera que la noción de dignidad humana desemboca a menudo en un tema ético donde pueden existir diversas respuestas en relación a las diferentes doctrinas morales y las apreciaciones subjetivas de los operadores de la Constitución, afirma que es una fórmula necesariamente vacía que desemboca en una cuestión de valoración, que cuando no está definida específicamente por el legislador, constituye un cheque en blanco para las decisiones valorativas personales del juez. Véase Hoerster, Norbert. *Acerca del significado del principio de la dignidad humana*. En Pedro Sagues, Nestor. “Dignidad de la persona e ideología constitucional”. *XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Op. Cit. Págs. 63 a 65.

CAPÍTULO 2

LA LIBERTAD Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.

Sumario: **2.1** La autodeterminación del individuo a partir de la libertad negativa de Mill. **2.2** El conocimiento de los fines individuales y la delimitación de la coacción como posibilidad de libertad en Hayek. **2.3** El Estado mínimo y el principio de compensación de Nozick. **2.4** El poder coactivo del derecho frente a la libertad individual. **2.5** La autonomía de la persona como principio ético-jurídico.

CAPÍTULO 2

LA LIBERTAD Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.

*“Qué es la ética sino la práctica de la libertad,
la práctica reflexiva de la libertad”.*

Foucault

En el capítulo anterior he hecho referencia a una postura filosófica de gran importancia cuando se discuten muchos de los temas propios de la bioética, aquella que apela a la dignidad humana como momento primigenio a toda reflexión ética o jurídica.

La dignidad humana se presenta como un *prius* que se impone con especial vigor para resaltar la excelencia ontológica de la persona y, en consecuencia, promover valores morales que la soporten y, además, dotarla de protección por medio de normas jurídicas.

Se ha insistido que la persona no sólo *es* digna, sino también tiene la grandiosa posibilidad –y obligación moral– de *hacerse* digna a través de su actuar. En este contexto la libertad va más allá de ser una facultad de elección de alternativas en el mundo o en el entorno, es la manera más genuina que tiene el ser humano de constituirse a sí mismo en la realidad. Es la libertad la forma de dar contenido a su ser.

Como se ha evidenciado hasta ahora, en el tema de las voluntades anticipadas la dignidad humana ocupa el lugar central de la reflexión ético y jurídica porque los valores, principios y reglas tienen su fundamento y destino en ella, es por ello que las decisiones que toma cada persona en relación con su vida, su salud y sobre su futuro en general han de respetar ese metavalor o metanorma, es decir, la acción individual y social no puede vulnerar la dignidad ya sea propia o de otro. En este caso, el ser humano es libre porque es digno, y el ejercicio de esa libertad ha de dirigirse hacia lo que

considere bueno para sí mismo en base a un fundamento racional que justifique ese comportamiento.

Con el propósito de estudiar y confrontar dos posturas opuestas en relación a las voluntades anticipadas, en este capítulo abordaré la libertad que tiene una persona para decidir sobre sí misma entendida como el fundamento último de la actuación humana. Es decir, en contraposición al capítulo anterior –en el que se postula la dignidad como supervalor o metanorma–, pretendo exponer las teorías que promueven la libertad como el valor ético y jurídico máximo que ha de orientar y justificar toda decisión personal en relación a la salud, a la vida y a la muerte.

2.1 La autodeterminación del individuo a partir de la libertad negativa de Mill.

Con el objeto de hacer un breve análisis de las teorías éticas que fundamentan la autonomía personal o la autodeterminación y de buscar argumentos que permitan aplicar el pensamiento liberal a las voluntades anticipadas, en primer lugar me he de referir a las contribuciones que el filósofo, político y economista inglés John Stuart Mill ha hecho a este respecto sin pretender extender innecesariamente este apartado en explicar detalladamente toda su teoría moral.

John Stuart Mill (1806-1873) es reconocido como uno de los grandes teóricos del utilitarismo del siglo XIX gracias a la esmerada formación intelectual que desde su temprana infancia le fue proporcionada por su padre James Mill el cual tuvo relación muy cercana con Jeremy Bentham y con David Ricardo.

Mill fue separado de los demás niños por su padre porque los consideraba educados menos racionalmente. Esta separación le llevó a convivir sólo con sus hermanos marcando en él un carácter excesivamente serio y sombrío.

En su educación tuvieron prioridad las ciencias naturales, la literatura clásica y muy poco de poesía; se suprimió la religión, la metafísica y todo aquello que Bentham había considerado obra de la idiotez o error humano; a los cinco años sabía griego y a los nueve algebra y latín. De esta forma se aniquiló su capacidad emocional a cambio de una capacidad intelectual sobredesarrollada.

En su primera juventud experimentó una crisis, una parálisis de la voluntad y una terrible desesperación, en ese momento sintió que no había motivos suficientes para vivir deseando la muerte. Pero al leer una historia en las memorias del francés Marmontel se soltó a llorar convencido que era capaz de sentir emociones. A partir de ese momento mantuvo la validez de sus creencias filosóficas, pero su concepción del hombre cambió, siguió convencido de que la felicidad era el único fin de la existencia humana, pero la valoró de una forma distinta a la de sus educadores, es decir, no valoró tanto la racionalidad ni la satisfacción, como lo hizo con la diversidad, la plasticidad, la plenitud de la vida, la espontaneidad y la singularidad del hombre. Odiaba y temía la mezquindad, la uniformidad, la persecución y la opresión.

En Bentham el individualismo era un dato psicológico, mientras que para Mill era un ideal. La felicidad consiste en la realización de los deseos cualquiera que éstos sean. En su obra *Utilitarianism*¹⁵⁰ publicada en 1861, Mill establece que cuando dos

¹⁵⁰ Mill, John Stuart. *Utilitarianism and On liberty*. 2a ed. Blackwell. EEUU. 2003. Como se ha dicho antes, no es objetivo de este apartado el estudio de la ética utilitarista ni de la teoría jurídico-política de Mill, sin embargo, es necesario citar algunos de los elementos de su doctrina moral con el propósito de comprender mejor su idea de libertad. En *Utilitarianism*, Mill establece que el fundamento moral de la utilidad es el principio de mayor felicidad, las acciones son correctas en la medida en que tienden a promover la felicidad, e incorrectas cuando tienden a producir lo contrario a la felicidad. Por felicidad se entiende el placer y la ausencia de dolor; por infelicidad, el dolor y la falta de placer. Este principio tiene como fin último una existencia libre. La utilidad no incluye sólo la búsqueda de la felicidad, sino la mitigación de la infelicidad. Mill deduce sin mucha precisión lógica que la felicidad es lo que desean todos los hombres y que, por tanto, eso mismo la hace ser deseable. Este razonamiento ha sido blanco de infinidad de críticas, la más destacada se ha conocido como la “falacia naturalista” que Moore hace en su libro *Principia ethica* de 1903 en el sentido de manifestar la imposibilidad lógica de derivar ningún juicio de valor relativo a lo que es deseable a partir de un enunciado descriptivo referente a lo que es deseado, es decir, este paso del *es* al *debe* lejos de ser una proposición ética es una tautología (el *debe* está contenido en el *es*). Lo deseable, para Mill, no es igual a todo aquello que cualquier individuo o conjunto de individuos tenga a bien desear, sino que lo deseable, aunque no lo exprese claramente, se confunde con aquello que los hombres más desarrollados desean. La felicidad es una conquista humana (por ejemplo, un dictador sabio y benévolo no es capaz de proporcionarla), es fruto del desarrollo de las capacidades de autogobierno y de participación en la vida pública; la vida es una obra de arte en la que cada quien ha de asumir el papel más activo posible en la determinación de su propio ámbito de actuaciones. La felicidad supone sujetos activos que despliegan sus capacidades y no son meros receptores de estímulos. De tal modo, que el método de la ética es el del arte o la práctica en general, ya que el arte examina la combinación de circunstancias y posibilidades humanas, declara que el fin es o no realizable, determinar que la consecución del fin determinado es deseable (premisa mayor); en tanto que la ciencia suministra la proposición de que por medio de la realización de determinadas acciones se alcanzará el fin (premisa menor) y; a partir de esto, el arte concluye que la realización de tales acciones es deseable y, comprobando que es posible, convierte el teorema en principios generales. Éstos, junto con las conclusiones que de ellos se deriven, formulan el cuerpo doctrinal que constituye propiamente el arte de vivir en sus tres aspectos: Moralidad, prudencia y estética. Los principios generales deben conducir a la promoción de la felicidad humana así, la felicidad es el principio último de la teleología. Para Esperanza Guisán, *El utilitarismo y Sobre la libertad* no obedecen a momentos distintos en el pensamiento de Mill, más bien son complementarias para comprender su filosofía. El utilitarismo de Mill es una síntesis

principios secundarios entran en conflicto se hace una llamada directa a un primer principio que es el de utilidad; de este modo, la libertad se somete a la máxima de utilidad.¹⁵¹ Apela a la tolerancia como forma de expresión de las ideas, ya que sin algún sentimiento de simpatía no existe ninguna convicción profunda, y sin ésta no se puede hablar de fines en la vida.

En el campo de los asuntos humanos (ética, política, religión, historia...) solamente existe la probabilidad, no prevalece ninguna certeza científica, nada puede ser establecido racionalmente, es decir, sin tomar en consideración los deseos y los impulsos.

En su obra *On liberty*¹⁵² publicada en 1859 se aboca al estudio de la libertad entendida principalmente como ausencia de coerción u opresión en los actos humanos.¹⁵³ Inicia diciendo que el objeto de su ensayo no es el libre arbitrio, sino la libertad social o civil, es decir, la naturaleza y límites del poder que se puede ejercer legítimamente sobre el individuo.

atinada y apretada del legado clásico de la filosofía griega que conjuga la virtud y la felicidad junto con las aportaciones de la ilustración: Igualdad, libertad y fraternidad; además, es loable la recuperación que hace de los sentimientos de los “subjetivistas” para conjugarlos con el mundo de la racionalidad donde se elaboran metas y fines genuinamente humanos. Cfr. Introducción de Esperanza Guisán, en Mill, John Stuart. *El utilitarismo*. Trad. Esperanza Guisán. Alianza. Madrid. 2002. Págs. 10 y ss. Francisco Vergara, hace ver que en Mill felicidad y satisfacción no tienen la misma significación; la segunda, supone tener solamente un tipo de placer, es el estado mental después de haber satisfecho un deseo; en tanto que la felicidad, según la doctrina utilitaria, es tener toda una vida llena como sea posible de estados mentales agradables: Placeres, diversiones, regocijos, etc. Véase Vergara, Francisco. *John Stuart Mill y el utilitarismo; entre los mitos y la realidad*. En Escamilla Castillo, Manuel (ed.). *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*. Universidad de Granada. España. 2004. Págs. 273 y ss.

¹⁵¹ La utilidad es la fuente última de obligación moral, aquella puede invocarse para decidir entre derechos y obligaciones cuando las demandas de ambos son incompatibles. No hay sistema moral alguno dentro del cual no se originen casos de obligaciones conflictivas. Sólo cuando aparecen principios secundarios en conflicto hay que recurrir a primeros principios. No hay ninguna obligación moral que no implique algún principio secundario. Mill, John Stuart. *Utilitarianism and On liberty*. Op. Cit. Págs. 201 y 202. Al efecto cabe señalar que Bentham, mentor intelectual de Mill, con el principio utilitario trata de desacreditar la noción de los derechos naturales como fundamento de la teoría del derecho (como lo hiciera Hume con la noción de contrato social como fundamento de la teoría del estado), ya que los consideraba como la puerta de entrada de la subjetividad al terreno político-jurídico.

¹⁵² Mill, John Stuart. *Utilitarianism and On liberty*. Op. Cit.

¹⁵³ En la edición en castellano de *On liberty*, Isaiah Berlin en forma de prólogo hace un estudio de la obra de Mill resaltado algunos de sus elementos teóricos haciendo una especial crítica a algunos de ellos. Berlin considera que realmente la aportación de Mill en el tema de la libertad es solamente en el sentido negativo de ésta, solamente relativa al ámbito político. Véase Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*. Trad. Pablo de Azcárate. Alianza. Madrid. 1969. Págs. 9 a 49. Sin embargo, Semmel sostiene que esta obra de Mill es una defensa manifiesta del sentido positivo de la libertad entendida como autorealización en línea con la moral intuitiva de los idealistas alemanes. El sentido positivo y negativo de la libertad lejos de excluirse, se complementan. Cfr. Semmel, B. *John Stuart Mill and the pursuit of virtue*. New Haven-Yale University Press. EEUU. 1984. Págs. 166, 167, 196 y 197. En Caruncho Michinel, Cristina. *Sobre la libertad. A propósito de la obra de John Stuart Mill*. Eris. España. 1999. Pág. 124.

A modo de introducción relata que la lucha entre libertad y autoridad ha sido el rasgo más característico de la historia, principalmente de Grecia, Roma e Inglaterra en donde se consideraba al poder de los gobernantes como necesario pero también altamente peligroso. Esto obligó a los patriotas a limitar el poder del gobernante mediante dos formas: obteniendo ciertas libertades o derechos políticos y estableciendo frenos constitucionales en ciertos actos en los que el gobernante requería el consentimiento de la comunidad. Habla y critica también la tiranía del pueblo cuando la mayoría trata de oprimir a una parte de sí mismo.¹⁵⁴

Como preámbulo a la formulación de su teoría, sostiene que en Inglaterra hay un gran recelo contra la directa intervención del legislativo o del ejecutivo en la vida privada, no tanto por una justificada consideración hacia la independencia individual, como por la costumbre de ver en el gobierno el representante de un interés opuesto al público.¹⁵⁵ La costumbre impide la duda y el cuestionamiento de las reglas de conducta impuestas a la humanidad por medio de la ley o de la opinión pública, no se cree necesario dar razones ni a los demás ni a mí mismo. La gente está acostumbrada a creer y los que aspiran al título de filósofos animan a creer.¹⁵⁶ Estas palabras son de gran significación para entender su pensamiento ya que en su concepción de libertad no tienen cabida ni la opresión como guía “arbitraria” de comportamiento, ni la costumbre

¹⁵⁴ Mill en *On Liberty* sostiene que la tiranía de la mayoría se incluye ya dentro de las especulaciones políticas como uno de los males contra los que la sociedad debe mantenerse en guardia. Cfr. Mill, John Stuart. *Utilitarianism and On liberty*. Op. Cit. Pág. 90. Mill advierte que el demócrata debe estar constantemente en alerta contra su más terrible enemigo, la tiranía. Para afrontar esta lucha debemos desenmascarar todos los posibles disfraces del tirano, porque tan tirano es el déspota que gobierna en solitario una nación, como la costumbre o la tradición acrítica que esgrime la masa humana y a través de la cual se prohíbe la innovación, el cambio y la originalidad. Caruncho Michinel, Cristina. Op. Cit. Pág. 82. En este sentido, Mill al considerar que la tiranía no sólo proviene de los funcionarios políticos, expresa que se necesita también protección contra la tiranía de opinión y sentimiento prevalecientes, contra la tendencia de la sociedad a imponer, por medios distintos a las penas civiles, sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta a aquellos que disientan de ellas; a ahogar el desenvolvimiento y, si fuera posibles, a impedir la formación de individuos originales y a obrar a todos los caracteres a moldearse sobre el suyo propio. Cfr. Mill, John Stuart. *Utilitarianism and On liberty*. Op. Cit. Págs. 90 y 91.

¹⁵⁵ Su obra *On liberty* no es considerada como una teoría moral, de hecho muy pocas veces usa el término “moral”, conscientemente quizá para manifestar su marcado interés de tratar a la libertad individual frente al poder del Estado al que él prefiere denominar “Gobierno” y no como un elemento o condición para la vida moral del individuo. También a lo largo de su obra habla genéricamente de “poder” para con ello significar el poder estatal de interferencia o intromisión en la vida privada de los individuos.

¹⁵⁶ Según Mill, conformarse a una costumbre meramente como costumbre no educa ni desarrolla ninguna de las cualidades que son atributo del ser humano, impide que se ejerciten capacidades como la de elección ante la multiplicidad y entereza ante las consecuencias de la elección.

como pérdida de individualidad y, por tanto, resalta la espontaneidad frente a la realidad social.

De esta forma establece la premisa fundamental de su ensayo y que ha de ser el sostén de su teoría, un principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en cualquier tipo de compulsión o control, ya sea legal o moral: El único fin justificable por el cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. En otras palabras, un acto será prohibido en función de la repercusión negativa para otro individuo.

El bien propio de un individuo concreto, ya sea físico o moral, no es justificación suficiente para obligarlo. Nadie puede obligar a otro a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría más feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería lo más acertado o lo más justo; éstas sólo son buenas razones para discutir, razonar o persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente.¹⁵⁷

Cierra el ámbito de aplicación de su teoría a lo que él llama seres humanos con madurez en sus facultades mentales,¹⁵⁸ por tanto, se excluye a los niños y a los que están bajo el cuidado de otro, ya que éstos deben ser protegidos contra sus propios actos así como de daños exteriores.

La intolerancia sólo se podría justificar si la conducta puede producir algún perjuicio a otro, la única parte de la conducta por la que se es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás.¹⁵⁹ Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y sobre su espíritu el hombre es soberano.¹⁶⁰

¹⁵⁷ En *On liberty* Mill considera que tan pronto la humanidad alcanzó la capacidad de ser guiada hacia su propio mejoramiento por la convicción o la persuasión, la compulsión ya no es admisible para alcanzar su propio fin. Mill, John Stuart. *Utilitarianism and On liberty*. Op. Cit. Pág. 95.

¹⁵⁸ La madurez de las facultades consiste en utilizar e interpretar la experiencia a la propia manera de cada individuo. Ibidem. Pág. 133.

¹⁵⁹ En *On Liberty*, Mill asegura que el control externo de la espontaneidad individual sólo se autoriza cuando aquellas acciones de cada uno hacen referencia a los demás. Idem. Pág. 95. En esta misma obra añade que si un hombre ejecuta un acto perjudicial a los demás, hay motivo para castigarle conforme a la ley, o bien por medio de la desaprobación general. Ibidem. Pág. 96. Esta idea está presente en toda su filosofía, ya que en su obra posterior *Utilitarianism* sostiene que las reglas morales que prohíben que unos causen daño a otros son más vitales para el ser humano que ninguna otra máxima por importante que sea

Éstos son los postulados básicos de su teoría que ha de desarrollar en su obra y que han de ser criticados de simples y de poca argumentación, sin embargo, vale la pena revisar su contenido.

El eje de su pensamiento consiste en hacer una irreconciliable división entre la vida privada y la vida pública del individuo.¹⁶¹ De esta forma se configuran dos espacios: El íntimo o individual y el espacio público,¹⁶² el primero, regido por la libertad sin más origen que las convicciones personales y, el segundo, orientado por la protección de los intereses o deseos de los otros ante la posibilidad de daño.¹⁶³

que sólo indique la mejor manera de solventar alguna parcela de la problemática humana. Ibidem. Pág. 231. Conviene hacer una precisión al respecto, Mill señala que no sólo la acción puede causar daño a otro, sino también la omisión, por tal motivo hay actos beneficiosos que la persona está obligada a realizar y que su inejecución puede ser motivo de responsabilidad social. De tal forma, la regla general consiste en hacer responsable a uno por el mal causado a otro y, la excepción, consiste en hacer responsable a uno por no haber prevenido el mal. En ciertos casos, dice Mill, la conciencia del agente debe suplir el lugar vacante del juez.

¹⁶⁰ El elemento principal del argumento de Mill es la defensa del espacio individual ante el control o coerción social, en el ámbito privado el individuo puede autolegislarse hasta el punto que ni siquiera el daño infringido a sí mismo pudiera ser causa de intervención en su conducta. La libertad es así un concepto fronterizo entre el individuo y la sociedad. En el espacio individual la libertad debe ser priorizada no como principio moral sino por razones de utilidad, de tal modo que las interferencias a esa libertad sólo pueden ser por razones de justicia, es decir, el derecho de otro a no ser violada su intimidad. Cfr. Caruncho Michinel, Cristina. Op. Cit. Págs. 48 a 50. Mill en su obra *La esclavitud femenina*, establece que los verdaderos fundamentos de la vida moral en los tiempos modernos son y deben ser la justicia y la prudencia, el respeto de cada uno al derecho de todos y la aptitud para cada cual de cuidar de sí mismo. Cfr. Mill, John Stuart. *De la libertad. Del gobierno representativo. La esclavitud femenina*. Técno. Madrid. 1965. Pág. 443.

¹⁶¹ En el siglo XIX la sociedad se caracteriza por ser una población anónima de personas desconocidas. La actividad pública, como el trabajo y; la vida privada, como la familia, se hallan separadas; la persona en vida privada puede elegir con mayor libertad y autonomía su género de vida. La privacidad es el reducto conquistado y construido por la cultura moderna para la defensa de lo más propio y autónomo, de las señas de identidad personal. Véase Gracia, Diego. *Fundamentos de bioética*. Op. Cit. Págs. 121 a 189. En opinión de Isaiah Berlin, Mill no tiene interés en separar el dominio público del privado, sino más bien en su apasionada creencia que el hombre se hace humano mediante la capacidad de elección para el bien y para el mal. Cfr. Prólogo en Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*. Op. Cit. Págs. 9 a 49. Es exacta la apreciación de Berlin en que Mill a lo largo de su obra no hace una división como tal de vida pública y vida privada como lo haría posteriormente Weber, pero si es de todo evidente que en su obra se sigue ese esquema al abordar el tipo de acciones que se pueden realizar en cada uno de estos espacios. Para Cristina Caruncho, la libertad en sentido negativo como carencia de obstáculos, no sólo justifica y favorece la separación entre vida privada y pública, sino que además condiciona la protección de la primera por la estricta regulación jurídica de la segunda. Cfr. Caruncho Michinel, Cristina. Op. Cit. Pág. 52.

¹⁶² Maximilian Weber en su obra *El político y el científico* hace la misma división de vida privada y vida pública con terminología más precisa que la que utiliza Mill pero indudablemente inspirada en él (convicción/responsabilidad). La primera se caracteriza por una moral privada basada en principios deontológicos, es una moral de la convicción; en tanto la segunda, la moral pública, se rige por criterios puramente teleológicos, es una moral de responsabilidad. Véase Weber, Max. *El político y el científico*. Trad. Raymond Aron. Alianza. Madrid. 2007.

¹⁶³ Para precisar el alcance del término “libertad” se tiene la necesidad, a su vez, de delimitar el concepto de “daño” bajo el cual deben englobarse aquellas acciones cuyas consecuencias directas perjudiquen los intereses y deseos de las otras personas pero, además, la vaguedad de los conceptos “intereses” y

Dos son las principales consecuencias de tal división: El valor que ha de guiar las acciones que se realicen en cada ámbito y, derivado de lo anterior, la evaluación o juicios de valor en torno a ellas.

La libertad, como valor supremo de la vida privada, en aquello que sólo le concierne a la persona, comprende tres cosas: Primero, el dominio interno de la conciencia, la libertad de conciencia exige el más compulsivo de los sentidos de libertad; libertad de pensar y sentir sobre las materias prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas y; libertad de expresa y publicar las opiniones.¹⁶⁴ Segundo, libertad para trazar el plan de vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos,¹⁶⁵ sin que lo impidan

“deseos” determinan la necesidad de establecer algún criterio que delimite su operatividad. El daño a los intereses que Mill llama “cruciales” o “comunes” es la única posibilidad de limitar la libertad individual, es decir, daño implica la transgresión de los que él denomina “deberes de obligación perfecta” o derechos legalmente constituidos. Cabe precisar que los intereses cruciales son aquellos esenciales para los demás, los comunes a toda la sociedad cuya satisfacción va unida a los deberes de obligación perfecta o de justicia (existe correlación entre obligaciones y derechos), por ejemplo, el de seguridad; en tanto que los intereses personales, son actos superogatorios o deberes de obligación imperfecta (sin derechos correlativos). Cfr. Caruncho Michinel, Cristina. Op. Cit. 46, 47, 48, 55 y 56. En *Utilitarianism*, Mill divide los deberes morales en dos clases: Deberes de obligación perfecta y deberes de obligación imperfecta. Los segundos, son aquellos en los que, aunque el acto es obligatorio, se deja a nuestro arbitrio las ocasiones particulares en que ha de realizarse, como ocurre en los casos de la caridad y la beneficencia a que estamos obligados a realizar pero no con relación con determinadas personas ni en un momento determinado; éstos deberes no son correlativos de derechos. En cambio, los primeros, son aquellos que generan un derecho correlativo en alguna persona o personas. Cfr. Mill, John Stuart. *Utilitarianism and On liberty*. Op. Cit. Págs. 222 y 223. Atinadamente Mill sostiene que esta división coincide con la que existe entre la justicia y las demás obligaciones morales, distinción que será tomada por la filosofía actual y, más precisamente, por la bioética contemporánea. En este punto, tal como lo hace ver Manuel Escamilla, la utilidad se confirma como el principio supremo de la moralidad ya que Mill considera que los derechos están indisolublemente ligados a los deberes y que la justicia, que es superior a la ley, está subordinada a la utilidad. Cfr. Escamilla Castillo, Manuel. *La utilidad y los derechos. La pequeña revuelta de John Stuart Mill frente a Bentham*. En Escamilla Castillo, Manuel (ed.). Op. Cit. Pág. 32.

¹⁶⁴ En *On Liberty*, Mill dedica todo un capítulo a la libertad de pensamiento y discusión, hecho que le ha sido criticado por enfocarse principalmente a este aspecto. Señala que impedir la expresión de una opinión es un mal y que muchas veces se debe a que se le califica de antemano una opinión como errónea, pero con tal impedimento se pierde el beneficio de hacer más viva la verdad de la opinión que se tenía por su colisión con el error, o bien cambiar la opinión que se creía verdadera por otra que sí lo es. Para que las opiniones y costumbres falsas cedan a los argumentos y a los hechos, es necesario que se expongan. Resalta el valor de la discusión y de la experiencia para rectificar las propias equivocaciones. Toda época ha sostenido opiniones que épocas posteriores han demostrado ser no sólo falsas, sino absurdas, y las opiniones ahora generalizadas serán rechazadas por épocas futuras.

¹⁶⁵ Mill hace especial hincapié en que el individuo debe ser capaz de hacer un cálculo ponderado, racional y exhaustivo de las consecuencias de sus elecciones, es preciso que él se responsabilice de sus decisiones y para ello es necesario analizar casos particulares, es decir, caso por caso (ésta premisa, entre otras, es opuesta a la de su padre James Mill). Hacer lo que a cada uno le apetece cuando le apetece es algo que rechaza Mill, él busca el cálculo razonado y prudente de placeres, de modo que los sufrimientos y desventajas que acompañan al logro de algunos placeres no sobrepasen las satisfacciones que de ellos se derivan. El pensamiento utilitarismo de Mill recomienda ponderación y prudencia en los juicios a fin de

nuestros semejantes en tanto que no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada. Y, tercero, libertad de reunirse para todos los fines que no sean perjudicar a los demás, siempre que las personas que se asocian sean mayores de edad y no sean forzadas ni engañadas.

Para Mill, no será libre la sociedad cualquiera que sea su forma de gobierno en las que estas libertades antes mencionadas, no estén respetadas y garantizadas en su totalidad. La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto que no privemos a los demás del suyo o les impidamos que lo consigan. Cada uno es guardián natural de su salud física, mental o espiritual. La humanidad gana más consintiendo que cada quien viva a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás.

La acción se debe ejecutar conforme a la opinión que el individuo tenga como verdadera. El deber de los gobiernos y de los individuos consiste en formar opiniones más verdaderas en la medida de lo posible, más no imponerlas a menos que se esté seguro de su certeza. La única manera que tiene el hombre de acercarse al total conocimiento de un objeto es oyendo a personas de distintas opiniones y estudiando todos los modos de que puede ser estudiado.¹⁶⁶ Por tanto, el hábito de corregir y completar la propia opinión y comparándola con la de los demás, lejos de causar duda y vacilación al aplicarla a la práctica, es el único fundamento de sólido de confianza en ella.

La opinión se convierte así en el faro que ha de orientar la conducta humana dentro del campo de la libertad.¹⁶⁷ Según lo que se ha visto, parece que Mill contrapone a las costumbres (uniformes y mezquinas) la opinión como forma de expresar la individualidad u originalidad de la persona, y se ha de buscar que esta opinión sea lo

respetar el libre ejercicio de las actividades de los demás, es decir, por el mismo principio de utilidad la aplicación de una norma no puede quedar al arbitrio de una sola persona.

¹⁶⁶ Vuelve a insistir en esta idea en su obra *Representative government* de 1860 al decir que la única forma de que un ser humano pueda conocer a fondo un asunto cualquiera es la de escuchar lo que pueden decir personas de todas las opiniones y estudiar todas las formas en que puede ser interpretado por hombres de carácter diferente.

¹⁶⁷ En *On liberty* dice que si nunca actuáramos conforme a nuestras opiniones, porque éstas pudieran ser equivocadas, dejaríamos abandonados todos nuestros intereses e incumpliendo nuestros deberes. Mill, John Stuart. *Utilitarianism and On liberty*. Op. Cit. Pág. 101.

más verdadera posible lo cual sólo es posible mediante la discusión con otros que no comparten nuestra opinión.¹⁶⁸ De tal forma la opinión se convierte en convicción.¹⁶⁹

La protección a los otros, como valor supremo de la vida pública, reclama que las acciones que sin justa causa puedan perjudicar los intereses de otro, puedan y deban ser desaprobadas y, cuando sea necesario, por la activa intervención del género humano.¹⁷⁰ Si un individuo se abstiene de molestar a los demás y obra según su propia inclinación y juicio en las cosas que a él solo le confieren, las mismas razones que demuestran que la opinión debe ser libre prueban también que debe serle permitido poner en práctica sus opiniones por su cuenta y riesgo, es decir, bajo su propia responsabilidad.¹⁷¹

Las cosas que no conciernen a los demás forma la individualidad, es decir, aquella parte de la vida en que el propio individuo es el más interesado y cuya regla de conducta es el propio carácter de la persona y no las tradiciones ni las costumbres. Siguiendo la doctrina de Humboldt afirma que todo ser humano ha de dirigir sus esfuerzos en la individualidad de poder y desenvolvimiento, para ello son necesarias dos cosas: La libertad y la variedad de situaciones; de la unión de éstas surge el vigor individual y la diversidad múltiple, las cuales se combinan en la originalidad.¹⁷²

¹⁶⁸ Los hombres y los gobiernos deben proceder lo mejor que les permita su habilidad. *Ibidem*. Pág. 102. Una opinión fuertemente arraigada en el espíritu si no se discute se convierte en un dogma totalmente muerto, la verdad se puede transformar en superstición. *Ibidem* Pág. 114. Hay que colocarse en la posición mental de aquellos que piensan de manera diferente para saber qué es lo que pueden decir en determinado momento, ya que las tres cuartas partes de los argumentos consisten en destruir las apariencias que favorecen al contrario. *Ibidem* Págs. 115 y 116. Cuando la discusión de las más grandes cuestiones que pueden preocupar a la humanidad se considera terminada, no puede esperarse un alto nivel de certidumbre intelectual. *Ibidem*. Pág. 113. En la mente humana, la unilateralidad ha sido la regla, mientras que la pluralidad la excepción. El bienestar de intelectual de la humanidad consiste en la libertad de expresar la opinión.

¹⁶⁹ Cuando la discusión llega a abrirse paso, las creencias que no se apoyan en la convicción con facilidad ceden ante el más ligero argumento. *Ibidem*. Pág. 114.

¹⁷⁰ La verdadera política de protección de intereses exige tanto conocer los intereses de todos y cada uno de los grupos sociales, como armonizar los mismos, de tal modo que su satisfacción gire en torno a la satisfacción del interés general. Esta armonización requiere la habilidad política de reunir en un mismo espacio de diálogo ideal a portavoces altamente cualificados que puedan negociar acuerdos que lo favorezcan, sin por ello perder de vista la importancia de los intereses particulares que tienen la obligación de defender. Cfr. Caruncho Michinel, Cristina. *Op. Cit.* Págs. 83 y 84.

¹⁷¹ La libertad es deseable porque implica que el individuo tome conciencia de la responsabilidad de sus acciones, sólo la persona que ha llegado a un determinado grado de desarrollo moral será plenamente libre. Para Caruncho, esta es una concepción consecuencialista y empírica de la moral, y una concepción positiva, no utópica del hombre. *Ibidem*. Pág. 123.

¹⁷² La originalidad es la única cosa cuya utilidad no comprenden los espíritus vulgares. Actualmente, según Mill, el único poder que merece el hombre es el de las mazas, tanto en las relaciones morales o

Las facultades de percepción, juicio, discernimiento, actividad mental y hasta preferencia moral solo se ejercitan si se hace una elección. Las potencias mentales y morales sólo se mejoran con el uso. El que escoge por sí mismo su plan de vida emplea todas sus facultades, de tal forma que emplea la observación para ver el razonamiento y el juicio para prever la actividad y para reunir los materiales de la decisión, el discernimiento para decidir y, en cuanto ha decidido, la firmeza y el autodominio para sostener su deliberada decisión.¹⁷³

La diversidad de gustos ya es razón suficiente para no imponer a todos el mismo modelo, personas diferentes también requieren diferentes condiciones para su desenvolvimiento espiritual; así como las plantas no pueden vivir en las mismas condiciones físicas, asegura Mill, el hombre no puede vivir en las mismas condiciones morales. La única forma de mejoramiento infalible y permanente es la libertad.

Ésta libertad o individualidad tiene un límite que consiste en no producir actos perjudiciales para otros, que a decir de Mill van en dos sentidos: No perjudicar los intereses de otro (los considerados como derechos)¹⁷⁴ y que cada quien tome parte en el trabajo y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o a sus miembros de todo daño o vejación. Los actos perjudiciales se dividen también en dos: a) Actos perjudiciales a otros o que no tienen en consideración su bienestar sin llegar a afectar sus derechos constituidos en los cuales el ofensor es castigado por la opinión pero no

sociales de la vida privada, como en las transformaciones públicas. Las mazas forman una mediocridad colectiva. Mill, John Stuart. *Utilitarianism and On liberty*. Op. Cit. Págs. 139 y ss.

¹⁷³ La naturaleza humana no es una máquina que se construye según un modelo dispuesto a realizar algo prescrito, sino es un árbol que necesita crecer y desarrollarse por todos lados según las tendencias de sus fuerzas interiores, que hacen de él una fuerza viva. Los hombres no obran mal porque sus deseos o impulsos (que forman parte de un ser humano perfecto) sean fuertes, sino porque sus conciencias son débiles. El que no conoce sus deseos e impulsos es una mera máquina de vapor. En las sociedades primitivas éstos tenían un gran poder y la lucha consistía en el dominio de ellos, sin embargo, en esta época, afirma Mill, el peligro no es el exceso, sino la falta de impulsos y preferencias personales. *Ibidem*. Págs. 134 y ss.

¹⁷⁴ En *Utilitarianism*, Mill dice que siempre ha tratado la idea de derecho como algo que reside en la persona perjudicada y violada por el perjuicio, no como un elemento separable en la composición de la idea y del sentimiento, sino como una de las formas en que ambos elementos se encubren; dichos elementos consisten, por una parte, en el daño causado a alguna persona o personas determinadas y, por la otra, la exigencia de un castigo. Insiste que cuando decimos que algo constituye el derecho de una persona queremos decir que puede exigir, con razón, a la sociedad que la proteja para su disfrute ya sea mediante la ley o por medio de la educación y la opinión pública. Tener derecho es tener algo cuya posesión ha de serme defendida por la sociedad, esto es así por el mismo principio de utilidad. *Cfr. Ibidem*. Págs. 126 y 127.

por la ley y, b) actos perjudiciales que afectan derechos y entonces son castigados por la ley.¹⁷⁵ Fuera de esto existe una perfecta libertad legal y social para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias, porque es obligación de una persona tomar en cuenta todas las circunstancias antes de elegir. Además, insiste en que son menos malos los errores que se pueden cometer en el ejercicio de la libertad comparados con el de imponer lo que se considera más beneficioso para otro. Cuando el deber para consigo mismo significa algo más que prudencia, expresa respeto y desenvolvimiento.

Mill admite plenamente que el mal que se cause una persona a sí misma puede afectar seriamente a través de sus simpatías y de sus intereses a aquellos estrechamente relacionados con él y en menor grado a la sociedad en general. Siempre que exista un perjuicio definido o un riesgo definido de perjuicio, sea para un individuo o para el público el caso se sustrae del campo de la libertad y entra en el de la moralidad o en el de la ley.

El castigo no es el único medio que tiene la sociedad para elevar a sus miembros más débiles al nivel ordinario de una conducta racional, no hay que esperar una conducta irracional para castigarles dice Mill, sino hay que echar mano de la educación.¹⁷⁶ Sin embargo, la función preventiva está más expuesta al abuso en perjuicio de la libertad que la función punitiva.

En relación a la libertad como valor ético-jurídico fundamentador de la autodeterminación de la persona, que se pretende desarrollar en este capítulo, Cristina

¹⁷⁵ Los deberes de obligación perfecta son derechos que garantizan la protección al individuo en aquello que tanto él como la sociedad saben que le pertenece, dado que cualquier acción que viole ese derecho no solo es una violación al pacto prudencial basado en la seguridad y respeto mutuo, sino también una violación a la categoría del ciudadano con identidad jurídico-legal. Caruncho Michinel, Cristina. Op. Cit. Pág. 52.

¹⁷⁶ En la multicitada obra del Mill, *Utilitarianism*, sostiene que sólo la moralidad establecida por la educación y por la opinión pública es la única que se presenta ante la mente como siendo en sí misma obligatoria. Mill, John Stuart. *Utilitarianism and On liberty*. Op. Cit. Pág. 203. Para el uso útil de la libertad social y para lograr la armonización de los intereses particulares a favor del interés general, es necesario e imprescindible, educar al pueblo para que sostenga y defienda el espíritu democrático. Es por ello por lo que la educación en el seno de una teoría democrática, que tenga como fin prioritario el desarrollo de las facultades intelectuales y morales de los ciudadanos, adquiere una notable relevancia en la propuesta ético-política milliana. Caruncho Michinel, Cristina. Op. Cit. Págs. 84 y 85. En relación con este tema, la idea de justicia en *Utilitarianism* supone dos cosas: Una regla de conducta que se supone es común a toda la humanidad y encamina al bien de la misma y, un sentimiento que sanciona la regla, se refiere al deseo de los que los que infringen la regla sufran un castigo; además, en esta obra dedica varias páginas a la idea de castigo como el sentimiento de venganza social por la violación a las reglas de conducta. Cfr. Mill, John Stuart. *Utilitarianism and On liberty*. Op. Cit. Págs. 225 y ss.

Caruncho explica que la libertad positiva es la capacidad del individuo para crear proyectos de acción autónomos y personales, para realizar acciones alternativas, originales, para participar activamente desarrollando su actividad. Este concepto no es posible al margen de la libertad en sentido negativo, es decir, este sentido es condición necesaria para el desarrollo de la libertad positiva y ésta encuentra su límite (legítimo y legal) en aquél.

La idea de que la libertad negativa no supone únicamente la creación y protección de un ámbito de intimidad y privacidad, sino que se abre hacia la necesidad de repensar las pautas de comportamiento individual en la esfera pública, nos obliga a considerar que la abolición de obstáculos e interferencias permite que quienes estén en condiciones de ejercitarlo disfruten la posibilidad de crear y desarrollar libremente sus pautas de comportamiento, las cuales constituyen una dimensión ética, y no política, ya que suponen únicamente el uso de la autonomía de la voluntad y la aceptación de la responsabilidad moral. El desarrollo de la libertad en sentido negativo (libertad política) permite el desarrollo de la libertad positiva (libertad ética); el primero, es condición de estabilidad social y, el segundo, es condición de progreso y evolución.¹⁷⁷

La libertad positiva para Mill es única y exclusivamente ética, cuando plantea el marco político lo hace sobre una esfera pública construida y demarcada en términos jurídicos. Desde el punto de vista ético se eleva la autonomía del sujeto moral orientada hacia un ideal de vida buena, ya que el agente autónomo no debe tener conductas dirigidas por deseo patológicos o compulsiones irresistibles que nublen su racionalidad de tal modo que pueda dictarse sus propias leyes y ser independiente de sus deseos. Al no existir modelo de vida buena ni el imperativo de guiar la conducta hacia un ideal determinado, el respeto y la libertad no tienen ninguna delimitación intrínseca. En consecuencia, en este ámbito ninguna opción es por sí misma mejor que otra, es buena porque se ha elegido libremente. El sujeto autónomo en Mill es un sujeto que se autolegisla su conducta aprendiendo, tras resistirse a la tentación de los deseos fáciles e intereses egoístas, a realizar el cálculo racional de las posibles consecuencias. De este

¹⁷⁷ En la conferencia inaugural del curso académico de 1958 en la Universidad de Oxford, citada por Cristina Caruncho, Isaiah Berlín en su ensayo titulado *Dos conceptos de libertad* refiere que quienes defendieron la libertad positiva derivaron de su tesis un uso político de la misma, provocando la legitimación de una política autoritaria a través de la ética de la autonomía y, que quienes defendieron la ética negativa, mantuvieron la separación radical entre lo público y lo privado, entre lo ético y lo político. Caruncho Michinel, Cristina. Op. Cit. Pág. 110.

modo, la autonomía se constituye a partir del carácter racional del hombre, pero supone además un ejercicio continuo de adiestrarse en lo correcto.¹⁷⁸

Mill apuesta fuertemente por un modelo de libertad positiva, aunque son evidentes las restricciones de su argumento en tal sentido ya que hace una defensa clara y abierta del modelo negativo de la libertad.

En la doctrina liberal e individualista de Mill que apela a la tolerancia y al reconocimiento de los derechos individuales y al respeto y autonomía personal, podemos plantear las siguientes cuestiones: ¿Cuál sería la respuesta de Mill ante la posibilidad real que tiene un individuo de determinar autónomamente, entre otros, los cuidados a proporcionarse en la etapa final de su vida e, incluso, sobre la forma y momento de su muerte? Y, en todo caso, ¿cuál sería el papel de la moral social?

La estructura formal de estos planteamientos se asemejan mucho al ejemplo que cita en *On liberty* acerca del conflicto religioso que representa para los musulmanes el comer carne de cerdo por considerarla carne del “animal sucio”. En efecto, la primera y más categórica respuesta que daría Mill es la de que los miembros de una sociedad no tienen por qué intervenir en los gustos personales ni en los intereses propios de los individuos.¹⁷⁹

Su argumento puede ser usado en dos vías distintas: En primer lugar, una sociedad o un Estado confesional o religioso no puede imponer credos o conductas de este tipo a los individuos porque de hacerlo se vulnera su libertad de pensamiento y autonomía, es decir, no se le puede impedir al individuo que exprese y ejecute su voluntad en lo concierne a sí mismo, a su cuerpo y sobre su espíritu, tampoco se le puede imponer o prescribir que lo haga de una manera diversa a su propia libertad y

¹⁷⁸ El modelo de autonomía de Mill no se identifica con el de Kant. Para este último el individuo es autónomo porque es libre en tanto que es racional, en Mill este concepto simplemente significa razonable. Para comprender el verdadero sentido de autonomía en Mill, Caruncho cita a Macpherson el cual sostiene que una de las tesis que más trascendencia tiene en el marco de las teorías sociales contemporáneas es su concepción de autonomía. Para Mill la autonomía es un derecho básico que tienen las personas para juzgarse por sí mismas entre distintas alternativas y para ser tratadas como agentes morales responsables, este concepto implica que las preferencias de los individuos no pueden ser tratadas como dadas, es por ello que juega un rol central en su teoría de los sentimientos morales. Cfr. MacPherson, C. B. “Mill’s moral theory and the problem of preference chance”. *Ethics*. No. 92. 1982. Pág. 260. En *Ibidem*. Pág. 125.

¹⁷⁹ Mill, John Stuart. *Utilitarianism and On liberty*. Op. Cit. Pág. 156.

responsabilidad; en segundo lugar, una sociedad liberal, un Estado no confesional y democrático que reconoce los derechos humanos, tampoco puede obligar al individuo a manifestar su voluntad en algo que sólo le compete a él hacerlo, es decir, que el individuo exprese de forma anticipada su voluntad relativa a sus cuidados finales y lo relativo a su muerte de ninguna manera puede ser obligatorio para él.

En consecuencia, el deber común de los gobiernos y de los individuos consiste en no imponer opiniones o reglas de conducta que estén dirigidas a restringir la libre elección del individuo, sólo pueden emitir reglas que permitan garantizar el derecho individual de libertad.

En Mill la libertad no implica arbitrariedad, ya que insiste frecuentemente en las opiniones y convicciones del sujeto para un actuar verdaderamente libre. Además, la ponderación de consecuencias de la elección parece ser una habilidad a desarrollar en la que pone especial énfasis a fin de todo individuo sea responsable ante sí mismo o ante los otros en sus decisiones no sólo públicas, sino también privadas.

2.2 El conocimiento de los fines individuales y la delimitación de la coacción como posibilidad de libertad en Hayek.

Friedrich August von Hayek (1899-1992) nace en Viena en el seno de una familia apasionada por las ciencias naturales, participa en la Primera Guerra Mundial como parte de su servicio militar y realiza cursos de posgrado en Estados Unidos. Durante su juventud simpatizaba con las ideas sociales fabianas, con el objeto de trabajar a favor de una reforma social y una sociedad más justa, evitando la explotación y la miseria provocadas por el capitalismo.

Hayek empieza a trabajar con el economista Ludwig von Mises¹⁸⁰ de la Escuela Austriaca a pesar de estar en desacuerdo con sus propias ideas del socialismo moderado. Años más tarde organizaron el Instituto Austriaco de Investigación Económica. Este periodo fue de gran evolución intelectual para Hayek, pues Mises hizo que se apartara

¹⁸⁰ Para ver algunos de los aspectos en que se especializaba Mises y que influyeron en el perfil ideológico de Hayek véase Velarde, Caridad. *Hayek. Una teoría de la justicia, la moral y el derecho*. Civitas. Madrid. 1994. Págs. 98 a 108.

de sus ideas fabianas. En 1928 conoce en Londres a Keynes con quien hace amistad y mantiene durante veinte años un debate público y privado sobre la importancia de la moneda. Dos años más tarde fue nombrado profesor de Ciencia Económica y Estadística en la Universidad de Londres, en la que permaneció hasta 1950. Los valores que descubrió en Inglaterra le hicieron que adquiriera la nacionalidad inglesa en 1938, pocas semanas antes de que el ejército alemán invadiese su Austria natal.

En 1944 en una reunión presidida por el economista británico John Clapham en el King's College de Cambridge, Hayek plantea la cuestión de cómo reconstruir los fundamentos teóricos de la sociedad libre olvidados durante la guerra. Él propuso crear una sociedad internacional a fin de encausar energías a tal misión, de tal modo que en 1947 se reunieron en Mont Pelèrin (Suiza) treinta y nueve personalidades del mundo universitario y fuera de él; desde entonces, la Sociedad Mont Pelèrin, como se le ha llamado, ha celebrado reuniones internacionales y regionales casi todos los años en más de doce países.

En 1950 tras el éxito en Estados Unidos de su libro *The road to serfdom* de 1944 se traslada a ese país para ser profesor de Ciencias Morales y Sociales y miembro de la Comisión del Pensamiento Social de la Universidad de Chicago. Cinco años antes de retirarse, es decir, en 1962 Hayek acepta la designación como catedrático de la Universidad de Friburgo.

Su obra *The constitution of liberty*¹⁸¹ publicada en 1960, a la cual me de he de referir principalmente, es considerada como una de las más grandes expresiones del pensamiento político del siglo XX, en ella se expresa que las respuestas a muchos de los acuciantes problemas sociales de nuestro tiempo tienen su base de sustentación en principios que caen fuera del campo de la técnica económica o de cualquier otra disciplina aislada, por ello pretende abordarlos con mayor amplitud desde los principios básicos de la filosofía de la libertad.¹⁸²

¹⁸¹ Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Routledge & Kegan Paul. London. 1963.

¹⁸² En el último capítulo de esa obra titulado *Por qué no soy conservador*, Hayek sostiene que su postura puede calificarse como conservadora, sin embargo, ésta no corresponde con lo que tradicionalmente se ha entendido bajo esa denominación. Dice que el liberalismo nunca se ha opuesto a la evolución y al progreso, que incluso es allí donde el desarrollo libre y espontáneo se halla paralizado por el intervencionismo, lo que el liberal desea es introducir drásticas y revolucionarias innovaciones. También considera dificultoso calificar su postura como liberal dado el significado se suele darse a ese término a

*Law, legislation and liberty*¹⁸³ publicada en tres tomos en los años 1973, 1976 y 1979, respectivamente; sostiene, entre otras tesis, que la mayor parte de las normas de conducta que regulan nuestros actos, así como las instituciones nacidas de dicha regulación, son adaptaciones a la imposibilidad de que alguien tome conciencia de todos los hechos particulares que integran el orden social, tal es el caso de la justicia, la cual sólo es posible sobre la base de esta necesaria limitación de nuestro conocimiento factual. También se plantea la cuestión de cuáles son los dispositivos constitucionales, en sentido jurídico, que mejor pueden contribuir a preservar la libertad individual.¹⁸⁴

pesar de que toda su vida se ha calificado como liberal. Sin embargo, el liberalismo parece moverse por el deseo de imponer al mundo cierto patrón político preconcebido que por el de permitir el libre desenvolvimiento de los individuos, por eso prefiere hallar una expresión que refleje la afición a la libertad por lo vivo y lo natural, su amor a todo lo que sea desarrollado libre y espontáneamente.

¹⁸³ Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty. Rules and order*. Vol. 1. Routledge & Kegan Paul. London and Henley. 1973. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty. The mirage of social justice*. Vol. 2. Routledge & Kegan Paul. London and Henley. 1976. El tercer volumen no pudo ser consultado en el idioma original. Para ver los tres volúmenes compilados y traducidos al castellano véase. Hayek, Friedrich August von. *Derecho, legislación y libertad*. Sin datos del traductor. Unión editorial. Madrid. 2006.

¹⁸⁴ En ese libro Hayek pone el “orden” como concepto central de su exposición ya que lo considera indispensable para el análisis de todos los fenómenos complejos como lo es la sociedad, así como la ley se desempeña en el análisis de los fenómenos más simples. Distingue dos tipos de orden: El constituido o *taxis*, formado deliberadamente; y el espontáneo o *cosmos*, formado por la evolución. Sostiene como tesis de que una situación de la libertad en la que a todos se les permita hacer uso de su conocimiento para sus propios fines, limitada sólo por reglas de recto comportamiento de adaptación universal, es probable que les proporcione mejores condiciones para alcanzar sus objetivos y que semejante sistema probablemente sólo puede alcanzarse y conservarse si todas las autoridades, incluida la mayoría del pueblo, están limitadas en el ejercicio coactivo del poder por principios generales a que los que la comunidad se ha sometido. En esa obra desarrolla con más detalle algunos de los planteamientos hechos en *The constitution of liberty*, principalmente en lo que se refiere a su teoría del derecho, por ejemplo: 1) La distinción entre normas generales y mandatos específicos. 2) La distinción entre: a) Normas de recta conducta elaboradas por los jueces o *nomos*, producto del proceso jurisprudencial y derivadas de un orden espontáneo (la sociedad, por ejemplo, es una institución de orden espontáneo), donde no solo es ley lo promulgado por el legislador, sino también aquellas que son “descubiertas”, es decir, que se observan en la práctica aunque no sean expresadas en proposiciones verbales; además, el derecho no persigue fines particulares, sino está al servicio de innumerables fines distintos de individuos diferentes. A estas normas las llama *ley de la libertad* porque restringen el campo de acciones permitidas a todos los miembros de la sociedad y; b) reglas elaboradas por el legislador o *thesis*, producto de una tarea legislativa y derivadas de un orden constituido o deliberado (el gobierno, por ejemplo, es una institución orden deliberado) diseñadas para alcanzar determinados fines, para obtener resultados particulares, para ejecutar órdenes positivas, o bien referentes a los distintos órganos a través de los cuales el gobierno realiza sus propias actividades objetivas. A estas normas las llama *reglas de organización* porque sólo son vinculantes para los miembros de la organización llamada gobierno. Sin embargo, en la tercera y última parte de su obra considera necesario cambiar su terminología debido al desarrollo de la cibernética, la teoría de la información y la teoría de sistemas, en lugar de “orden espontáneo” prefiere usar “orden que se autogenera” o “estructuras que se autoorganizan”, en lugar de “orden” prefiere “sistema”, etc. Y 3) Una fuerte crítica a lo que él llama “constructivismo racionalista”. Para no evadir el objetivo que este capítulo y para no exponer apresuradamente su pensamiento teórico-jurídico sólo he de referirme a esa obra en algunos aspectos que considero importantes para profundizar en su idea de libertad dentro de la filosofía del derecho.

La riqueza de su pensamiento es evidente en áreas como la economía, la política, la filosofía y el derecho; con el riesgo de menguar sus contribuciones, en este apartado me he de abocar al estudio que hace de la libertad no tanto en sentido económico, sino en el terreno de la filosofía y del derecho, pero sin prescindir de aquel.

La libertad, dice Hayek, se halla amenazada en muchos campos debido a nuestra excesiva tendencia a abandonar las decisiones en manos de los expertos o a aceptar sin demasiada crítica su opinión acerca de un problema del que íntimamente sólo conocen un pequeño aspecto.

La premisa fundamental de su pensamiento político que aquí se ha de desarrollar consiste en la idea de demostrar que la libertad no es meramente un valor singular, sino la fuente y condición necesaria de la mayoría de los valores morales.¹⁸⁵

Hace especial énfasis en que la palabra libertad no significa nada en tanto no se le asigne un contenido específico el cual puede ser cualquiera que uno desee. También insiste en que la definición no adquirirá el rigor necesario mientras no hayamos examinado algunos otros términos igualmente vagos, tales como “coacción”, “arbitrariedad” y “ley”. Cuando se habla de libertad generalmente se utiliza el término para denotar la ausencia de coacción, de tal modo que por libertad se entiende como la independencia frente a la voluntad arbitraria de un tercero.

Como primer elemento de su argumento menciona que la libertad de una persona no depende del alcance de la elección, sino de la *posibilidad* de ordenar sus vías de acción de acuerdo con sus intenciones presentes o de si alguien más tiene el poder de manipular las condiciones hasta hacerla actuar según la voluntad del ordenancista más

¹⁸⁵ Si la libertad no fuera tratada como principio supremo, el hecho de que las promesas ofrecidas por la sociedad libre a cada individuo particular constituyen siempre meras *posibilidades* y no certezas, *oportunidades* y no dones definitivos, se traduciría inevitablemente en una debilidad fatal conducente a la lenta desaparición de aquélla. Las reglas morales para la acción colectiva se desarrollan con dificultad y muy lentamente, dato que debería tomarse como indicativo de su valor. Entre los pocos principios de esta clase que hemos elaborado, dice Hayek, la libertad individual es el más importante. Sin duda alguna, la libertad individual constituye lo que más apropiadamente puede considerarse como principio moral de acción política. Pero, al igual que todos los principios morales, la libertad exige que se le acepte como un valor intrínseco, como algo que debe respetarse sin preguntarnos si las consecuencias serán beneficiosas en un caso particular. No lograremos los resultados apetecidos sin aceptar la libertad como un credo o una presunción tan fuerte que excluya toda consideración de conveniencia que la limite. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Pág. 68. Incluso los principios más fundamentales de la sociedad libre pueden sacrificarse temporalmente cuando se trata de preservar a la larga la libertad. *Ibidem*. Pág. 217.

bien que de acuerdo con la voluntad propia.¹⁸⁶ La libertad, por tanto, presupone que el individuo tenga cierta esfera de actividad privada asegurada, que en su ambiente exista cierto conjunto de circunstancias en las que los otros no pueden interferir.¹⁸⁷

Aunque pudiera ser legítimo hablar de diferentes clases de libertad, tales como “libertad de” y “libertad para”, para Hayek, la libertad es una, variando en grado pero no en clase.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Para Hayek, la libertad individual es un estado en que el hombre no está sometido a la coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro. La sociedad liberal o libre es aquella en la cual se reduce al mínimo el empleo de la coacción y el sometimiento de los individuos a la voluntad de otros.

¹⁸⁷ Se ha intentado a menudo, especialmente por John Stuart Mill, definir la esfera privada que debe ser inmune a la coacción mediante la distinción entre acciones que sólo afectan a la persona que actúa y acciones que afectan también a otros. Ahora bien, como casi no cabe imaginar la existencia de acciones que no puedan afectar a otros, dicha distinción no ha resultado muy útil. La distinción adquiere sentido solamente mediante la delimitación de la esfera protegida del individuo. El objetivo no puede ser proteger a los hombres contra todas las acciones de los otros que les pueden perjudicar, sino solamente sustraer al control de los demás, algunos de los principios directivos de sus acciones. Al determinar dónde se deberían trazar las líneas divisorias de la esfera protegida, la cuestión importante es si las acciones de otras personas que nosotros deseamos impedir se interpondrían realmente en las expectativas razonables de la persona protegida. *Ibidem*. Pág. 145. No es conveniente fijar de una vez para siempre el contenido de la esfera privada del hombre. Para que los hombres hagan mejor empleo de sus conocimientos, aptitudes y previsión, es conveniente que tengan alguna voz en la determinación de lo que se ha de incluir en su esfera privada protegida. *Ibidem*. Págs. 139 y 140. Esta idea es sostenida posteriormente por él en *Law, legislation and liberty* cuando afirma que el único método para definir un campo de expectativas protegidas y, por tanto, reducir la mutua interferencia entre acciones individuales, consiste en delimitar para cada individuo un campo de acciones permitidas mediante el reconocimiento de campos de objetos de los que sólo los individuos pueden disponer, excluyendo en control de los demás. El campo de acción que a cada uno se le asegura estar libre de interferencias por parte de los demás puede establecerse mediante reglas a todos aplicables sólo si tales reglas permiten averiguar qué objetos particulares puede cada individuo utilizar para alcanzar sus propios objetivos. Sólo mediante esta definición de la esfera protegida de cada uno, el derecho determina cuáles son las acciones que afectan a otros sometidas a su regulación; sólo así se puede dar un significado preciso de prohibición general. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Pág. 107. Págs. 107, 108 y 109. El reconocimiento de la propiedad privada constituye evidentemente el primer paso en la delimitación de la esfera privada que nos protege contra la coacción. Se ha admitido desde tiempo inmemorial que un pueblo contrario a la institución de la propiedad privada carece del primer elemento de la libertad. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Pág. 140. La propiedad, no solo en el sentido que incluye cosas materiales, sino también la vida, la libertad y las pertenencias, es la única solución descubierta para conciliar la libertad individual con la ausencia de conflictos. Derecho, libertad y propiedad forman una trinidad inseparable. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Pág. 107.

¹⁸⁸ El primer significado de libertad es el que comúnmente se denomina “libertad política”, o sea la participación de los hombres en la elección de su propio gobierno, en el proceso de la legislación y en el control de la administración. Sin embargo, en este sentido un pueblo libre no es necesariamente un pueblo de hombres libres, nadie necesita participar de dicha libertad colectiva para ser libre como individuo. Otro significado diferente de libertad es el de “libertad interior”, “metafísica” o “subjetiva” que se refiere a la medida en que una persona se guía en sus acciones por su propia y deliberada voluntad, por su razón y permanente convicción más bien que por impulsos y circunstancias momentáneas. Lo opuesto a libertad interior no es la coacción ajena, sino la influencia de emociones temporales, la debilidad moral o la debilidad intelectual. Un tercer significado de libertad, el cual es más peligroso que los anteriores según Hayek, corresponde a la libertad de hacer lo que uno quiera, el poder de satisfacer nuestros deseos o la capacidad de escoger entre alternativas que se abren ante nosotros. Una vez que se admite la identificación de libertad con poder, no hay límites a los sofismas por los que el atractivo que ejerce la palabra libertad se utiliza como justificación de medidas que destrazan la libertad individual. La transición del concepto de libertad individual al de libertad como poder ha sido favorecida por la tradición

Según Hayek, se objeta a menudo el concepto de libertad como meramente negativo. Sin embargo, la libertad pertenece a esta clase de conceptos, ya que define la ausencia de un particular obstáculo: La coacción que deriva de la voluntad de otros hombres. La libertad únicamente se convierte en positiva a través del uso que de ella hacemos. No nos asegura oportunidades especiales, pero deja a nuestro arbitrio decidir el uso que haremos de las circunstancias en que nos encontramos.¹⁸⁹

Todo aquello que permite hacer cosas específicas no es libertad, a pesar de designarlo como una libertad; la libertad es compatible como la no permisión para hacer cosas específicas, se carece de ella si uno necesita permiso para llevar a cabo la mayor parte de cuanto uno puede hacer.¹⁹⁰ La diferencia entre libertad y libertades es la que existe entre una condición en virtud de la cual se permite todo lo que no está prohibido por las reglas generales y otra en la que se prohíbe todo lo que no está explícitamente permitido. Si todos los hombres se encuentran sujetos a leyes idénticas, alguno de ellos no puede ser objeto de confinamiento arbitrario, tiene la posibilidad de escoger su trabajo y es capaz de poseer y adquirir la propiedad, ningún otro hombre o grupo de hombres, en tal supuesto, podrá ejercer coacción sobre él y someterle a sus mandatos.

filosófica que al definir la libertad usa la palabra “limitación” donde él usa “coacción”. Desgraciadamente, dice Hayek, ambas palabras se utilizan para designar las influencias sobre las acciones humanas que no provienen de otros hombres, y es demasiado fácil pasar de definir la libertad como ausencia de limitación a definirla como ausencia de obstáculos para la realización de nuestros deseos o, incluso, más generalmente, como la ausencia de impedimentos externos; esto equivale a interpretarla como un poder efectivo para hacer todo lo que uno quiera. Cfr. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Págs. 13 y ss.

¹⁸⁹ El principal objetivo de la libertad es ofrecer oportunidades e incitar al individuo para que asegure al máximo el uso de los conocimientos que pueda adquirir. Lo que hace al individuo único a este respecto, no es su conocimiento genérico, sino su conocimiento concreto, es decir, el conocimiento de las circunstancias y condiciones especiales. *Ibidem*. Pág. 81.

¹⁹⁰ Cuanto menor sea la oportunidad de utilizar la libertad para hacer una cosa específica, más preciosa será para la sociedad en su conjunto. No hemos reclamado la libertad porque deseemos la capacidad para hacer cosas específicas, ni porque consideramos una especial libertad como esencial para nuestra felicidad. Lo que importa no es la libertad que personalmente se desearía ejercitar, sino la libertad que puede necesitar cualquier persona con vistas a hacer cosas beneficiosas para la sociedad, para ello se tiene que dar a todas las personas. La importancia de la libertad para hacer una determinada cosa nada tiene que ver con el número de individuos que quieran hacerla, si se admitiera la presunción de que sólo es importante el ejercicio de la libertad que la mayoría practica, se crearía una sociedad estancada, con todas las características de la falta de la libertad. La libertad de contratación, como libertad en los restantes campos, significa que la permisibilidad de un acto particular depende únicamente de normas generales y no de aprobación específica por una autoridad. La libertad de contratar significa que la voluntad y obligatoriedad de un pacto ha de depender únicamente de esas normas conocidas, generales, iguales, por las que todos los restantes derechos que la ley ampara se hallan determinados, y no de la aprobación del particular contenido del convenio establecido por una agencia del gobierno. *Ibidem*. Pág. 230.

La definición de libertad, asegura Hayek, depende del significado del término coacción, y por coacción quiere significar la presión autoritaria que una persona ejerce en el medio ambiente o la circunstancia de otra.¹⁹¹

La coacción es precisamente un mal, porque elimina al individuo como ser pensante que tiene un valor intrínseco y hace de él un mero instrumento en la consecución de los fines de otro.

La acción libre, en virtud de la cual una persona persigue sus propios objetivos utilizando los medios que le indica su personal conocimiento, tiene que basarse en datos que nunca puedan moldearse a voluntad de otro, presupone la existencia de una esfera conocida, cuyas circunstancias no pueden ser conformadas por otra persona hasta el punto de dejar da uno tan sólo la elección prescrita por aquélla.¹⁹²

Para él, la coacción no puede evitarse totalmente, porque el único camino para impedirlo es la amenaza de coacción.¹⁹³ Se resuelve este problema confiriéndole al

¹⁹¹ Inicialmente Hayek define a la libertad como ausencia de coacción. Pero apunta que el concepto de coacción es quizá tan confuso como el de libertad y básicamente por las mismas razones no distinguimos claramente entre lo que otros hombres nos hacen y los efectos que en nosotros tienen las circunstancias físicas. Ibidem. Pág. 133.

¹⁹² La coacción tiene lugar cuando las acciones de un hombre están encaminadas a servir la voluntad de otro, cuando las acciones del agente no tienden al cumplimiento de sus fines, sino al de los otros. Esto no quiere decir que el que sufre coacción se vea privado de la facultad de elegir. Si le faltara dicha facultad, no cabría hablar de “su acción”. La coacción implica que yo poseo la facultad de elegir, pero que mi mente se ha convertido en la herramienta de otra persona hasta el extremo de que las alternativas que se presentan a mi voluntad han sido manipuladas de tal suerte que la conducta que mi tirano quiere que yo elija se convierte para mí en la menos penosa. La coacción implica tanto la amenaza de producir daño como la intención de provocar de ese modo en otros una cierta conducta. El que sufre coacción no está privado de utilizar sus facultades, pero sí de la posibilidad de emplear sus conocimientos al servicio de sus propios fines. Ibidem. Págs. 133 y 134. El engaño, lo mismo que la coacción, dice Hayek, es una forma de manejar los principios en que confía una persona a fin de obligarla a hacer lo que el embaucador quiere que haga. Cuando el embaucador logra su propósito, el engaño se convierte, al igual que cuando sufre coacción, en un instrumento involuntario que sirve a los objetivos de otros hombres sin desarrollar los propios. Todo lo que se ha dicho en la coacción, insiste Hayek, se aplica al fraude y al engaño. Ibidem. Págs. 143 y 144. Para Hayek, el poder en sí, es decir, la capacidad de obtener lo que uno quiera no es malo, lo malo es el poder de usar la coacción, el forzar a otros hombre a servir la voluntad propia mediante la amenaza de hacerles daño. Aunque generalmente la coacción se trata de alguna amenaza de daño corporal a la propia persona o a los seres queridos, o de daño a una posesión valiosa o estimada, no es necesario que consista precisamente en el empleo de la fuerza o violencia. Se puede frustrar todo intento de acción espontánea de otro hombre colocando en su camino una variedad infinita de pequeños obstáculos. No se puede impedir el daño que una persona pueda infligir a otra, ni siquiera las formas más leves de coacción propias de la relación con otros hombres, pero esto no quiere decir que no debamos intentar evitar las formas más rigurosas de coacción o que no debamos definir la libertad como ausencia de coacción. Ibidem. Págs. 135, 138 y 139.

¹⁹³ Únicamente la autoridad que dispone del poder necesario puede asegurar al individuo la no fiscalización por parte de un tercero de ciertos aspectos de su actuar; por tanto, sólo la amenaza de coacción evita que un individuo se imponga a otro. Ibidem. Pág. 139.

Estado el monopolio de esa coacción.¹⁹⁴ Esto es posible únicamente porque el Estado protege las esferas privadas de los individuos contra la interferencia de otros¹⁹⁵ y, además, delimita dichas esferas privadas, no mediante la adscripción específica, sino creando las condiciones para que el individuo pueda determinar su propio campo de acción apoyándose en reglas que le dicen cuál será la actuación del gobernante ante diferentes tipos de situaciones. Por otra parte, siendo la coacción impersonal y dependiendo en general de reglas abstractas cuyos efectos sobre los individuos no es posible prever en el momento en que se establecieron, incluso los actos coercitivos de la autoridad se convierten en datos sobre los que el individuo puede basar sus propios planes. Así, la coacción se convierte en un instrumento que asiste a los individuos por igual en la persecución de sus propios fines y no en un medio utilizable para los fines de otros.¹⁹⁶

Los argumentos favorables a la libertad individual descansan, según Hayek, principalmente en el reconocimiento de nuestra inevitable ignorancia de muchos de los factores que fundamentan el logro de nuestros fines y de nuestro bienestar.¹⁹⁷ Si fuéramos omniscientes, si pudiéramos conocer no sólo todo lo que afecta a la consecución de nuestros deseos presentes, sino también lo concerniente a nuestras necesidades y deseos futuros, existirían pocos argumentos a favor de la libertad, y a la inversa, la libertad de individuo hace imposible la completa presciencia. La libertad es

¹⁹⁴ Hayek considera que tres formas de frenar y someter a límites jurídicos el poder coactivo del Estado: 1) El principio de igualdad ante la ley. 2) El reconocimiento de la propiedad privada. Y 3) Las normas abstractas y generales.

¹⁹⁵ La moralidad de la acción dentro de la esfera privada no es objeto adecuado de control coactivo por parte del Estado, lo cual no significa que en una sociedad libre deba estar tal conducta exenta también de la presión de la opinión y de la censura. Ibidem. Págs. 145 y 146.

¹⁹⁶ De este modo, Hayek sostiene que el Estado en ciertos aspectos emplea la coacción para hacer ejecutar acciones determinadas, principalmente las que derivan de la imposición tributaria y las implícitas en algunas prestaciones obligatorias, esencialmente el servicio militar. Aunque estas cargas no se consideran eludibles, Hayek considera que si son al menos previsibles y se imponen sin tener en cuenta la manera como el individuo utilizaría sus energías de ocurrir las cosas de otra forma. Precisamente queda de esta suerte despojadas, en gran parte, de la naturaleza dañina de la coacción. Ibidem. Pág. 143.

¹⁹⁷ Véase Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Págs. 11 y ss. En opinión de Caridad Velarde, el conjunto de saberes limitados de todos los miembros de la sociedad constituye lo que puede denominarse conocimiento global de la comunidad, de tal modo el hecho de que cada uno conozca una parte es señal de que entre todos sí se puede hablar de un cuerpo de saber que nadie posee de modo completo. En este sentido, cita a la obra de Hayek *La primacía de lo abstracto*. Pero el conocimiento concreto que guía la acción de cualquier grupo de gente nunca existe como un cuerpo consistente y coherente. Sólo existe en la forma dispersa, incompleta e inconsistente en la que aparece en muchas mentes individuales, y esta dispersión e imperfección de todo conocimiento es uno de los hechos básicos de los que deben partir todas las ciencias sociales. Velarde, Caridad. Op. Cit. Pág. 118.

esencial para dar cabida a lo imprevisible, a lo impronosticable,¹⁹⁸ la necesitamos porque hemos aprendido a esperar de ella la oportunidad de llevar a cabo muchos de nuestros objetivos. La certeza no tiene cabida en los negocios humanos, por ello, para mejorar el conocimiento que poseemos debemos adherirnos a reglas que la experiencia ha sancionado como de mejor servicio en general aunque no sepamos cuáles serán las consecuencias de obedecerlas en cada caso particular.

A través de la unificación del conocimiento disperso se obtienen logros más elevados que los que cualquier inteligencia única pudiera prever y disponer.¹⁹⁹ Debido a que la libertad significa la renuncia al control directo de los esfuerzos individuales, la sociedad libre puede hacer uso de mucho más conocimiento del que la mente del más sabio de los legisladores pudiera abarcar.

Una de las características de la sociedad libre es que los fines del hombre sean abiertos, que puedan surgir nuevos fines, producto de esfuerzos conscientes, debidos al principio a unos pocos individuos y que con el tiempo llegarán a ser los fines de la mayoría. El hombre es una criatura de la civilización no solamente en cuanto a su conocimiento, sino también respecto a sus fines y valores.²⁰⁰ La libertad no es un estado de naturaleza, sino una creación de la civilización, no surge de algo intencionalmente.²⁰¹

¹⁹⁸ La libertad concedida tan sólo cuando se sabe de antemano que sus efectos serán beneficiosos no es libertad. Si supiéramos cuándo debería utilizarse la libertad, desaparecerían en gran medida las razones a favor de la misma. Si no se concediese la libertad incluso cuando el uso que algunos hagan de ella no nos parezca deseable, nunca lograríamos los beneficios de ser libres, nunca obtendríamos esos imprevisibles nuevos desarrollos cuya oportunidad nos brinda la libertad. La fe en la libertad no descansa en los resultados previsibles en circunstancias especiales, sino en la creencia de que, a fin de cuentas, dejará libres para el bien más fuerzas que para el mal. A este respecto en *Law, legislation and liberty* dice que desde el momento en que es difícil conocer en todo caso particular cuáles serían las consecuencias de permitir que los individuos decidirán libremente, hacer que cada caso la decisión dependa únicamente de los resultados particulares previsibles no podrá menos que conducir a una progresiva destrucción de la libertad. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Pág. 57. La esencia de todas las normas de conducta es que etiquetan tipos de acciones no atendiendo a sus efectos que en gran medida se desconocen en caso particulares, sino por su efecto probable que no tiene por qué ser previsible por los individuos.

¹⁹⁹ El éxito de la acción en sociedad, apunta Hayek, depende de un cúmulo de hechos particulares muy superior a los que cualquiera puede conocer. En consecuencia, toda nuestra civilización se basa y debe basarse en nuestra creencia mucho más que en lo que podemos conocer como verdadero en sentido cartesiano. Ni la ciencia, ni ninguna otra técnica conocida nos permitirán jamás superar el hecho de que ninguna mente humana, ni por tanto ninguna actividad deliberadamente dirigida, será capaz de tomar en consideración la multitud de hechos particulares que, si bien son conocidos por algunos miembros de la colectividad, en su totalidad nunca se encuentran al alcance de nadie en particular. La concepción de una mente ya plenamente desarrollada que diseña las instituciones que hacen posible la vida en sociedad es contraria a cuando sabemos sobre la evolución del hombre. *Ibidem*. Págs. 12, 16 y 17.

²⁰⁰ La sociedad no es un individuo con un fin singular, ni hay ningún acuerdo sobre qué fines generales deben adoptarse. La adopción de fines comunes exigiría que abandonáramos por completo nuestra moral

Según Hayek, nos comprendemos mutuamente, convivimos y somos capaces de actuar con éxito para llevar a cabo nuestros planes, porque la mayor parte del tiempo los miembros de nuestra civilización se conforman con los inconscientes patrones de conducta, muestran una regularidad en sus acciones que no es el resultado de mandatos o coacción y a menudo ni siquiera de una adhesión consciente a reglas conocidas, sino productos de hábitos y tradiciones firmemente establecidas.²⁰² La observancia general de dichas convenciones es una condición necesaria para el orden del mundo en que vivimos,²⁰³ para la capacidad de encontrar nuestro propio camino, aunque desconozcamos su significado y no seamos tan siquiera conscientes de su existencia.²⁰⁴ En algunos casos, cuando las normas no son observadas con la frecuencia suficiente para que la sociedad funcione sin estridencias, es necesario asegurar una uniformidad similar mediante la coacción. La libertad no ha funcionado nunca sin la existencia de

actual puesto que sólo importaría el resultado no las normas fijas y generales que rigen la conducta entre individuos. Los valores que hacen posible nuestra civilización, apunta Hayek, promueven nuestra adhesión a normas generales de conducta. El resultado de nuestra conducta según estas normas es conveniente y beneficioso, pero no ha sido proyectado por plan de ningún individuo o grupo. Butler, Eamonn. *Hayek. Su contribución al pensamiento político y económico de nuestro tiempo*. Trad. Eloy Fuentes. Unión Editorial. Madrid. 1989. Pág. 118. El hombre, según Hayek, es un animal capaz de someterse a normas como de perseguir valores.

²⁰¹ Hayek define con toda precisión su pensamiento al respecto en las siguientes palabras: Lo que hizo posible la libertad fue la gradual evolución de la disciplina de la civilización que es al mismo tiempo la disciplina de la libertad. Esta disciplina protege al hombre, mediante normas abstractas impersonales, de la violencia arbitraria de los demás, y permite a todo individuo tratar de construirse un dominio protegido en el que a ningún otro individuo se le permite interferir y en el que puede emplear sus conocimientos para perseguir sus propios fines. Hayek, Friedrich August von. *Derecho, legislación y libertad*. Op. Cit. Pág. 535.

²⁰² Muchas de las instituciones sociales imprescindibles para alcanzar nuestros objetivos conscientes son de hecho fruto de ciertas costumbres, hábitos o prácticas que ni han sido inventadas ni se han practicado con semejante propósito. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Pág. 11.

²⁰³ El funcionamiento del mercado, asegura Hayek, depende de la adhesión a normas generales de conducta que rijan el comportamiento mutuo de los individuos, por lo que el quebrantamiento de una de ellas sería ciertamente una injusticia. Butler, Eamonn. Op. Cit. Pág. 116. Dice que el orden global de la sociedad sostenido por las reglas de conducta no es cuestión exclusiva de la economía, sin embargo, sólo ésta ha desarrollado técnicas y teóricas apropiadas, las cuales lenta y gradualmente se aplican también a órdenes distintos del mercado. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Pág. 115.

²⁰⁴ Según Hayek, para que haya una pauta u orden proyectado tiene que haber cierto grado de regularidad en la conducta de los individuos, pues una conducta desordenada no origina un orden estable. Él llama normas a esas regularidades, no en el sentido de que los individuos sigan mandatos establecidos, ni siquiera de que se den cuenta de que actúan de cierta manera, sino precisamente para señalar que su conducta sigue ciertos principios que se pueden describir. Para que surja una pauta social general y se mantenga por evolución, no hace falta necesariamente que los individuos actúen exactamente del mismo modo ni que tengan un fin común, basta con una semejanza de acción muy reducida, por ejemplo, normas en contra de lesionar a otros, o de robar propiedades, o de incumplir promesas, que dejan a cada individuo mucha libertad de acción. Sin embargo, el fallo está en que la relación entre cada norma y el orden general resultante es tan compleja e impenetrable que no podemos predecir si un conjunto de normas servirá o no, nuestra única guía es que haya servido en el pasado.

hondas creencias morales, y la coacción solo puede reducirse a un mínimo cuando se espera que los individuos, en general, se ajusten voluntariamente a ciertos principios.

Las normas de conducta son instrumentos en el sentido de que coadyuvan grandemente a la consecución de otros valores humanos; sin embargo, puesto que sólo muy rara vez conocemos lo que depende de que se sigan en cada caso particular, su cumplimiento debe completarse como un valor por sí mismo, una clase de fin intermedio que debemos perseguir sin preguntarnos su justificación en cada caso concreto.²⁰⁵

En una sociedad cuyos miembros fueran libres para escoger su forma de vida práctica existiría poco peligro de que llegasen a la destrucción de sí mismos en razón de las creencias éticas a que se adhieran, porque en tal sociedad las tendencias se corregirían a sí mismas. Sólo decaerían los grupos guiados por ideales impracticables, mientras que los restantes, menos virtuosos de acuerdo con los niveles morales en uso, ocuparían el lugar de los primeros. Sin embargo, apunta Hayek, este fenómeno solamente puede tener lugar dentro de una sociedad libre, donde tales ideales no son obligatorios en absoluto. Cuando todos han de servir a los mismos ideales, no permitiéndose a los disidentes adoptar otros distintos, solamente se evidencia lo improcedente de estas normas cuando sobreviene la decadencia del país por ellas regido.

La cuestión importante que surge aquí es si el acuerdo mayoritario sobre una norma de conducta es suficiente justificación para obligar a los disidentes minoritarios al cumplimiento forzoso o si tal poder no debería condicionarse también mediante normas más generales. En otras palabras: Si la legislación ordinaria debería limitarse por principios generales, de la misma forma que las reglas morales de conducta individual excluyen ciertas clases de acciones por muy buenos que puedan ser sus propósitos. Tanto en la política como en las acciones individuales existe gran necesidad de reglas morales de conducta y tanto las consecuencias de sucesivas decisiones colectivas como las decisiones individuales serán beneficiosas únicamente si están de acuerdo con principios comunes.

²⁰⁵ La libertad sólo puede prevalecer si se acepta como un principio general cuya aplicación a casos particulares no tiene necesidad de justificarse. *Ibidem*. Pág. 61.

La razón es la más preciosa posesión del hombre. Hayek trata de mostrar que la razón no es todopoderosa y que la creencia de que es posible dominarla y controlar su desarrollo puede incluso destruirla. Su postura antirracionalista,²⁰⁶ dice, no debe confundirse con el irracionalismo o cualquier invocación al misticismo, propugna no una abdicación de la razón, sino un examen racional del campo donde la razón se controla apropiadamente. El uso inteligente de la razón no significa el uso de la razón deliberada en el mayor número posible de ocasiones.

Un tema que aborda Hayek y en el que conviene hacer especial mención es el relacionado con la responsabilidad. Para él, la libertad no sólo significa que el individuo tiene la oportunidad y responsabilidad de la elección, sino también que debe soportar las consecuencias de sus acciones y recibir alabanzas o censuras por ellas. La libertad y la responsabilidad son inseparables. Una sociedad libre no funcionará ni perdurará a menos que sus miembros consideren como derecho que cada individuo ocupe la posición que se deduzca de sus acciones y la acepte como resultado de sus propios merecimientos.

La responsabilidad ha llegado a ser un concepto impopular, una palabra que evitan los oradores o escritores de experiencia, debido al evidente fastidio o animosidad con que se la recibe por una generación que no gusta en absoluto que la moralicen. La negación de la responsabilidad, sin embargo, se debe comúnmente al temor que inspira. Un temor que también llega a ser necesariamente el temor de la libertad. Se teme a la libertad, porque la oportunidad para hacer la propia vida significa también una incesante tarea, una disciplina que el hombre debe imponerse a sí mismo para lograr sus fines.

²⁰⁶ Como lo explica Hayek, el desarrollo de la teoría de la libertad tuvo lugar principalmente en el siglo XVIII en dos países, uno de los cuales conocía la libertad y el otro no: Inglaterra y Francia. Resultado de ello existen dos tradiciones de la teoría de la libertad: una, empírica y carente de sistema; la otra, especulativa y racionalista. El argumento racionalista de la tradición francesa con su halagadora presunción sobre los poderes ilimitados de la razón humana fue, sin embargo, el que ganó progresivamente influencia mientras decaía la menos articulada y menos explícita tradición de libertad inglesa. La tradición inglesa se hace explícita en un grupo de filósofos morales encabezados por David Hume, Adam Smith y Adam Ferguson. Frente a esta tradición, los franceses con influencia del racionalismo cartesiano tiene como exponentes a los enciclopedistas y Rousseau, y a los fisiócratas y Condorcet. La diferencia principal estriba en sus conclusiones prácticas: Una, encuentra la esencia de la libertad en la espontaneidad y en la ausencia de coacción, mantiene un desarrollo orgánico lento y semiconsciente, está a favor del método de prueba y error y; la otra, en la persecución y consecución de un propósito colectivo, cree en un deliberado doctrinarismo, está a favor de un patrón obligatorio válido para todos. Cfr. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Págs. 54 y ss. Sostiene que si racionalismo significa tratar de buscar la mayor eficacia posible de la razón, se considera racionalista; pero si pretende indicar que la razón consciente debe determinar toda acción particular, no es racionalista e, incluso, considera a este racionalismo muy poco racional. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Págs. 29 y ss.

La responsabilidad en Hayek puede tener dos sentidos: El primero, se refiere al momento en que se afirma que una persona es responsable de su proceder donde se pretende convertir sus actos en algo distinto de lo que sería si aquella no creyera en realidad en este acierto. No se asigna responsabilidad al hombre para afirmar que podía haber actuado diferentemente, sino con miras a hacerle diferente. El segundo, no envuelve la afirmación de un hecho, sino es algo así como una convención proyectada para reforzar a la gente a la observancia de ciertas reglas, es decir, que la conducta de una persona se ve influida por el conocimiento que ésta tenga de la responsabilidad de sus actos.²⁰⁷

El concepto de responsabilidad va más allá de la coacción, su mayor importancia radica en el papel que desempeña para guiar las libres decisiones de los hombres. Una sociedad libre exige, más que ninguna otra, que los hombres guíen sus acciones por un sentido de responsabilidad más allá de los deberes marcados por la ley. Cuando a los hombres se les permite actuar de acuerdo con lo que estiman convenientemente, también deben ser responsables del resultado de sus esfuerzos.

Si atribuimos a los hombres la libertad, porque presumimos que son seres racionales, dicha libertad debe valer la pena a la hora de actuar como tales seres racionales y permitirles soportar las consecuencias de sus decisiones. La asignación de responsabilidad presupone en el hombre la capacidad para una acción racional y la aspiración de que actúe más racionalmente de lo que haría sin aquélla. Presupone una cierta capacidad mínima humana para aprender a prever, para guiarse por el conocimiento de las consecuencias de sus acciones. La complementariedad de libertad y responsabilidad significa que las razones a favor de la libertad se aplican sólo a aquellos a quienes se les puede imputar responsabilidad, y no pueden atribuirse a los niños o incapacitados mentalmente; es inválida para aquellas que todavía no han aprendido suficientemente o son incapaces de aprender.

La atribución de responsabilidad, apunta Hayek, no se basa en lo que sabemos que es verdad en un caso determinado, sino en lo que creemos que serán las probables consecuencias de estimular a la gente comportarse racional y considerablemente. Se

²⁰⁷ La principal función de la creencia en la responsabilidad individual es hacer que utilicemos nuestro propio conocimiento y capacidad hasta el máximo en la consecución de nuestros fines. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Pág. 80.

trata de un recurso que la sociedad ha desarrollado para competir con nuestra incapacidad de ver lo que hay dentro de la mente de otros y para introducir orden en nuestra vida sin recurrir a la coacción.

Al decidir si una persona es dueña de sí misma o está sujeta a la voluntad de otra, debemos considerarla como responsable o no responsable, como teniendo o no el derecho a actuar de una forma que pudiera resultar ininteligible, imprevisible o inoportuna para todos. El hecho de que no se pueda otorgar completa libertad a todos los seres humanos no debe significar que la libertad a todos esté sujeta a restricciones y regulaciones ajustadas a las condiciones individuales. Aunque en las relaciones íntimas o en la vida privada debemos ajustar nuestra conducta a la personalidad de nuestros semejantes, en la vida pública la libertad requiere que seamos considerados como tipos, no como individuos, tratados bajo la presunción de que las razones normales que nos disuaden de hacer esto o aquello tendrán efectividad en el caso particular de que se trate.

Una característica de lo que Hayek llama “personalidad individual” es que tiene su propia escala de valores la cual debe ser respetada aunque no se aprueba; además, creer en la libertad significa que nadie se puede convertir en juez último de los valores de otra persona. Una sociedad desconocedora de que cada individuo tiene derecho a seguir sus personales preferencias carece de respeto por la dignidad del individuo y desconoce la esencia de la libertad; sin embargo, también es verdad que en una sociedad libre la estima del individuo depende del uso que éste haga de su libertad.

La responsabilidad, para gozar de efectividad, debe ser individual. En una sociedad libre no existe responsabilidad colectiva de los componentes del grupo como tal,²⁰⁸ a menos que mediante una acción concertada se hayan hecho todos ellos individual y separadamente responsables.²⁰⁹

²⁰⁸ Generalmente se piensa en la sociedad como una especie de persona que puede distribuir entre nosotros las remuneraciones, pero Hayek insiste en que no es una persona semejante. La sociedad es un complejo, pero sin plan, sin valores y actos, es una muestra de fines conciliados, no compartidos.

²⁰⁹ Hayek, al tratar al mérito como una conducta merecedora de alabanza o reconocimiento por el esfuerzo subjetivo (sin juzgar los resultados) realizado por una persona en algo que otros suponen loable, considera que los argumentos en pro de la libertad no se pueden fundamentarse en las recompensas materiales propios de los méritos reconocidos, porque una sociedad en la que cada movimiento individual vendría guiado por lo que las otras gentes pensasen relevaría al individuo de su responsabilidad y del riesgo de su decisión. *Ibidem*. Págs. 93 a 99.

Otro elemento en el pensamiento liberal de Hayek que conviene citar para los efectos de este trabajo, es el relativo a la igualdad. Él considera que el gran objetivo de la lucha por la libertad ha sido conseguir la implantación de la igualdad de todos los seres humanos ante la ley, la igualdad de los preceptos legales generales y de las normas de conducta social es la única clase de igualdad que conduce a la libertad y que cabe implantar sin destruir la propia libertad, sin embargo, no hay que olvidar que los individuos son muy diferentes desde el principio.²¹⁰

Como declaración de hecho, no es cierto que todos los hombres han nacido iguales, pero podemos seguir utilizando tan consagrada frase para expresar el ideal de que legal y moralmente todos los hombres deben ser tratados igualmente, pero si queremos entender lo que este ideal de igualdad puede o debe significar, lo primero que precisamos es liberarnos de la creencia en la igualdad de hecho. La igualdad ante la ley y la igualdad material no solamente son diferentes, sino contrapuestas, pudiendo obtenerse una de ellas pero no las dos al mismo tiempo. La igualdad ante la ley, que la libertad requiere, conduce a la desigualdad material.²¹¹ Si bien el Estado ha de tratar a

²¹⁰ Hayek, en clara oposición al socialismo de planificación, considera para realizar el ideal socialista es necesario abandonar el principio de igualdad de trato ante la ley, esto significa varias cosas tales como: Abolir toda limitación legal del gobierno; que la economía planificada no se basa en normas generales, sino en la dirección consciente de los recursos para obtener resultados particulares y; que no existe justicia “ciega”, sino elección entre individuos. Con todo esto, asegura, se abren las puertas al férvido nacionalismo y a la persecución de las minorías, carácter que comparten todas las economías planificadas. Cfr. Hayek, Friedrich August von. *The road to serfdom*. Routledge & Kegan Paul. London and Henley. 1979. Págs. 61 y ss. El pensamiento socialista en el campo del derecho, apunta Hayek, formuló abiertamente la doctrina según la cual el derecho privado que se ocupa de la coordinación de las actividades individuales debe ser sustituido progresivamente por un derecho público basado en la subordinación, en tanto que el derecho privado debe ser considerado únicamente como un sector provisional y cada vez más limitado de la iniciativa privada, temporalmente tolerado dentro de la esfera omnicompreensiva del derecho público. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Pág. 143. El principal propósito de su obra *The road to serfdom* es demostrar que la planificación económica dirigida al logro de metas colectivas lleva necesariamente a incrementar la coacción sobre los individuos hasta tal punto que ningún socialista idealista querría ver nunca. Para el individuo, la diferencia entre una organización planificada, deliberada y la sociedad libre, sin plan, es que en la primera las normas de la sociedad exigen la ejecución de tareas específicas, por mandato de autoridades, se atribuyen papeles a los individuos con diferentes obligaciones. En cambio, en la sociedad libre no se dan órdenes a los hombres, no se les trata desigualmente, solo hay normas generales de aplicación dentro de las cuales son libres de actuar y luchar por sus propios fines; el gobierno de la sociedad libre no dicta mandatos, sino que asegura la observancia de normas generales. Butler, Eamonn. Op. Cit. Págs. 113 y 136.

²¹¹ Para Hayek son dos las situaciones que se pueden considerar originan la desigualdad material: La herencia o transmisión patrimonial *mortis causa* y la educación. La primera era la principal fuente de desigualdad criticada principalmente por simpatizantes del comunismo, sin embargo, Hayek la defiende y la considera como el menor de los males, incluso desde el propio punto de vista de los oponentes a la desigualdad. La segunda, la educación, que la concepción igualitarista pretende abolir toda clase de privilegios individuales y que la contribución estatal a las posibilidades de mejorar las condiciones de los individuos sea la misma para todos, o bien asegurar las mismas perspectivas o puntos de partida para todos; sin embargo, Hayek considera que este problema no puede ser resuelto satisfactoriamente por los

todos igualmente, no debe emplearse la coacción en una sociedad libre con vistas a igualar más la condición de los gobernados. El Estado debe utilizar la coacción para otros fines. Con esto, Hayek objeta los intentos de imponer en la sociedad un patrón de distribución deliberadamente escogido, sea en orden a la igualdad o a la desigualdad.

Para Hayek la igualdad ante la ley conduce a la exigencia de que todos los hombres tengan también la misma participación en la confección de las leyes. Es en este punto donde concuerdan el liberalismo tradicional y el movimiento democrático;²¹² sin embargo, el liberalismo (en el sentido que tuvo la palabra en la Europa del siglo XIX) se preocupa principalmente de la limitación del poder coactivo de todos los gobiernos, sean democráticos o no; mientras el demócrata dogmático, sólo reconoce un límite al gobierno, la opinión mayoritaria.

El liberalismo es una doctrina sobre lo que debiera ser la ley; la democracia, en cambio, es una doctrina sobre la manera de determinar lo que será la ley. El liberalismo considera conveniente que tan solo sea ley aquello que acepta la mayoría, pero no cree en la necesaria bondad de todo lo por ella sancionado. Ciertamente, su objetivo consiste en persuadir a la mayoría para que observe ciertos principios. Acepta la regla de la mayoría como un método de decisión, pero no como una autoridad en orden a lo que la decisión debiera ser. Para el demócrata doctrinario, el hecho de que la mayoría quiera algo es razón suficiente para considerarlo bueno pues, en su opinión, la voluntad de la mayoría determina no sólo lo que es ley, sino lo que es buena ley. El liberalismo constituye una de las doctrinas sobre los objetivos y esfera de acción de los gobernantes, fines y medios entre los que elegirá la democracia; en cambio, esta última, por ser un método, no indica nada acerca de los objetivos de quienes encarnan el poder público.

Como ya se ha visto, para Hayek la libertad y la acción social no depende de lo que otros, aun siendo mayoría, opinen al respecto. Es por ello que considera que la

poderes exclusivos y coactivos del Estado, ya que se necesitaría que el gobernante conociera mejor que nadie la manera de utilizar las inteligencias individuales. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Págs. 90 y ss. Su idea central en este tema consiste en que no puede haber igualdad ante una medida política, en cambio si la hay ante la ley. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Pág. 139.

²¹² Las tradiciones liberal y democrática están, por tanto, de acuerdo en que cuantas veces se requiere acción estatal y, particularmente siempre que hayan de establecerse reglas coactivas, la decisión debe tomarse por mayoría. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Pág. 106.

votación mayoritaria propia de la democracia²¹³ es un método, como forma de gobierno, al servicio de la libertad.²¹⁴

Mientras los demócratas dogmáticos consideran conveniente que, tantas veces como sea posible, la decisión se ajuste al voto de la mayoría, los liberales creen que existen límites definidos en cuanto a la categoría de las acciones, éstos consideran muy importante que los poderes de cualquier mayoría temporal se hallen limitados por principios.²¹⁵ Para el liberal, la decisión de la mayoría deriva su autoridad de un acuerdo más amplio sobre principios comunes y no de un mero acto de voluntad de la circunstancial mayoría.

Normalmente un grupo de hombres no se convierte en sociedad porque se dé leyes a sí mismo, sino por obedecer idénticas normas de conducta. Esto último significa que el poder de la mayoría viene limitado por esos principios comúnmente mantenidos y que no existe poder legítimo fuera de los mismos.²¹⁶ El reconocimiento de los

²¹³ Para él, son tres los argumentos que justifican la democracia: Es el único método de cambio pacífico descubierto hasta ahora por el hombre, constituye importante salvaguardia de la libertad individual (aunque la democracia no es todavía la libertad es, sin embargo, la que probablemente engendra más libertad que otras formas de gobierno) y, siguiendo a Tocqueville, la democracia es el único método efectivo de educar a la mayoría.

²¹⁴ Apelando a que la mayoría no es criterio de bondad o corrección, Hayek pone como ejemplo que los ciudadanos de un país no tienen derecho a dominar a los de otro, vecino y más pequeño, pura y simplemente por ser más numeroso. No existe motivo para que la mayoría de los ciudadanos unidos por determinadas circunstancias, tanto en el ámbito nacional como en alguna organización supranacional, se consideren con derecho a extender el alcance de su poder cuanto les plazca. Probablemente la democracia es el mejor método de conseguir ciertos fines, pero no constituye un fin en sí misma. La libertad tiene pocas posibilidades de sobrevivir si su mantenimiento descansa en la mera existencia de la democracia. Ibidem. Págs. 105, 106 y 108. La democracia tras un primer periodo glorioso en que es concebida como salvaguardia de la libertad personal, en cuanto acepta los límites de un *nomos* superior, tarde o temprano llega a atribuirse el derecho de decidir cualquier cuestión particular según los acuerdos que la mayoría adopte. Hayek, Friedrich August von. *Derecho, legislación y libertad*. Op. Cit. Pág. 366.

²¹⁵ De la misma forma que al decidir casos concretos los jueces se hallan sujetos a normas, así el legislador al hacer leyes particulares está ligado por principios generales. De la misma forma que una decisión judicial se considera justa solamente si se subordina a las leyes generales, así las leyes ordinarias se consideran justas sólo si se conforman con principios generales, y de la misma forma que deseamos impedir que el juez infrinja la ley por razones particulares, también queremos prevenir que el legislador infrinja ciertos principios generales a favor de causas temporales e inmediatas. Tanto en la conducta social como en la individual, tan sólo podemos acercarnos a una medida de racionalidad o consistencia al tomar decisiones particulares, sometiéndolas a principios generales independientes de las necesidades momentáneas. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Pág. 179. El individuo sólo debería estar obligado a obedecer aquellas órdenes que necesariamente se derivan de los principios generales aprobados por la mayoría, y que el poder de los representantes de la mayoría sólo puede ser ilimitado en la administración de los particulares medios puestos a su disposición. Hayek, Friedrich August von. *Derecho, legislación y libertad*. Op. Cit. Pág. 372.

²¹⁶ Un grupo de hombres puede formar una sociedad capaz de hacer leyes porque los individuos integrantes tienen principios comunes que hacen posible la discusión y la persuasión, a los que deben conformarse las reglas articuladas para que se acepten como legítimas. De esto se deduce que ninguna

derechos de las minorías significa que el poder de la mayoría, en última instancia, deriva y está limitado por los principios que las minorías aceptan también.

Las decisiones mayoritarias cuando no responden a normas comúnmente aceptadas, se hallan singularmente predestinadas a provocar consecuencias que nadie desea.²¹⁷ La creencia de que la acción colectiva puede hacer caso omiso a los principios es una gran ilusión. Un gobierno que no pretende estar obligado por ningún principio y que juzga cada problema de acuerdo con sus méritos acaba regularmente por tener que observar principios que no son de su elección y verse llevado a una acción que nunca previó.

En este sentido, considera Hayek, que la tarea del político, en el ámbito de la democracia, consiste en averiguar cuáles son las opiniones mantenidas por el mayor número de personas y no en dar cause a nuevas opiniones que se conviertan en criterio de la mayoría en algún futuro distante. La creencia de que al fin y al cabo son las ideas y, por tanto, los hombres que ponen en circulación estas ideas, quienes gobiernan la evolución social,²¹⁸ así como la creencia de que en tal progreso los pasos de los individuos deben estar gobernados por un conjunto de conceptos coherentes, ha constituido por mucho tiempo parte fundamental del credo liberal.²¹⁹

Si la mayoría de las veces los hombres no estuviese dirigidos por algún sistema de ideas comunes, no cabría la posibilidad de una política coherente ni de entablar

persona o grupo de personas tiene completa libertad de imponer a los demás las leyes que deseen. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Pág. 181.

²¹⁷ Solamente un demagogo puede presentar como antidemocráticas las limitaciones que imponen al poder de las mayorías temporales las decisiones a largo plazo y los principios generales mantenidos por las gentes. La sujeción a principios a largo plazo, de hecho, da al pueblo más control sobre la naturaleza general del orden político del que poseían si tal naturaleza fuese determinada sólo por decisiones sucesivas de casos particulares. Una sociedad libre necesita medios permanentes de restricción de los poderes del gobierno, sin que importe cuál pueda ser el objetivo particular del momento. Idem.

²¹⁸ El evolucionismo es aquella corriente de pensamiento que trata de explicar el origen del hombre y de las instituciones a la luz de un principio evolutivo o de pervivencia de lo mejor como una alternativa al positivismo que dota a las normas de una cierta fundamentación y su principal exponente es Herbert Spencer (1820-1903). Por tanto, el planteamiento evolucionista no es en absoluto original en Hayek, es una constante en el pensamiento liberal tanto de corte tradicional como actual.

²¹⁹ Según Hayek, la política ha de tratar de aumentar las oportunidades de que todos los participantes desconocidos del mercado alcancen sus objetivos. El objetivo de la política no será, en una sociedad libre, tratar de imponer al mercado una escala única de valores y fines, sino permitir que se cumplan muchas y diferentes intenciones individuales. Para él, los fines no son los que unen a las personas porque sus relaciones son de medios que permiten la conciliación de objetivos diversos y unir a las personas de muy diferentes miras y creencias porque todas obtienen beneficios del acuerdo. La unidad de la humanidad depende en definitiva de las relaciones económicas y de la búsqueda de la satisfacción personal. El mercado es un juego de intercambio y creador de riqueza, en el que todos los jugadores se benefician a pesar de tener cada uno sus propios objetivos. Butler, Eamonn. Op. Cit. Págs. 66, 67 y 68.

discusión real sobre determinadas situaciones. A fin de cuentas, es dudoso que la democracia pueda funcionar si la gran mayoría no tuviese una concepción general común del tipo de sociedad deseada. Los grupos no siempre actúan de acuerdo con su mejor conocimiento u obedecen las reglas morales que reconocen en abstracto más de lo que lo individuos puedan hacerlo. No obstante, solamente invocando tales principios comunes podemos mantener la esperanza de alcanzar mediante la discusión un acuerdo que resuelva los conflictos de intereses utilizando el razonamiento y la argumentación en vez de la fuerza bruta.

La tarea del filósofo político, en la concepción de Hayek, es diferente de la del experto sirviente que se limita a ser vehículo de la voluntad de la mayoría. Aunque no debe arrogarse la postura del dirigente que determina lo que la gente debiera meditar, tiene el deber de mostrar las posibilidades y consecuencias de la acción común y ofrecer amplios objetivos políticos encarnados a un cuerpo de doctrina en el que la mayoría no han pensado todavía. Si la política es el arte de lo posible, la filosofía política es el arte de hacer políticamente posible lo que parece imposible. El filósofo político no cumple su tarea si se limita a cuestiones de hecho y se muestra temeroso de decidir entre valores en conflicto. De hecho, no hay tanta razón para que el filósofo político sospeche que ha fracasado en su tarea como cuando descubre que sus opiniones son muy populares.

El liberal cree simplemente que está en posesión de una razón que, una vez entendida rectamente, inducirá a la mayoría a limitar el ejercicio de su propio poder. El liberal tiene la esperanza de persuadir a la mayoría para que, llegado el momento de tomar determinadas decisiones, acepte dicha razón como guía.

Hoy en día el peligro para la libertad individual no lo constituyen los poderes que las asambleas democráticas manejan efectivamente, sino los que conceden a los administradores encargados de la consecución de fines determinados. Habiéndose acordado que la mayoría debe prescribir las reglas que hemos de obedecer para la persecución de nuestros fines individuales, nos encontramos sujetos más y más a las órdenes y la arbitraria voluntad de sus agentes.

Consideraciones generales y experiencias recientes demuestran que la democracia únicamente continuará siendo efectiva si los gobiernos, en lo tocante a su acción coactiva, se limitan a tareas que puedan llevarse a cabo democráticamente.

No es antidemocrático tratar de persuadir a la mayoría de la existencia de límites más allá de los cuales su acción deja de ser benéfica y de la observancia de principios que están más allá de toda voluntad mayoritaria. La democracia, para sobrevivir, debe reconocer que no es la fuente original de la justicia y que precisa admitir una concepción de esta última que no se manifiesta necesariamente en las opiniones populares sobre la solución particular de cada caso.

La libertad se halla gravemente amenazada, dice Hayek, por el afán de la mayoría, compuesta de gente asalariada, de imponer sus criterios a los demás.

La libertad no significa la posibilidad de conseguir todo cuanto queramos. Al escoger un camino en la vida, siempre tenemos que decidir entre un conjunto de ventajas y de inconvenientes, y, una vez que hemos elegido, hemos de estar dispuestos a aceptar los últimos a cambio del beneficio neto.

Para refinar su teoría de la libertad, Hayek no deja de lado el tema de las diferencias entre mandato y ley. Al respecto afirma que tanto la ley como los mandatos difieren en cuanto a las declaraciones de hecho, a pesar de pertenecer a la misma categoría lógica; además, difieren en razón a su generalidad y abstracción.

El grado de generalidad o abstracción varía continuamente desde la orden que dice a un hombre que haga una cosa particular en determinado lugar y en determinado tiempo, a la instrucción de que en tales y tales condiciones cualquier cosa que haga tendrá que cumplir determinados requisitos. La ley, en su forma ideal, puede ser descrita como un mandato u orden dictada de una vez y para todos, dirigida al pueblo, promulgada prescindiendo de cualquier circunstancia particular en orden al espacio o al tiempo y considerando tan sólo las condiciones concurrentes en cualquier lugar y momento. Es conveniente, sostiene Hayek, no confundir las leyes y los mandatos, aunque no hay duda de que aquéllas vayan transformándose gradualmente en mandatos a medida que su contenido va aumentando en concreción.

La forma en que se distribuyen entre la autoridad y el sujeto actuante los objetivos y el conocimiento que guían una acción determinada es, por tanto, la distinción más importante entre las leyes generales y los mandatos específicos. En un extremo están los órdenes específicos que no dan lugar al súbdito de hacer otra cosa que

no sea lo que le es ordenado con máximo detalle, convirtiéndolo en mero instrumento que se le impide utilizar su propio juicio y reflexión y; en el otro extremo, están las instrucciones generales acerca de lo que se debe hacer o de los fines que en determinado momento han de alcanzarse, dejando a los individuos la ejecución en detalle de acuerdo con las circunstancias concurrentes, es decir, de acuerdo con su propio conocimiento.²²⁰

Comparado con las leyes de una sociedad que cultiva la libertad individual, las normas de conducta de una sociedad primitiva son relativamente concretas. No sólo limitan meramente el radio dentro del cual el individuo puede moldear su propia acción, sino que a menudo prescriben específicamente cómo debe proceder para obtener determinados resultados o lo que ha de hacer en lugares y momentos precisos.

Las normas generales y abstractas especifican que en ciertas circunstancias la acción debe satisfacer determinadas condiciones, pero todas las múltiples clases de acción que satisfagan dichas condiciones son permisibles. Las reglas proveen meramente el marco dentro del cual el individuo ha de moverse, pero de acuerdo con las decisiones propias de dicho individuo.²²¹

²²⁰ La razón de asegurar a cada individuo una esfera conocida dentro de la cual pueda decidir sus acciones es facilitarle la más completa utilización de su conocimiento, especialmente del conocimiento concreto y a menudo único de las circunstancias particulares de tiempo y lugar. La ley le dice con qué hechos puede contar y, por tanto, amplía el radio de acción dentro del cual el individuo puede predecir las consecuencias de sus acciones. Al mismo tiempo le dice qué posibles consecuencias de tales acciones debe tomar en consideración o hasta qué punto será responsable de sus actos. Las leyes sirven o deberían de servir para ayudar a los individuos a formar planes de acción cuya ejecución tenga posibilidades de éxito. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Págs. 156 y 157. Lo que efectivamente encontramos en todas las sociedades libres, asegura Hayek, es que, si bien los grupos de hombres se unen en organizaciones para alcanzar determinados fines particulares, la coordinación de todas las actividades de todas estas distintas organizaciones, así como de los individuos, es obra de las fuerzas que conducen a la formación de un orden espontáneo; el gobierno es el ejemplo de un orden espontáneo más amplio. Un orden espontáneo como lo es la sociedad, debe dirigir las acciones de los individuos mediante reglas en lugar de mandatos específicos, ya que permite utilizar aquel conocimiento disperso que nadie posee en su totalidad. En toda organización cuyos miembros no sean instrumentos del organizador mediante mandatos sólo se determinarán las funciones que debe desarrollar cada miembro, los fines que hay que conseguir y ciertos aspectos generales de los métodos a emplear, dejando en manos de los individuos la decisión de los detalles sobre la base de sus respectivos conocimientos y habilidad. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Págs. 46, 47 y 48. En este orden de ideas, la finalidad del derecho no es ser medio para todo fin, sino sólo una condición para que la mayor parte de los fines individuales puedan ser perseguidos con eficacia. Entre los instrumentos que sirven a varios fines, el derecho es probablemente, después del lenguaje, el que sirve a una mayor variedad de fines individuales. *Ibidem*. Pág. 113.

²²¹ El que el legislador se limite a formular reglas generales antes que mandatos particulares es la consecuencia de su insuperable ignorancia de las circunstancias particulares en las que las leyes se aplicarán. Al fijar a los hombres solamente algunas de las condiciones de sus acciones, el legislador suministra oportunidades y posibilidades, pero nunca certezas de lo que respecta a los resultados de los esfuerzos individuales. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Págs. 158 y 159. La tarea del legislador no consiste en establecer un orden particular, sino sólo en crear las

Las reglas abstractas son instrumentales, son medios puestos a disposición del individuo y proveen parte de la información que, juntamente con el conocimiento personal de las circunstancias particulares de tiempo y lugar, puede utilizar como base para sus decisiones personales. Cuando decimos que la ley es instrumental, apunta Hayek, queremos significar que al obedecerla el individuo persigue sus propios fines y no los del legislador.

Hayek señala que el concepto de libertad bajo el imperio de la ley es su principal preocupación teórica,²²² el cual descansa en el argumento de que, cuando obedecemos leyes en el sentido de normas generales abstractas establecidas con independencia de su aplicación a nosotros, no estamos sujetos a la voluntad de otro hombre y, por tanto, somos libres. Dicha generalidad probablemente es el aspecto más importante de ese atributo de la ley que se ha denominado abstracción.²²³ Una ley verdadera no debe nombrar ninguna particularidad ni destacar especialmente ninguna persona determinada o grupo de personas.

El requisito de que los preceptos de la verdadera ley sean generales no obsta para que a veces se apliquen reglas especiales a diferentes clases de individuos siempre que se refieran a propiedades que solamente ciertos hombres poseen. Tal distinción ni es arbitraria ni sujeta a determinados grupos a la voluntad de otros, siempre que sea igualmente reconocida como justa por los que están dentro y fuera del mismo.

No puede negarse que incluso las normas generales y abstractas, igualmente aplicables a todos, pueden constituir severas restricciones a la libertad. La primera salvaguarda a esta afirmación proviene de que tales reglas deben aplicarse tanto a quienes promulgan como a quienes se ven compelidos a cumplirlas, es decir, igual a los

condiciones en virtud de las cuales puede establecerse un orden e incluso renovarse a sí mismo. Ibidem. Pág. 161.

²²² Como el monopolio de la coacción debe estar en manos del gobierno para evitar que otros la empleen, es importante que no se abuse de ese poder, por tanto, el gobierno debe estar limitado por normas generales, lo que Hayek llama “imperio de la ley”. Véase *Planning and the rule of law*. En Hayek, Friedrich August von. *The road to serfdom*. Op. Cit. Págs. 54 a 65.

²²³ La vida social moderna depende de que nuestra conducta sea normada; estas normas, a decir de Hayek, deben ser abstractas, es decir, no se siguen para lograr un resultado particular, sino que son un marco que nos hace posible la vida social y sus ventajas. Caridad Velarde a este respecto opina que las notas de generalidad y abstracción constituyen la forma que debe adoptar la norma justa. La justicia de la norma se deriva de su acomodación a una serie de principios legitimadores, entre los cuales ocupa un lugar primordial el de igualdad en sentido liberal, es decir, no una igualdad fáctica sino una igualdad ante la ley. La universalidad de las normas constituye la prueba de su justicia ya que una norma sólo es justa cuando es aplicable a todos por igual. Velarde, Caridad. Op. Cit. Pág. 155.

gobernantes que a los gobernados, y de que nadie tiene poder para otorgar excepción alguna.

La afirmación de que la ley nos hace libres, sólo es cierta si por ley se entiende la norma general abstracta o bien cuando se habla de la ley en sentido material, lo que difiere de una ley en el mero sentido formal por el carácter de las reglas y no por su origen. Una ley que contenga mandatos específicos, una orden denominada ley meramente porque emana de autoridad legislativa, es el principal instrumento de opresión.²²⁴

La justificación de una determinada norma de derecho debe ser su utilidad, incluso aunque esta última no sea demostrable mediante argumentos racionales y se conozca únicamente porque la norma, en la práctica, ha demostrado ser más conveniente que ninguna otra; sin embargo, en términos generales, sólo la regla como un todo debe justificarse, no en cada aplicación de la misma.

La necesidad de protección contra la interferencia imprevisible constituye la condición esencial de la libertad individual y su aseguramiento es la principal función de la ley.

En suma, la ley de la libertad, según Hayek, debe poseer ciertos atributos:

En primer lugar, puesto que el Estado de Derecho significa que el gobierno no debe ejercer nunca coacción sobre el individuo excepto para hacer cumplir una ley conocida, ello constituye una limitación de todos los poderes de los gobiernos, sin excluir las asambleas legislativas.²²⁵ Si una ley concede al gobierno poder ilimitado para actuar a su gusto y capricho, todas sus acciones serán legales, pero no encajarán

²²⁴ Los enemigos de la libertad han basado siempre sus razonamientos en la tesis de que el orden de los negocios humanos requiere que alguien mande y que otros obedezcan. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Pág. 159. La legislación o creación deliberada de normas ha sido justamente calificada como una de las invenciones humanas de más profundas consecuencias y vastos efectos, más aún de lo que fuera el fuego y la pólvora en su tiempo. A diferencia del propio derecho, que en este sentido jamás ha sido inventado, la invención legislativa se produjo relativamente tarde en la historia de la humanidad. La actividad legislativa proporcionó a los hombres un instrumento extraordinariamente poderoso que ellos necesitaban para alcanzar ciertos objetivos, pero que los hombre no aprendieron a controlar con la suficiente perfección para evitar que produjeran graves daños. La actividad legislativa ha abierto al hombre un campo de posibilidades totalmente nuevo y le ha dado un nuevo sentido de poder sobre su propio destino. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Pág. 72.

²²⁵ Para Hayek, la sociedad libre no es la que carece de normas, leyes y poderes estatales, sino aquella en que el mismo gobierno está limitado por normas previsibles.

ciertamente dentro del Estado de Derecho.²²⁶ El Estado de Derecho, por tanto, es también más que el constitucionalismo²²⁷ y requiere que todas las leyes se conformen con ciertos principios.²²⁸

El imperio de la ley no es una regla legal, sino una regla referente a lo que la ley debe ser, una doctrina metalegal o un ideal político.

El principal medio de coacción a disposición del poder público es el castigo. Bajo el imperio de la ley, le es lícito, mediante los métodos punitivos, invadir la esfera privada que protege a determinada persona, si ésta ha quebrantado una regla general promulgada debidamente. El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es, por tanto, la consecuencia más importante del Estado de Derecho.²²⁹

El segundo atributo requerido por las verdaderas leyes es que sean conocidas y ciertas. Difícilmente puede exagerarse la importancia que la certeza de la ley tiene para el funcionamiento suave y eficiente de la sociedad libre. El punto esencial es la posibilidad de predecir las decisiones de los tribunales y no que todas las reglas que las determinan se puedan manifestar mediante palabras.²³⁰ Aunque tratemos siempre de

²²⁶ El concepto de gobierno sugiere dos funciones distintas que deben mantenerse separadas: La sanción de las normas generales de recta conducta (*nomos*) y la dirección de la organización creada para ofrecer diversos servicios a la colectividad de los ciudadanos (*thesis*). Su principal preocupación debe dirigirse no hacia necesidades particulares conocidas, sino hacia las condiciones para preservar un orden espontáneo que permita a los particulares satisfacer sus necesidades. Cfr. Ibidem. Pág. 131. y Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 2. Op. Cit. Pág. 2.

²²⁷ Una constitución es esencialmente una super estructura erigida sobre un sistema de normas preexistentes y encaminadas a organizar la sanción y aplicación de esas leyes. Es una sobreestructura diseñada para regular el continuo proceso de desarrollo del conjunto existente de leyes y evitar cualquier confusión entre poderes del gobierno para hacer observar las normas en que se basa el orden espontáneo de la sociedad y el uso de los medios materiales confiados a su administración para prestar servicios a los individuos y a los grupos. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Pág. 134. Y el constitucionalismo significa gobierno limitado, sin embargo, es evidente que el intento por garantizar la libertad individual por medio de la constitución ha fracasado. Ibidem. Pág. 1. En este sentido, hace una fuerte crítica al decir que vivimos en una época de enorme transformación del derecho, que tal como lo conocemos ahora como la principal protección de la libertad individual, esta destinado a desaparecer ya que en muchos campos se han convertido los juristas en instrumentos no de justicia, sino de un aparato en el que el individuo debe servir a los fines de sus legisladores. Ibidem. Págs. 66 y 67.

²²⁸ Una de las tareas del Estado de Derecho es, precisamente, frenar al gobierno en sus actividades coactivas.

²²⁹ Lo que distingue a una sociedad libre de otra carente de libertad es que en la primera el individuo tiene una esfera de acción privada claramente reconocida y diferente de la esfera pública; que asimismo, no puede recibir cualquier clase de órdenes y que solamente puede esperarse de él que obedezca las reglas igualmente aplicables a todos los ciudadanos. De lo que el hombre libre puede presumir es de que, mientras se mantenga dentro de los límites fijados por las leyes, no tiene necesidad de solicitar permiso de nadie ni de obedecer orden alguna. Hayek, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Op. Cit. Págs. 207 y 208.

²³⁰ Hayek considera que hay una categoría de normas que son las aprendidas al principio por el mismo proceso de observarlas en acción, pero que también podemos tratar con palabras. Da el ejemplo del

descubrir los principios más generales sobre los que descansan nuestras decisiones, es probable que siempre nos hallemos en un proceso que no tiene fin y que nunca podrá completarse.

El tercer requisito de la verdadera ley es la igualdad. El que una ley se aplique igual a todos, no sólo significa que sea general en el sentido al que ya se ha hecho referencia. Una ley puede ser perfectamente general refiriéndose solamente a las características formales de las personas afectadas e, incluso, haciendo provisiones diferentes para las distintas clases de personas. El ideal de igualdad de la ley tiende a perfeccionar las posibilidades de ciudadanos todavía desconocidos y no a beneficiar o dañar a personas conocidas y de una manera predecible.

Muchas veces se afirma que la ley, además de ser general e igual dentro del Estado de Derecho, también debe ser justa; sin embargo, es problemático que se posea otro criterio formal de justicia distinta del de generalidad e igualdad, a no ser que se pueda experimentar dicha ley examinando su conformidad con reglas más universales que, aunque quizá no estén escritas, se acepten con carácter de generalidad una vez que han sido formuladas.

Las leyes no puede elaborarse teniendo en cuenta casos concretos, tampoco los casos particulares puede decidirse a la luz de nada que no sea una norma general, aun cuando no haya sido explícitamente formulada y, en consecuencia, necesite ser descubierta.

Con todo lo que se ha dicho hasta este momento cabe plantearse dos preguntas concretas en torno al tema que nos ocupa: ¿Es posible utilizar la ideología liberal evidentemente económica de Hayek como fundamento de la libertad individual en las voluntades anticipadas? Y, en caso afirmativo, ¿cómo?

derecho consuetudinario (*common law*) que se ha formado siguiendo una compilación de causas y sentencias que pueden servir de precedente para futuros litigios, pero, evidentemente, encontramos útil poder redactar los principios que se asocian en esas sentencias. Para él, la mayoría de los fallos judiciales son en realidad tentativas de explicar normas de justicia que se siguen en la práctica, pero que no se han redactado previamente. En *Law, legislation and liberty* explica que las normas que gobiernan la conducta humana y que hacen que ésta parezca inteligente tienen dos atributos: 1) Que la mayor parte de las normas de conducta son observadas en la acción sin que sean conocidas de forma articulada, verbalizada o explícita por la persona que actúa. Y 2) Es que tales normas son observadas porque de hecho dan al grupo en que se practican una fuerza, y no porque este efecto sea conocido por aquellos que las observan. Hayek, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vol. 1. Op. Cit. Pág. 19.

De acuerdo con las ideas expuestas del utilitarismo de Mill la libertad es algo que conviene mantener por los resultados que produce y la intervención gubernamental en la libertad personal es favorable en la medida en que beneficia la colectividad.²³¹ Hayek, en cambio, emulando la terminología de Max Scheler considera a la libertad como un valor intrínseco,²³² es decir, la libertad es algo que tiene una valía por sí misma y la cual debe respetarse sin considerar si serán benéficas o no las consecuencias en cada caso particular.

Esta afirmación es de especial importancia porque es la piedra angular de su pensamiento, ya que para él la libertad no es algo que sirve para sino algo valioso por sí mismo, es por ello que no le interesan las consecuencias del uso de la libertad porque ésta no se mide en función de los resultados obtenidos porque en su mayoría no pueden ser pronosticables, sino en las posibilidades u oportunidades que ofrece a los individuos de aplicar su conocimiento concreto en situaciones particulares.²³³

Así, la libertad como un valor en sí se convierte en fuente y condición necesaria de los valores morales, es decir, la justicia, la igualdad, la seguridad jurídica, etc. serán valores instrumentales, sólo serán valiosos en tanto que sirvan para a los fines de la libertad.

²³¹ John Stuart Mill, Adam Smith y Ludwig von Mises se consideran los antecedentes inmediatos de Hayek. Cfr. Velarde, Caridad. Op. Cit. Pág. 64. Sin embargo, es conveniente hacer algunas aclaraciones al respecto. Hablar de Mill significa hablar de liberalismo. Él mismo se consideró liberal y la historia del pensamiento lo ha catalogado como tal, sin embargo, el movimiento neoliberal lo mira con recelo por su abandono a los presupuestos básicos de la economía clásica amparándose en un nuevo modo de ver a la economía como una ciencia rigurosa y su pretensión de descubrir para ella leyes de alcance universal en el tiempo y en el espacio. En él se combinan dos aspectos que motivan su rechazo en los neoliberales: El economicismo y el racionalismo de corte francés. El individualismo en la obra de Mill es fácilmente adaptable tanto a la ideología socialista como a la liberal. Ese individualismo es precursor del moderno socialismo por su forma de entender a la libertad como la necesaria independencia del poder público para que el individuo (intelectualmente calificado) pueda desarrollar sus ideas. Si bien Mill no puede ser considerado como un antecedente del socialismo, sí lo es del paternalismo estatal. Hayek considera que el utilitarismo de Mill (aunque en varias ocasiones se refiere a este término en sus obras y es considerado elemento en su construcción teórica) se identifica con un concepto bastante atacado por él, el constructivismo. Cfr. Ibidem. Págs. 84 a 90.

²³² Max Scheler distingue dos tipos de valores: Los instrumentales o valores por referencia y los intrínsecos o valores en sí. Los primeros son los aquellos que sirven por referencia a una cosa distinta, por ejemplo, un fármaco que sirve para curar de la enfermedad, el valor del fármaco esta en función de la posibilidad de curar, si no lo puede hacer no tiene valor. Estos valores son útiles para otra cosa distinta. Los segundos son aquellos que valoramos por sí mismos no por referencia a otra cosa distinta, dice Scheler que la mejor manera de saber si estamos en presencia de cosas valiosas en sí mismas es imaginar un mundo en el que si faltasen tendríamos la sensación de haber perdido algo muy importante, en este caso, por ejemplo, la libertad. Éstos son los más importantes, son el centro de la teoría del valor.

²³³ Libertad no es una mera ausencia de obstáculos o ausencia de coacción, es la oportunidad de decidir conforme nuestro propio arbitrio un curso de acción de acuerdo al personal conocimiento de las circunstancias y condiciones especiales.

La libertad individual es entendida como la posibilidad que tiene toda persona para ordenar su acción de acuerdo con sus intenciones presentes. Esto supone la necesidad de delimitar esa libertad de acción a un campo concreto de tal forma que aparece, como en su momento fue en Mill, la figura de la esfera privada; sin embargo, considera que el objetivo no es proteger a los hombres de las acciones de otros que les puedan perjudicar, es decir, no da lugar al proteccionismo moral o jurídico, sino más bien el propósito es sustraer algunos principios directivos de acción personal al control de los demás, en otras palabras, se postula a una delimitación en de las facultades de intromisión tanto de particulares como estatales.²³⁴

En base a esto, Hayek sería partidario de exaltar la libertad de decisión personal en el tema de las voluntades anticipadas. Según su postura, cada individuo tiene la posibilidad de decidir por sí mismo todo lo relacionado con su cuerpo, su salud y su vida, no importa qué uso haga de esa libertad o qué consecuencias pueda producir en él su acción, lo fundamental es hacer uso de esa posibilidad. El grado de interferencia se vincula con la cantidad de conocimiento que se posea, es por ello que en lo que él llama sociedad libre, nadie conoce mejor las circunstancias e, incluso, las consecuencias que el propio individuo, esta es razón suficiente para que el “gobierno” que sólo posee un conocimiento general debe respetar las decisiones individuales. Con este argumento de Hayek se podrían defender temas controvertidos que envuelven de las voluntades anticipadas, tales como la eutanasia o el suicidio asistido.

Además, en caso de conflicto de valores como pueden ser la dignidad humana, el bien común, la vida, etc. tendría preferencia la libertad constituyéndose así como supervalor y fundamentador de todos los demás.

Gracias al pensamiento de Hayek se puede lograr uno de los propósitos de este capítulo que consiste en mostrar los argumentos que favorezcan a la libertad como único valor a considerar cuando una persona ha de tomar decisiones relativas al final de su vida, sus cuidados y su muerte.

²³⁴ De este modo, vislumbra el papel que deben desempeñar el derecho y la moral en este tema. Rehúye del proteccionismo que podría considerarse propio del socialismo al que tanto ataca a lo largo de su vida, por lo que cree que la solución está más bien en la delimitación de las acciones. El derecho y la moral no pueden proteger el valor libertad a fin de asegurar que no habrá intromisiones por parte de terceros, en cambio sí pueden delimitar acciones concretas de otros dirigidas a impedir que se expresen decisiones personales y que éstas sean cumplidas.

Las ideas de evolución y progreso son el principal motor intelectual de Hayek por ello considera que una verdadera libertad no puede ser concebida a partir de la fórmula permiso-acción. Es decir, si una persona tuviera que pedir permiso para redactar sus voluntades anticipadas, aun cuando se le otorgase, esto no sería libertad. En primer lugar porque conlleva al conflicto de preguntar a quién solicitar ese permiso: ¿Al gobierno? ¿A la mayoría? En segundo lugar, al haber redactado o expresado su voluntad, para hacerlas efectivas en algún momento también se tendría que pedir el permiso volviendo al problema anterior. Esto, en opinión de Hayek, conduciría a una sociedad estancada carente de toda libertad. En este sentido ante la posibilidad que tiene cada persona, derivada de su propio conocimiento, para decidir sobre su tratamiento, su cuidado, su muerte, etc. no debe estar sujeta a permisos particulares de ninguna especie, sino estar bajo el sustento de reglas generales, que lejos de ser coactivas, permiten planear individualmente el modelo de vida.

Pero, ¿cabría hablar de coacción en las voluntades anticipadas según Hayek? Indudablemente toda acción humana puede ser coaccionada, no porque se pierda la capacidad de elegir, sino porque las acciones van dirigidas a servir la voluntad de otro, se pierde la posibilidad de emplear los conocimientos propios para el servicio de los fines propios. Por ejemplo, la restricción legal de contemplar la eutanasia como alternativa terapéutica podría ser vista desde este razonamiento como una forma de coacción porque no se persiguen los fines de la persona pudiera quererla, sino los de la sociedad, el gobierno, el bien común, etc. Sin embargo, la coacción cuando es impersonal, es decir, se basa en reglas generales y abstractas, se convierte en un instrumento para que la persona persiga sus propios fines y no los de otro. Así, dicha prohibición legal dejaría de ser coactiva si la persona la conoce de antemano. Esto conduce al problema del contenido de esas reglas generales y abstractas. Es en este punto donde resalta la importancia de los principios generales o comunes los cuales han de limitar tanto la legislación como a las acciones individuales.

Así como un juez decide entorno a leyes, el legislador lo hace conforme a ciertos principios. Aunque no hace mención expresa de cuáles son esos principios

indudablemente son aquellos que sirvan para que se realice un valor superior, la libertad.²³⁵

Una legislación que pretenda regular las voluntades anticipadas, desde la concepción ideológica de Hayek, debe cumplir ciertos requisitos: 1) Limitar la actividad de los particulares y del gobierno mismo en las decisiones que conciernan sólo a la persona. 2) Evitar que la mayoría imponga una igualdad moral o material. 3) Contener solo instrucciones generales a modo de que los individuos apliquen su conocimiento y experiencia propia en cada caso concreto. Y 4) Contemplar algunas consecuencias que el individuo debe tener presente para tomar su decisión. En suma, debe ser instrumento para la acción y no determinante de esta; ofrecer posibilidades y oportunidades, pero no certezas.

Finalmente, la libertad que defiende Hayek va íntimamente ligada con el concepto de responsabilidad, es decir, la aptitud de soportar las consecuencias de las acciones y, a la vez, ser la guía de éstas. En este orden de ideas, la persona que tiene libertad para disponer sobre ciertas cuestiones relativas a su vida y a su muerte, aunque aquella no se defina por los resultados obtenidos, inevitablemente conlleva a afrontarlos de acuerdo con su propia escala de valores.²³⁶

En suma, la moral es una cuestión que atañe solamente al individuo, pese a su trascendencia para el mantenimiento del orden social. La moral, tanto en su origen como en sus manifestaciones, es estrictamente subjetiva. Se trata de un presupuesto de la actuación de las personas, nace en el individuo y él es el único dueño de adecuar o no su conducta a las normas morales. Las decisiones morales se adoptan en el interior de las personas y no pueden determinarse externamente. Moral implica hacer referencia a convicciones, a creencias, a un ámbito que escapa de la coacción. Ulteriormente estas convicciones se pueden materializar en derecho positivo y a partir de entonces deberá intervenir el poder público para garantizar el cumplimiento de los imperativos legales. Aquí radica la importancia de la creencia liberal en la capacidad de autodomínio del hombre, según la cual el individuo no necesita que ningún agente externo le diga lo que

²³⁵ Las reglas generales y abstractas deben obedecer a esos principios, es decir, deben formularse de acuerdo a la libertad individual. La función de los principios en la legislación que hace Hayek obedece al estado en que se encontraba la teoría y la filosofía del derecho en ese momento, lo ciertamente novedoso, aunque no de todo, es que él establece un valor rector de todos esos principios.

²³⁶ A pesar de hacer una fuerte valoración de la responsabilidad en ejercicio de la libertad y que sin duda es una aportación al pensamiento ético contemporáneo, no concibe una responsabilidad colectiva.

tiene que hacer porque él ya sabe cómo comportarse. Hayek identifica lo moralmente bueno con lo beneficioso, entendiendo por “beneficio” a lo que se refiere al individuo particular.

La acción humana libre es eficaz fundamentalmente por un motivo de estrategia económica ya que es imposible que un solo hombre conozca todos los datos necesarios para proponer una actuación económica eficaz en la sociedad; en cambio, cada uno de los individuos posee el conocimiento preciso para que su actuación sí lo sea.

2.3 El Estado mínimo y el principio de compensación de Nozick.

El filósofo norteamericano y profesor de las universidades de Columbia, Harvard, Oxford y Princeton de filosofía política y filosofía del derecho, Robert Nozick, en su obra *Anarquía, Estado y Utopía*²³⁷ publicada en 1974 se perfila como uno de los principales defensores de la filosofía política libertaria de su tiempo. Su libro nace a modo de respuesta a la Teoría de la Justicia de John Rawls publicada tres años antes, la cual es calificada por Nozick como un trabajo vigoroso, profundo, sutil, amplio y sistemático dentro de la filosofía política y la filosofía moral, como no se había visto otro igual al menos desde los escritos de John Stuart Mill.

Los postulados de su pensamiento libertario proporcionarán a este capítulo argumentos a favor de la libertad individual y, quizá con mayor ahínco, mediante su concepción acerca de naturaleza y alcance del Estado, se podrá fijar una postura acerca de cuál es el alcance de las funciones estatales en las voluntades anticipadas, así como justificarla.

Su principal argumento descansa en que sólo se justifica (y es correcto) un “Estado mínimo” encargado de la protección contra la violencia, el robo, el fraude, el cumplimiento de los contratos, etcétera; cualquier Estado que vaya más allá de estas funciones protectoras (un Estado más extenso) violaría el derecho de las personas de no

²³⁷ Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Trad. Rolando Tamayo. FCE. México. 1988. Un año más tarde se publicó *Meditaciones sobre la vida* el cual presenta una serie de reflexiones personales en diversos temas, lo hace, dice el propio Nozick, no como una teoría sino como un retrato que nos permita descubrir lo que somos y cuál es nuestro camino. Explica, además, que sus meditaciones comienzan a cierta distancia de las consideraciones éticas, hacer abstracción de la ética nos permite ver allende lo correctivo. En 1981 se publicó *Explicaciones filosóficas* el cual no se ha traducido al castellano y, sin embargo, es una obra filosófica de vital importancia en la actualidad, en él trata de fundamentar el valor de la vida humana como una aportación única e irremplazable a la Creación.

ser obligadas a hacer ciertas cosas, éste tipo de Estado carece de justificación.²³⁸ Usar el aparato coactivo para hacer que algunos ciudadanos ayuden a otro, o para prohibirles una actividad para su propio bien o protección son ejemplos de lo que no puede hacer el Estado.

En este sentido, considera que el Estado en el afán de mantener el monopolio del uso de la fuerza²³⁹ y de proteger a todos sus ciudadanos dentro de un territorio necesariamente ha de violar los derechos individuales,²⁴⁰ por ende, el Estado es intrínsecamente inmoral.²⁴¹

²³⁸ El Estado mínimo es el Estado más extenso que se puede justificar. Cualquier Estado más extenso viola los derechos de las personas. Ibidem. Pág. 153. Una idea que puede apoyar a un Estado extenso sostiene que las personas tienen el derecho de intervenir en las decisiones que afectan de manera importante sus vidas, por tanto, se necesita un gobierno más extenso para ejercer ese derecho y que sería una de las formas institucionales a través de las cuales se ejercería este derecho. Pero en este caso, la concepción retributiva se encargaría de examinar los medios por los cuales la vida de la gente es afectada de manera importante. Algunas formas que afectan su vida de manera importante violan sus derechos y, por tanto, son moralmente prohibidas, por ejemplo, matar a una persona. Ibidem. Pág. 260. Para Nozick, el Estado mínimo es el que mejor reduce las posibilidades de usurpación o manipulación del Estado por las personas ansiosas de poder o de beneficios económicos. El Estado mínimo no es neutral con respecto a sus ciudadanos. Un Estado que fuera moralmente neutro, que fuera indiferente a todo valor que no sea mantener el derecho y el orden no lograría suficiente lealtad para sobrevivir. Ibidem. Págs. 263 y 287. Para él, el Estado moralmente favorecido, el único Estado moralmente legítimo, el único moralmente tolerable es el que mejor realiza las aspiraciones utópicas como más adelante lo detallaré. En suma, el Estado mínimo nos trata como individuos inviolables que no podemos ser usados por otros de cierta manera, como medios o herramientas o instrumentos o recursos; nos trata como personas que tienen derechos individuales y con dignidad. Que se nos trate con respeto, respetando nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien elijamos, decidir nuestra vida y alcanzar nuestros fines y nuestra concepción de nosotros mismos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros que posean la misma dignidad. Cfr. Ibidem. Pág. 319.

²³⁹ Max Weber considera que el monopolio del uso de la fuerza en un área geográfica incompatible con la imposición privada de derechos es fundamental para la existencia de un Estado. Véase Weber, Max. *Theory of social and economic organization*. Free Press. New York. 1966. Pág. 156.

²⁴⁰ Si hay una sociedad “deseable” escogeríamos habitarla, aun cuando algunos de nuestros derechos fueran algunas veces violados en ella, en vez de irnos a una isla desierta donde podríamos vivir solos. Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Op. Cit. Pág. 41.

²⁴¹ Según Nozick, algunos anarquistas han afirmado que no sólo estaríamos mejor sin un Estado, sino que cualquier Estado viola necesariamente los derechos morales de los individuos, por tanto, es intrínsecamente inmoral. Para él, la filosofía moral establece el trasfondo y los límites de la filosofía política. Lo que las personas pueden o no pueden hacerse unas a otras, limita lo que el Estado puede hacer o no hacer mediante su aparato coercitivo. Las prohibiciones morales que es permisible imponer son la fuente de toda legitimidad que el poder coactivo fundamental del Estado tenga. El poder coercitivo fundamental es un poder que no reposa en ningún consentimiento de las personas a quienes se aplica. Ibidem. Pág. 19. Un anarquista individualista en contra del Estado sostiene que éste monopoliza el uso de la fuerza en un territorio y castiga a otros que violan ese monopolio y cuando da protección a todos forzando a algunos a comprar protección para otros, violas las restricciones indirectas sobre cómo deben ser tratados los individuos. Por tal motivo el Estado es intrínsecamente inmoral. El Estado concede que en ciertas circunstancias es legítimo castigar a las personas que violan el derecho de otros, puesto que él mismo lo hace así. ¿Cómo es entonces que el Estado acoge para sí el derecho de prohibir la exigencia privada de justicia por parte de otros individuos no agresivos, cuyos derechos han sido violados? Cuando un grupo de personas se une y forma un Estado, comienza a castigar y, al mismo tiempo, a prohibir que otros hagan lo mismo. Monopolizar el uso de la fuerza es inmoral, así como lo es la redistribución a través del aparato impositivo del Estado. Ibidem. Págs. 61 y 62.

En contra de la tesis que sostiene que el Estado se justifica en tanto que se dirige a una justicia distributiva entre sus ciudadanos, establece que una teoría de la justicia retributiva que no requiere de un Estado más extenso.²⁴²

Para John Locke, los individuos en un estado de naturaleza se encuentran en un estado de perfecta libertad tanto para ordenar sus actos como para disponer de sus posesiones y persona según lo juzguen conveniente dentro de los límites del derecho natural sin requerir permiso y sin depender de la voluntad de ningún otro. La persona que transgreda esos límites y provoque un daño a los demás puede ser castigada proporcionalmente a la trasgresión; sin embargo, para Locke hay ciertos inconvenientes del estado de naturaleza los cuales pueden ser solucionados por el gobierno civil; sin embargo, nadie puede entrar en la sociedad civil, alguien se puede abstener y mantenerse en la libertad del estado de naturaleza, aun si la mayoría escogiera entrar.

²⁴² A pesar de que no interesa para los objetivos de este capítulo el análisis exhaustivo de la Teoría de la Justicia de Nozick, conviene precisar algunas cuestiones para comprender mejor su posición en relación al Estado mínimo. La segunda parte de su obra *Anarquía, Estado y Utopía* la dedica a desarrollar su Teoría de la Justicia Retributiva, cuyos lineamientos generales son que las pertenencias de una persona son justas si tiene derecho a ellas por los principios de justicia en la adquisición y en la transferencia (descripciones generales de intercambio voluntario, obsequio o fraude, así como las referencias convencionales establecidos en una sociedad dada), o por el principio de rectificación de injusticia (se vale de información histórica sobre situaciones anteriores y sobre injusticias cometidas en ellas y proporciona una descripción de las pertenencias en la sociedad). El principio completo de justicia distributiva, según Nozick, diría simplemente que una distribución es justa si cada uno tiene derecho a las pertenencias que posee según la distribución. Para Rawls el problema de la justicia social distributiva es cómo se deben distribuir o repartir los beneficios de la cooperación. Ejemplificando la postura de Nozick, el principio de distribución de acuerdo al mérito moral (Rawls rechaza categóricamente la distribución de conformidad con el merecimiento moral; tampoco la concepción retributiva acepta la distribución de acuerdo al merecimiento moral) requiere que todas las partes que se vayan a repartir varíen directamente según el mérito moral; lo mismo valdría si se sustituye el “mérito moral” por “utilidad social”, o por “necesidad”, o por su “producto marginal”, etc. Nozick sostiene que todos estos principios de justicia distributiva son pautados, a diferencia de su principio retributivo el cual no es pautado. Además, pensar que la tarea de una teoría de justicia distributiva es llenar el espacio de “a cada uno según sus...” es estar predispuesto a buscar una pauta, a tratar a la producción y a la distribución como dos cuestiones separadas e independientes. Según su teoría retributiva, éstas no son cuestiones separadas. Los principios distributivos pautados no dan a la gente lo que los principios retributivos dan, porque no dan el derecho a decidir perseguir un fin que implica el mejoramiento de la posición de otro. Los principios pautados de justicia distributiva necesitan actividades retributivas, porque un teórico retributivo encontraría aceptable cualquier distribución resultante del intercambio voluntario de los participantes. Para ese teórico, cualquier conjunto de pertenencias que surja de un proceso legítimo, especificado por un principio de transferencias, es justo; así mismo, cualquier conjunto de principios que surja de la posición original (el hombre racional con el velo de ignorancia) a través del limitado proceso de acuerdo unánime es para Rawls el conjunto de principios correctos de justicia. Ibidem. Págs. 154 y ss. Además, dice Nozick, la concepción retributiva de justicia de pertenencias no establece ninguna presunción a favor de la igualdad, ni de otro estado final superior o establecimiento de pautas. No se puede simplemente suponer que la igualdad tenga que estar integrada en cualquier teoría de la justicia. Hay una sorprendente escasez de argumentos a favor de la igualdad como valor en sí misma que sean capaces de asir las consideraciones que subyacen en una concepción global y no pautada de justicia de pertenencias. Ibidem. Págs. 228 y ss.

Nozick, reticente a la solución de Locke, sostiene que solamente hasta que todos los arreglos y acuerdos voluntarios que las personas pudieran realizar en el ejercicio de sus derechos, y sólo después de que los efectos de éstos sean considerados, estaremos en posición de apreciar cuán serios son los inconvenientes que aun quedan por remediar por el Estado y estimar si el remedio no es peor que la enfermedad.

Con el anterior razonamiento se empieza a perfilar el pensamiento de Nozick, él no rechaza la necesidad del Estado, pero sí intenta limitar al máximo sus facultades coercitivas sólo en aquello en que los individuos no puedan establecer un acuerdo voluntario. Para él la gente tiende a olvidar las posibilidades de actuar con independencia del Estado.²⁴³

El Estado reclama el monopolio sobre la decisión de quién puede usar la fuerza, cuándo y en qué condiciones, se reserva para sí el derecho de legislar sobre la legitimidad y permisibilidad de cualquier uso de la fuerza dentro de sus límites. Pero en el pensamiento de Nozick, la permisibilidad moral no es cuestión de decisión y el Estado no necesita ser tan egomaniático como para pretender el derecho único de decidir cuestiones morales.

Nozick siguiendo los planteamientos millianos sostiene que los derechos de los demás determinan las restricciones de nuestras acciones.²⁴⁴ La formulación de la tesis de las restricciones indirectas supone la prohibición de violar las restricciones morales en la consecución de nuestros fines. Las restricciones indirectas a la acción reflejan el imperativo kantiano de que los individuos son fines y no simplemente medios, es decir, no pueden ser sacrificados o usados, sin su consentimiento, para alcanzar otros fines. Los individuos son inviolables y, en este sentido, la filosofía política se ocupa de ciertas

²⁴³ Nozick diferencia dos tipos personas: Aquellas que actúan al margen del Estado (sin ser actividades ilícitas) y aquellas que desean ser reguladas en forma paternalista. Las primeras, por ejemplo, solucionan sus disputas fuera del orden jurídico del Estado, deciden someterse a arbitraje, acuden con otros jueces o tribunales que ellos escogen; en tanto que las segundas, olvidan las posibilidades de contratar limitaciones particulares sobre su propia conducta, aceptan las restricciones que un legislador decide establecer. Para tal efecto formula la siguiente interrogante: ¿Hay alguien que buscando un grupo de personas sabias y sensibles que regulen para su propio bien, escogería al grupo de personas que integran los miembros de ambas cámaras del Congreso? Ibidem. Pág. 27.

²⁴⁴ Las restricciones son establecidas por principios o disposiciones jurídicas que operan en la sociedad, son establecidos por los derechos que las personas poseen en el Estado mínimo. Por ejemplo, mis derechos de propiedad sobre mi cuchillo me permiten dejarlo donde yo quiera, pero no en el pecho de otro. Ibidem. Pág. 172.

formas en que las personas no pueden usar a los demás, principalmente lo relacionado a la agresión física contra ellos. De este modo, las restricciones indirectas expresan la inviolabilidad de las personas. Pero ante este planteamiento él se pregunta ¿por qué no se puede infringir esta inviolabilidad por un bien social mayor? Cada uno de nosotros, dice Nozick, individualmente escogemos algunas veces padecer algún dolor o un sacrificio para obtener un beneficio mayor o para evitar un daño más grande: Vamos al dentista para evitar, a la postre, un sufrimiento peor; hacemos algún trabajo desagradable por sus resultados... En cada caso, algún costo es impuesto en razón de un bien mayor. Entonces ¿por qué no sostener, de forma similar, que ciertas personas tengan que soportar algunos costos que beneficien a otras personas en razón de un bien social superior? Las restricciones morales reflejan el hecho de que ningún acto moralmente compensador puede tener lugar entre las personas, no hay nada que moralmente prepondere sobre una de nuestras vidas en forma que conduzca a un bien social general superior.²⁴⁵ En la sociedad hay diferentes individuos, cada uno con vidas separadas²⁴⁶ y que, por tanto, ninguno puede ser sacrificado por los demás, este es el fundamento para la existencia de restricciones morales indirectas, además de restricciones libertarias indirectas que prohíben la agresión contra otros.²⁴⁷

²⁴⁵ En vez de un simple principio de costo-beneficio, el principio correcto requiere para que un acto sea moralmente permitido, no meramente que sus beneficios morales superen los costos morales, sino que no haya ninguna otra acción disponible con menos costo moral, de forma que el costo moral adicional de la acción considerada sobre la alternativa supere su beneficio moral adicional. Ibidem. Págs. 103 y 104.

²⁴⁶ La tercera y última parte de su obra *Anarquía, Estado y Utopía* la dedica a la Utopía. Él afirma que debe ser entendida como el mejor mundo imaginable para cada uno de nosotros, a pesar de que el mejor de los mundos posibles para uno puede no serlo para otro. Al este respecto, establece varias “rutas” para alcanzar tal aspiración, la primera sostiene que las personas son diferentes en temperamento, en intereses, el capacidad intelectual, especulaciones, clase de vida, valores..., no hay ninguna razón para pensar que hay una sola comunidad que sirva como ideal a todas las demás, la utopía, entonces, consiste en muchas comunidades diversas y divergentes en las cuales las personas llevan diferentes clases de vida bajo diferentes instituciones; así, la utopía es sólo un marco de utopías, un lugar donde las personas están en libertad de unirse voluntariamente para perseguir y tratar de realizar su propia concepción de vida buena en la comunidad ideal, pero donde ninguno puede imponer su visión sobre los demás. Dado esta complejidad en las personas (la tercera ruta teórica hacia la utopía) agrega que es improbable que, aun si hubiera una sola pauta ideal para la sociedad, se pudiera llegar a ella de forma *a priori*. Tenemos una gran incapacidad para formular explícitamente principios que manejen con anticipación todas las diversas situaciones complejas que surjan, por tanto, las decisiones le corresponden a cada uno sin ningún lineamiento establecido con anticipación, no hay una planeación en detalle por anticipado. El marco de la utopía de Nozick, equivale a su idea de Estado mínimo. Cfr. Ibidem. Págs. 298 y ss. En la introducción de *Meditaciones sobre la vida*, él insiste en la “individualidad” de la vida al decir que cuando guiamos nuestra vida por la reflexión vivimos nuestra vida y no la de otro. Nozick, Robert. *Meditaciones sobre la vida*. Trad. Carlos Gardini. Gedisa. Barcelona. 1992. Pág. 14.

²⁴⁷ Las prohibiciones libertarias son usualmente formuladas en tal forma que prohíben el uso de la violencia contra las personas inocentes. Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Op. Cit. Pág. 46.

Siguiendo este razonamiento, a modo de ejemplificar su postura kantiana, establece el postulado “utilitarismo para animales, kantismo para personas”, según el cual los seres humanos no pueden ser usados o sacrificados en beneficio de otros, en tanto a que los animales pueden ser usados o sacrificados en beneficio de las personas o de otros animales sólo si tales beneficios son mayores que el mal infligido.²⁴⁸

Además, a través de su ejemplo de la máquina de experiencias y de la máquina de resultados fortalece su argumento en el sentido de que a nadie nos gusta que vivan nuestra vida, ni que nuestras experiencias se encadenen a un tipo de persona, lo que deseamos es vivir (verbo activo) nosotros, en contacto con la realidad (esto no lo pueden hacer las máquinas por nosotros).

Las propuestas tradicionales a las características individuales conectadas a las restricciones morales, a decir de Nozick, son las siguientes: Sensible y autoconsciente; racional (capaz de usar conceptos abstractos no vinculados a respuestas de estímulos inmediatos); poseedor de libre albedrío; ser un agente moral capaz de guiar su conducta por principios morales y de comportarse con limitaciones mutuas de conducta y; tener un alma. En torno a esto se pregunta: Si un ser es capaz de escoger autónomamente entre alternativas²⁴⁹ ¿hay alguna razón para dejarle hacerlo? ¿Son intrínsecamente buenas las decisiones autónomas? Si una persona pudiera tomar, sólo una vez, una decisión autónoma y lo olvidara inmediatamente después, ¿habría razones poderosas para dejarlo escoger? Que un ser pueda convenir con otro en limitaciones normativas mutuas que gobiernen la conducta, muestra que él puede observar límites, pero no muestra qué límites pueden ser observados con respecto a él, ni por qué ciertos límites debe, de alguna manera, ser observados. ¿No hemos sido injustos al tratar de

²⁴⁸ Propone una jerarquía en la que se distinguen tres *status* morales: *Status 1*: El ser no puede ser sacrificado o dañado en beneficio de ningún otro organismo. *Status 2*: El ser puede ser sacrificado o dañado únicamente en beneficio de seres superiores en escala, pero no en beneficio de seres del mismo nivel. *Status 3*: El ser puede ser sacrificado o dañado en beneficio de otros seres del mismo nivel o de otro superior en escala. Si los animales ocupan el *status 3* y los seres humanos el *status 1*, ¿quién ocupa el *status 2*? ¿O los seres humanos ocupamos el *status 2*? De ser así, ¿se podría sacrificar a una persona en beneficio de seres superiores? Ibidem. Pág. 56.

²⁴⁹ Que las acciones de una persona sean voluntarias depende de lo que limita sus alternativas, si son limitadas por hechos de la naturaleza, por ejemplo, no tener alas, las acciones son voluntarias; pero cuando las acciones de las personas ponen límites a otras, las acciones no son voluntarias. Cfr. Ibidem. Pág. 255. Nozick, continuando con los postulados de Mill, sostiene que las opciones admisibles son las que no cruzan el límite moral de otro. Usa el mismo ejemplo que ya he citado a pie de página antes: El derecho de propiedad sobre un cuchillo no incluye el colocarlo entre las costillas de otro contra su voluntad. Ibidem. Pág. 272.

racionalidad, libre albedrío y acción moral de manera individual y separada? ¿No equivalen conjuntamente a algo cuyo significado es claro?: Un ser capaz de formular planes de largo alcance para su vida, capaz de considerar y decidir sobre la base de principios o consideraciones abstractas que formula para él y, consecuentemente, un ser que no sólo es juguete de estímulos inmediatos, un ser que limita su propia conducta de conformidad con principios o imágenes que tiene sobre lo que una vida apropiada es para él y para los demás.

Al anterior elenco, Nozick decide agregar como característica adicional la capacidad de regular y guiar su vida de conformidad con alguna concepción general que decida aceptar. Esta concepción y el hecho de saber cómo estamos haciendo las cosas en función de ella, es importante para el tipo de fines que formulamos para nosotros y el tipo de seres que somos. El que una persona modele su vida de conformidad con su propio plan de vida es un modo de dar sentido a la vida, sólo un ser con esta capacidad puede tener, o esforzarse en tener, una vida llena de sentido. Sin embargo, esto presenta otras dificultades; ¿es, en sí misma, la capacidad de planear la propia vida, la capacidad de tener, o esforzarse en tener, una vida con sentido, o se requiere algo más? ¿Por qué hay restricciones sobre cómo podemos tratar a los seres que planean sus vidas? ¿Hay ciertos modos de trato incompatibles con el que ellos tengan vidas llenas de sentido? ¿Por qué no sustituir “felicidad” por “sentido” dentro de la teoría utilitarista y maximizar el resultado de total del “sentido” de las personas que hay en el mundo? ¿Por qué la noción de “sentido” de una vida entra en la ética de manera diferente? La noción de “sentido”, según Nozick, puede ayudar a colmar apropiadamente la brecha ente ser y deber ser.

Para Nozick, una línea circunscribe un área de espacio moral alrededor de un individuo. Locke sostiene que esa línea se determina por los derechos naturales de un individuo los cuales limitan la acción de los otros. Una persona, dice Nozick, puede decidir hacerse cosas que traspasarían los límites que rodean el espacio moral de su persona si fueran hechas por otra sin su consentimiento; en este caso, su consentimiento abre la frontera para cruzar y actuar. Bajo estas condiciones Locke sostendría que hay ciertas acciones que otros no puede hacerle a una persona aun con su consentimiento, aquellas que la persona no puede hacerse a sí misma: El consentimiento no dota de moralidad a un acto. Según la posición de Nozick, no paternalista, cualquiera puede

decidir hacerse, o permitir hacer sobre sí, cualquier cosa salvo que haya adquirido una obligación ante cualquier tercero de no hacerlo o permitirlo.

Ante el anterior razonamiento, añade dos cuestiones: ¿Por qué cualquier acción es siempre prohibida en vez de permitida, siempre que sus víctimas sean indemnizadas? Y ¿por qué no prohibir todo traspaso del límite moral que la parte afecta no haya previamente consentido? ¿Por qué permitir siempre a cualquiera cruzar el límite de otro sin previo consentimiento? Para él, la indemnización para la víctima podría ser suficiente para disuadir a alguien a actuar.

¿El pago de una compensación es suficiente para permitir el traspaso de los límites de acción? La compensación completa mantiene a la víctima tan alto en una curva de indiferencia como lo estaría si la otra persona no hubiera cruzado la línea que circunscribe su espacio moral. Consecuentemente, un sistema que permita todo traspaso de los límites con tal de que se pague una compensación completa es equivalente a un sistema que requiere que todos los acuerdos previos sobre el derecho de cruzar límites establezcan en el punto de la curva contractual más favorable al comprador del derecho. Como conclusión del autor en comento, permitir el traspaso de los límites con tal de que se pague una compensación completa resuelve el problema de distribución de beneficios de intercambios voluntarios de manera injusta y arbitraria. Un sistema que permitiera que existieran asaltos con tal de que se pague a las víctimas tendría como personas aprensivas, temerosas de ser asaltadas o de sufrir ataques imprevistos y dañosos; sin embargo, prohibir un acto no garantiza su no comisión, no asegura que las personas se sientan seguras. Además, un sistema que permite actos que producen miedo, aunque sus víctimas sean indemnizadas, tiene en sí mismo un costo no compensable por el miedo de víctimas potenciales que no son víctimas efectivas.²⁵⁰

Un sistema que permite traspasar los límites con tal de que se pague una indemnización implica que las personas sean consideradas como *medios*. Saber que

²⁵⁰ El mejor método para descubrir el precio de la indemnización es la negociación, cualquier otro medio sería inexacto, así como increíblemente engorroso. La compensación de mercado es la cantidad fijada por las negociaciones previas realizadas para obtener su consentimiento. Pero el miedo se ve de manera diferente pasada la ocasión que como se ve cuando es sufrido o cuando es anticipado; en estos casos es casi imposible determinar exactamente cuál es la cantidad de una negociación de mercado, salvo ciertas negociaciones efectivas. El problema en todo caso no es el monto de la indemnización, sino por qué existe de todos modos miedo, si el paquete en su totalidad es considerado como deseable. Ibidem. Págs. 73, 75, 76 y 77.

están siendo usadas así y que sus planes y expectativas están expuestos a ser contrariadas arbitrariamente representa un costo para las personas.

Nozick aumenta la complejidad en su razonamiento al considerar que se puede saber quién será la víctima y saber exactamente qué le pasará; sin embargo, puede ser temporalmente imposible comunicarse con ella. De tal modo, cualquier acto que traspase límites y cuya autorización puede ser otorgada con tal de que se pague una indemnización con posterioridad, será aquel sobre el cual un consentimiento previo es imposible o sumamente costoso negociar. Entonces ¿cuáles actos pueden hacerse sin consentimiento previo de la víctima, con tal de que se pague una indemnización con posterioridad? La política más eficiente rechaza los pocos actos cuyo beneficio neto es mínimo, permite a cualquier realizar una acción no temida sin previo acuerdo siempre que los costos de transacción de obtener un acuerdo previo sean mayores que el costo del posterior proceso de indemnización. Pero decir que tales actos deben ser permitidos si y sólo si sus beneficios son mayores, es de poca ayuda en ausencia de algún mecanismo social para definirlos.

Éstas consideraciones sobre el miedo, afirma Nozick, proporcionan un argumento para la prohibición de esta totalidad de actividades; sin embargo, como partes de la totalidad pueden ocurrir sin ninguna consecuencia dañina y sería una medida severa proscribir todos y cada uno de los componentes del acto.

Con respecto de cualquier acción que crea un riesgo de traspaso de los límites de los demás se tienen tres posibilidades: La primera, la acción es prohibida y punible, aun si se paga una indemnización por cualquier traspaso, o si no se efectúa tal traspaso. La segunda, la acción es permitida con tal de que se pague una indemnización a aquellas personas cuyos límites efectivamente fueran traspasados. Y, la tercera, la acción es permitida con tal de que se pague una indemnización a todas aquellas personas que sufren un riesgo de un traspaso a sus límites, ya fueran efectivamente traspasados o no. Para él, un sistema que indemnizara únicamente a aquellos a los cuales les ocurre un siniestro (la segunda posibilidad señalada) sería más viable e implicaría menores costos de operación y transacción que el pagar a todos aquellos a los cuales se les crea el riesgo (la tercera posibilidad señalada). Permitir una acción riesgosa con tal de que se pague una indemnización (segunda o tercera posibilidad) es *prima facie* más apropiado que

prohibirla (primera posibilidad), la cuestión de prohibirla o permitirla a alguien aun no está completamente resuelta.

Toda vez que un número enorme de acciones efectivamente incrementan el riesgo que corren los otros, una sociedad que prohíba tales acciones encajaría mal en la imagen de una sociedad libre como aquella que contiene una presunción a favor de la libertad, como una sociedad en la cual a las personas se les permitiera realizar acciones siempre que no dañen a otros en forma específica.²⁵¹ Prohibir actos riesgosos limita la libertad de actuar de los individuos, aun cuando la acción efectivamente pudiera no implicar costo a alguien más en absoluto.²⁵² Considérese, dice Nozick, la afirmación de que una persona tiene que ser compensada por las desventajas que se le imponen al prohibírsele realizar una actividad por razones de este tipo. Los que se benefician de la reducción de los riesgos que corren tienen que “compensar” por aquellos a quienes se les restringe su acción. El principio se podría formular así: cuando una acción de este tipo se prohíbe a alguien porque podría causar daño a otro y es especialmente peligroso cuando la realiza, entonces aquellos que prohíben la acción con el propósito de obtener un incremento en su seguridad tienen que indemnizar a la persona a la que se le prohíbe dicha acción, por la desventaja en que la colocan.

El principio de compensación formulado por Nozick exige que las personas sean indemnizadas por haberseles prohibido ciertas acciones riesgosas.²⁵³ Este principio podría ser objetado al cuestionar si se tiene el derecho de prohibir esas actividades. Si se

²⁵¹ Utilizando la libertad que se conquista mediante la voluntad de afrontar riesgos, el ingenio de la gente diseñará nuevas modalidades de acción efectiva que otros podrán emular, individual o conjuntamente. Nozick, Robert. *Meditaciones sobre la vida*. Op. Cit. Pág. 23.

²⁵² Al respecto, Nozick pone de ejemplo a un epiléptico que podría conducir toda su vida sin dañar con ello a otros, prohibirle que conduzca podría no disminuir efectivamente el daño a otros. Prohibir a alguien que conduzca para reducir el riesgo a los demás, perjudica gravemente a esta persona. Cuesta dinero remediar esta desventaja: Contratar un chofer o usar taxis. *Ibidem*. Pág. 85.

²⁵³ Este principio es formulado por nuestro autor como un principio concreto ya que únicamente aquellos afectados por una prohibición deberán ser indemnizados y deberán ser únicamente indemnizados por sus desventajas. El principio de compensación no requiere que aquellos que prohíben que un epiléptico conduzca paguen el costo total de taxis, chóferes, etc. Si le fuera permitido conducir al epiléptico su automóvil, esto también tendría costos: Dinero para el coche, seguro, combustible, reparaciones... Al indemnizar por las desventajas impuestas, los que prohíben sólo necesitan pagar una cantidad suficiente para compensar por las desventajas de la prohibición, menos una cantidad que representa los costos que el interdicto hubiera enfrentado si no fuera por la prohibición. Sin embargo, si aquel que prohíbe paga a la persona interdicta una indemnización económica igual a la suma que cubre las desventajas impuestas, menos el costo de la actividad, de haber estado permitida, esta suma puede ser insuficiente para permitir al interdicto superar sus desventajas. El que prohíbe tienen que proporcionar lo suficiente, en dinero o en especie, para superar completamente las desventajas. *Ibidem*. Págs. 92, 93 y 115.

tiene el derecho, no se necesita compensar a las personas por hacerles lo que se tiene derecho a hacer; en cambio, si no se tiene el derecho, más que formular una política para compensar a las personas por la prohibición ilícita, es necesario abstenerse totalmente. Sin embargo, se puede tener el derecho a prohibir una acción, pero solamente cuando se indemniza a aquellos a quienes se les prohíbe.

Rechaza la opinión de que la prohibición de actividades riesgosas es ilegítima, a través de acuerdos previos y negociaciones abiertas las personas tienen que se inducidas a convenir voluntariamente de abstenerse de tales actividades.

Cuando Nozick aborda el tema del Estado comienza con una crítica a los principios propuestos por H.L.A. Hart. Para éste último, el principio de imparcialidad sostiene que cuando un número de personas se lanza en una aventura justa, mutuamente ventajosa y solidaria, de conformidad con ciertas reglas y, de esta manera, restringen su libertad en formas necesarias para producir ventajas para todos, aquellos que se han sometido a tales restricciones tienen el derecho a una aceptación similar por parte de aquellos que se han beneficiado de su sometimiento. De este principio surge otro, el principio de exigibilidad de todas las obligaciones, según el cual un derecho para hacer que otro cumpla su obligación y para limitar su conducta en formas específicas podría originarse de alguna característica especial de la obligación, de tal modo que el principio general consistiría en que todas las obligaciones que uno tiene hacia otros deben ser cumplidas. Para Nozick, ambos principios son objetables e inaceptables,²⁵⁴ aun si se pudiera modificar el primero, dentro de un estado de naturaleza, sería inapropiado combinarlo con el segundo.

Al momento de tratar lo relativo a la justicia privada y a los derechos procesales, arguye que a una persona se le puede prohibir hacer uso de la justicia privada en virtud de que su procedimiento puede entrañar riesgo o peligro, es decir, castigar a una persona inocente o excederse en el castigo a la persona culpable. En este sentido, toda persona

²⁵⁴ Él propone estructurar el principio de imparcialidad sobre la condición de que los beneficios recibidos por una persona y los beneficios provenientes de las acciones de otros, sean mayores que los costos que ésta soportaría realizar su parte. Sin embargo, considera que aun con esta condición, el principio es objetable porque uno no puede, cualquier cosa que sea lo que se proponga, actuar simplemente en forma que dé beneficios a las personas y después exigir el pago por ello. Esto tampoco lo puede hacer un grupo de personas (el Estado). Una persona no puede cobrar por los beneficios que otorgó a otra gratuitamente y sin previo acuerdo, no puede hacerlo por beneficios cuya liberalidad no le cuesta nada; además, porque dichos beneficios pueden ser proporcionados sin costo por otros. *Ibidem*. Págs. 99 y 100.

tiene derecho a que se determine su culpa por medio del procedimiento menos peligroso para determinar su culpa, es decir, aquél que tenga la probabilidad menor de culpar a una persona inocente: Cuanto más garantías procesales haya, menos posibilidades se tienen de condenar injustamente, aunque también existen más posibilidades de que una persona culpable sea puesta en libertad. El sistema más efectivo, según Nozick, es aquel que minimiza el valor esperado de daño que no se ha recibido, ya sea por ser injustamente castigado o por ser víctima de un delito. En este orden de ideas, se puede pensar que el Estado es un solucionador “automatizado” de dudas sobre la confiabilidad y justicia; sin embargo, no existe ninguna garantía de que el Estado solucionará y no hay ninguna razón para suponer que lo manejará en tal forma que lo haga más efectivo que cualquier otro esquema. Todo individuo tiene derecho a recibir información que demuestre que el procedimiento de administración de justicia al cual es sujeto es confiable y justo, si se encuentra que es así, deberá someterse a él; de no serlo, puede resistirse a tal procedimiento. ¿Tiene una persona que efectivamente violó los derechos de otra, el derecho de que este hecho sea determinado por un procedimiento justo y confiable? Nadie tiene el derecho de usar un procedimiento relativamente desconfiable para decidir si se castiga a otro. Al usar este sistema, no está en posición de saber si el otro merece un castigo y, por tanto, no tiene ningún derecho a castigarlo.

La asociación de protección dominante (el Estado) juzga que sus propios procedimientos son confiables y justos, y cree que esto es generalmente conocido, por lo que no permitirá que nadie se resista a ellos castigando a quien lo haga. Ésta asociación actuará libremente bajo su propio entendimiento imponiendo su voluntad en lo que piensa es correcto, y aunque no aspira a ningún monopolio, en realidad ocupa una posición única en virtud de su poder: Monopolio *de facto*.²⁵⁵

No existe derecho alguno que dicha asociación afirme que sólo ella posea (los derechos que posee el Estado son derechos que cada individuo ya tiene en el estado de naturaleza); sin embargo, su fuerza le permite ser el único ente capaz de rebasar los límites para imponer un derecho particular. Además, es la única aplicadora de un derecho que reconoce que todos poseen, ella es quien efectivamente ejercerá tal derecho, en razón de que ese derecho incluye a su vez el derecho de impedir a otros

²⁵⁵ Cuando sólo una agencia ejerce efectivamente el derecho de prohibir a otros usar procedimientos de administración de justicia no confiables, esto la convierte en un Estado *de facto*. Ibidem. Pág. 143.

ejercitar ilícitamente tal derecho, sólo el poder dominante podrá ejercer este derecho contra todos los demás.²⁵⁶ Este es un monopolio *de facto*, no *de iure*, porque no es el resultado de alguna investidura única de un derecho exclusivo del cual otros están excluidos de ejercer privilegio similar.

La asociación de protección dominante en un territorio debe satisfacer dos condiciones fundamentales, a decir de Nozick, para ser considerado un Estado: a) Que posea el tipo requerido de monopolio del uso de la fuerza en un territorio (es el único que impone la prohibición a otros de usar procedimientos no confiables de ejecución, además de vigilar esos procedimientos) y, b) que proteja los derechos de cualquiera en el territorio, aun si se pudiera proporcionar únicamente a través de una forma retributiva. Agrega que éstos aspectos son el blanco preferido de los anarquistas individualistas que condenan al Estado como inmoral; sin embargo, él ha tratado de mostrar que la transición del estado de naturaleza al Estado ultramínimo (el elemento monopólico) y la transición de un Estado ultramínimo a un Estado mínimo (el elemento retributivo) son moralmente legítimos y no violan los derechos de nadie.

El monopolio *de facto* crece por un proceso de mano invisible y a través de medios moralmente permitidos sin que los derechos de nadie sean violados y sin que se reclamen ciertos derechos que otros no poseen. Requerir a los clientes del monopolio *de facto* paguen por la protección de aquellos a quienes prohíben la autoayuda en contra de ellos, lejos de ser inmoral es moralmente requerido por el principio de compensación, y así las objeciones morales que el anarquista individualista dirige al Estado quedan superadas; aunque para Nozick también es necesario dar razones morales.

Pero ¿cómo se explica el surgimiento del Estado mínimo? La asociación de protección dominante con su elemento monopólico es moralmente requerida para compensar las desventajas que impone a aquellos a quienes les prohíbe ciertas actividades de autoayuda; sin embargo, realmente podría no darse esta compensación.

²⁵⁶ Una agencia de protección puede actuar en contra o a favor de una persona en particular. Actúa en su contra si aplica los derechos de alguien contra ella, la castiga, le cobra una indemnización, etc. Actúa en su favor si la defiende de otros, si castiga a otros por violar sus derechos, fuerza a los otros a indemnizarla, etc. Los teóricos del estado de naturaleza, sostiene Nozick, consideran que hay una clase de derechos los cuales es titular la víctima de un delito, por ejemplo, el derecho de cobrar una indemnización; y derechos que otros pueden ejercer únicamente si son autorizados por ella, por ejemplo, el derecho de castigar. Cfr. *Ibidem*. Pág. 138.

Aquellos que operan el Estado ultramínimo están moralmente requeridos a transformarlo en un Estado mínimo, aunque realmente podrían no hacerlo.

La existencia del monopolio *de facto* crea, dentro de una situación de derechos iguales, un desequilibrio de poder ya que incrementa la seguridad de algunos mientras incrementa el peligro de otros.

Nozick formula el siguiente principio: un acto no es malo y, por tanto, no puede ser prohibido si éste, sin una decisión ulterior de cometer un ilícito, es inofensivo. También formula otro principio que da mayor amplitud a esa prohibición: no se pueden prohibir acciones que no se basen sobre decisiones que sean ilícitas, no basta la idea de que éstas facilitan o hacen más probable que propio agente, posteriormente, en otro momento, realice otras acciones producto de decisiones ilícitas.

Según ese autor, se podría adoptar un punto de vista contractualista de las prohibiciones morales y sostener que aquellos que, por sí mismos, violan los límites de otro, pierden el derecho de mantener respetados algunos de sus propios límites. Según este planteamiento, no está moralmente prohibido hacer cierto tipo de cosas a otros, los cuales ya han violado previamente algunas prohibiciones morales; es decir, ciertas infracciones dan a otros la libertad de traspasar ciertos límites. Los detalles de esta libertad deben tener una consideración retributiva.

Un sistema jurídico que incluye las prohibiciones de aplicación privada de justicia se basa, él mismo, en consideraciones preventivas. No puede afirmarse que estas consideraciones, subyacentes en la existencia de todo sistema jurídico que prohíba la propia defensa, son incompatibles con la existencia de un sistema jurídico justo. Siempre que las desventajas sean compensadas, los límites preventivos serán permitidos por las mismas consideraciones que subyacen a la existencia de un sistema jurídico. Pero si el mal (temido o esperado) que la persona pueda cometer, depende de decisiones que aun no se han tomado, entonces los límites preventivos son ilegítimos y no permitidos. ¿Se podría limitar preventivamente a los demás, aun si los indemnizaran por las desventajas que les imponen?

Aplicando la postura de Nozick del Estado mínimo al tema central de esta tesis, podría inducir a pensar que ese Estado, en el afán de no violar los derechos de sus ciudadanos, debe mantener una indiferencia o una neutralidad en asuntos de su moralidad, pero en realidad cualquier grupo de individuos formalmente organizado ha de asimilar o adoptar ciertos valores en sus relaciones sociales, ésta es, precisamente, una idea recurrente en la formulación teórica de Nozick.

De esta forma y bajo la inspiración de la doctrina kantiana, el Estado mínimo que propone considera a todos los individuos como seres inviolables con derechos y con dignidad, por ende, no pueden ser instrumentalizados ni por otros ni por el mismo Estado; en consecuencia, la filosofía moral establece los límites de la filosofía política. Así, se enuncia un principio rector en la concepción del Estado mínimo: Lo que las personas pueden o no pueden hacerse unas a otras, limita lo que el Estado puede o no puede hacer de modo coercitivo.

En relación al tema de las voluntades anticipadas, el pensamiento libertario de Nozick defendería el valor de la persona humana y reprocharía cualquier manipulación de su voluntad para cumplir con las intenciones o propósitos de otros; así como yo no puedo decidir en la vida de otra persona, el Estado no puede interferir en mi modo de vida, sin que por esta razón haya una neutralidad o indiferencia moral como ya lo he mencionado.

Continuando con este análisis a la postura de Nozick, Locke considera que los inconvenientes que se presentan en el estado de naturaleza pueden ser solucionados por el gobierno civil, es decir, el ejercicio de la libertad inherente de todas las personas puede ocasionar conflictos los cuales requieren la intervención de un ente superior; sin embargo, Nozick no considera que ésta sea una verdadera solución, al menos no en primera instancia, ya que él apela con ahínco a la capacidad de las personas para llegar a arreglos y a acuerdos de forma racional sin la necesidad de la intervención estatal así, a diferencia de la postura que se defiende en esta tesis, él sólo concibe la actuación del Estado en lo que no haya acuerdo o consenso social. Y aunque no lo hace de forma explícita, considero que él entiende a la libertad no sólo como la posibilidad de hacer o no hacer (muy importante para cualquier libertario), sino también a la capacidad de

llegar a acuerdos voluntarios cuando esa posibilidad se enfrenta a modo de conflicto con la de otra persona.

¿El Estado mínimo de Nozick defiende la libertad personal? ¿Ese Estado mínimo faculta a las personas para que actúen conforme a sus intereses en lo relacionado con su vida, su salud y su muerte? Ambas interrogantes tienen una respuesta afirmativa de acuerdo a su teoría porque el Estado, a diferencia del uso de la fuerza, no conserva el monopolio sobre cuestiones morales. Como ya lo había dicho Mill, él no encuentra ningún inconveniente en el modo en que una persona desee conducir su vida, su salud y su muerte, siempre y cuando su hacer o no hacer no afecte de modo directo a otras personas. De tal modo, si una persona decide no continuar con su tratamiento médico que quizá le lleve a recobrar su salud; dispone su voluntad de no recibir asistencia médica en caso de una determinada circunstancia o, incluso, establece que desea se realicen sobre él todas las maniobras y procedimientos calificados como extraordinarios, lo podrá hacer con total libertad porque no afecta a nadie con ello. Pero si otra persona se ve afectada con sus decisiones deberán, según Nozick, llegar a un acuerdo sobre ello, es decir, antes de acudir al Estado para saber si reconoce o no esa posibilidad de actuar, debe existir un consenso social, sólo en caso de no haberlo el Estado está en oportunidad de pronunciarse.

La solución de Nozick en este caso es innovadora, aunque no suficiente. Que él vea en la libertad no sólo la posibilidad de acción sino, además, la posibilidad de acuerdo es una idea en sumo enriquecedora para el tema de esta tesis, no basta que una persona se sepa libre para decidir la forma de cómo encaminar su vida, su salud o su muerte, sino que también debe ser conciente que sus decisiones pueden causar aversión o repulsión en otras personas por una posible afectación a ellas, por tal motivo debe estar abierto para llegar a un acuerdo social.

Sin embargo, él no se ocupa de la fundamentación en la toma de decisión personales, sino sólo de que éstas no afecten a otras personas, es decir, no se preocupa del por qué sino del cómo.

Además, ¿El Estado sólo tiene oportunidad de pronunciarse en caso de no llegar a un acuerdo o consenso social? Para Nozick sí, el problema es cómo, pues el Estado se

pronuncia o se manifiesta por medio de las leyes, y aunque éstas sean las menos posibles en número y alcance para dar mayor posibilidad a los acuerdos sociales (idea que comparto) no significa que estén exentas de moralidad (ya se ha dicho que el Estado mínimo no es neutral), pero la cuestión central es determinar cuál moralidad, cuál será el contenido de esas pocas y limitadas leyes. Esto no lo resuelve de todo Nozick, tal vez por su tendencia anárquica.

El Estado mínimo, es un Estado utópico. Uno de los principales pilares del pensamiento de Nozick al que ya he hecho referencia de alguna forma es la no intromisión en la vida de las personas: Los derechos de los demás determinan las restricciones de nuestras acciones. En una sociedad hay diferentes individuos, cada uno con vidas propias y separadas, y cada uno con su concepción de lo bueno, con sus valores e ideal de vida, con la capacidad de regular y guiar su vida de conformidad con alguna concepción general que decida aceptar, por ello precisamente ninguno puede imponer su visión a los demás. La utopía sólo es un marco para que todas las personas realicen lo que consideran conveniente para ellas mismas conforme a sus planes de vida, por tanto, las leyes o principios del Estado mínimo difícilmente se pueden justificar por adelantado.

En este orden de ideas, Nozick sería enemigo de una regulación detallada de las voluntades anticipadas, sería suficiente un marco normativo que garantizara el ejercicio de la libertad individual (en el sentido de que tuviera varias y efectivas posibilidades o alternativas de acción) y protegiera a los demás de posibles daños e intromisiones a su persona (acciones que limitaran sus posibilidades o alternativas de acción).

En el Estado que propone Nozick es tan importante la libertad que el consentimiento de la persona puede abrir la frontera que protege su espacio moral, de tal modo que cualquiera puede decidir hacerse, o permitir hacer sobre sí. Bajo este argumento, sin necesidad de establecer un por qué, una persona puede llevar a cabo actos de más diversa índole, morales o no, con tal de que sean consentidos y no afecten a otros; tal sería el caso, por ejemplo, de la eutanasia.

De esta forma, establece el principio de compensación por medio del cual las personas afectadas por la intromisión en su esfera moral reciben una indemnización por

los daños ocasionados; sin embargo, un sistema que permite traspasar tales límites con tal de que se pague una indemnización trata a las personas como medios y, para evitarlo, solamente se aplica este principio en los casos cuyo consentimiento previo no ha sido posible obtener. Nozick defiende la libertad de acción considerando que es mejor indemnizar que prohibir y, en consecuencia, el contenido del marco normativo de las voluntades anticipadas que él propondría tendría mecanismos que favorezcan la negociación de la indemnización (acuerdos voluntarios posteriores) que prohibiciones formuladas por adelantado. Éstas conclusiones considero no son las más adecuadas, no al menos al tema que nos ocupa, ya que Nozick apuesta demasiado a favor de los acuerdos voluntarios antes que al Estado cuando en realidad éste no es más que el producto de los acuerdos de sus ciudadanos. En consecuencia, si existe consenso o acuerdo en considerar moral y jurídicamente reprochable el homicidio, el Estado esta es condiciones de prohibirlo y, adicionalmente, establecer mecanismos de indemnización. Así como la prohibición no descarta la no realización, la indemnización no suprime la prohibición.

Para Nozick a cada prohibición le corresponde una compensación (quien prohíbe paga). La única forma legítima para abstenerse es mediante acuerdos o negociaciones previos. En el caso del ejemplo que he citado antes, el de la eutanasia, el Estado mínimo no puede prohibir que una persona la practique, solamente podrá negociar con ella su no realización; en cambio, un Estado más extenso que la prohíba debe compensar por la prohibición, el problema sería definir cómo; pero a pesar de ello, esta puede ser una aportación significativa para una legislación de las voluntades anticipadas, porque la función del Estado en estos temas debe ir más allá de una permisón o prohibición. En otras palabras, se puede utilizar la fórmula de Nozick para involucrar al Estado y a la sociedad en general en la toma de decisiones morales de las personas no a modo paternalista o impositivo, sino en el sentido de que las prohibiciones que establezca sean acompañadas por esquemas de compensación. De este modo si se prohíbe la eutanasia, los que ven limitada su libertad porque desean practicarla encontrarán en el Estado y en la sociedad una compensación como, por ejemplo, un eficaz acceso a los cuidados paliativos, atención médica especializada, orientación psicológica adecuada, no discriminación, etc.

2.4 El poder coactivo del derecho frente a la libertad individual.

El tema de la intromisión por parte del derecho en aspectos relativos a la moralidad privada, es decir, aquellos que corresponde a cada persona fijar de acuerdo con su propio proyecto de vida, ideales, necesidades, etc. de alguna manera u otra siempre ha sido objeto de debate en el escenario de la bioética y de la filosofía del derecho, principalmente. De este modo, las voluntades anticipadas no se escapan de tal disputa. En este apartado, una vez que ya se han estudiado algunas posturas teóricas relativas a la libertad, tendrá por objeto hacer un análisis sobre la función que tiene el derecho frente al valor libertad en la regulación o sanción de conductas humanas catalogadas dentro de la esfera privada, en concreto las que versan sobre la disposición de la vida, la salud y la muerte.

Un conveniente punto de partida lo constituye el *Wolfenden Report* publicado en 1957 por el *Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, en el que se recomiendan suprimir las sanciones penales por prácticas homosexuales consentidas entre adultos realizadas en privado con el argumento de que, incluso aunque tales prácticas fueran comúnmente consideradas como inmorales, tal circunstancia no bastaba para justificar el uso del Derecho Penal. El control de la conducta simplemente por ser inmoral, según los estándares generalmente aceptados en una sociedad, no era asunto del derecho.²⁵⁷ Las recomendaciones que ese comité hizo a las autoridades fueron motivo de polémica entre H.L.A. Hart y Patrick Devlin (Lord Devlin),²⁵⁸ tal y como las tuvieron John Stuart Mill y James Fitzjames Stephen en su tiempo.

²⁵⁷ En este informe se decía que la función del derecho no era la de intervenir en la vida privada de los ciudadanos o tratar de imponer un patrón particular de comportamiento más allá de aquello que sea necesario para llevar a cabo ciertos objetivos como preservar el orden público y la decencia, proteger a los ciudadanos de aquello que sea ofensivo o perjudicial y promover suficientes salvaguardas contra la explotación y corrupción de terceras personas.

²⁵⁸ La postura de Lord Devlin en contra de los razonamientos hechos por el Comité Wolfenden se encuentran en su obra *La imposición de la moral* publicada en 1965. Véase Devlin, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford University Press. London. 1968. Dworkin también participa en las críticas a Lord Devlin, véase Dworkin, Ronald. "Lord Devlin and the enforcement of morals". En Wasserstrom, Ricardo (ed.). *Morality and the law*. Wadsworth. Belmont, California. 1971. Págs. 55 a 72. Los argumentos de Hart en torno a esta disputa se encuentran en Hart, H.L.A. *Derecho, libertad y moralidad*. Dykinson. Madrid. 2006. Su debate se enfoca concretamente al Derecho Penal, es decir, si es correcto imponer la moralidad mediante la amenaza de un castigo penal, sin embargo, los argumentos por ellos vertidos permiten que analicemos algunas de las posturas contemporáneas en lo relativo a la libertad individual o a la autodeterminación de la persona en su salud, su vida y su muerte frente a las prescripciones legales. El mismo Hart reconoce que se pueden añadir otros tópicos a esta discusión tales como el aborto, el suicidio o la eutanasia.

Las conclusiones del Comité Wolfenden fueron atacadas por Lord Devlin²⁵⁹ cuyo argumento principal consistía en sostener que la moralidad compartida en una sociedad era tan necesaria para su existencia como un gobierno reconocido, y la justificación de su imposición mediante el uso del derecho se basaba, sencillamente, en que éste podría usarse para preservar todo aquello que se considerara esencial para la existencia de la sociedad. Para él, la supresión del vicio es asunto del derecho como la supresión de las actividades subversivas.²⁶⁰

Basa su argumento de la imposición legal de la moral con el ejemplo de que salvo ciertas excepciones como la violación, el Derecho Penal nunca ha admitido el consentimiento de la víctima como defensa como en el caso de lo homicidio o de la agresión deliberada, dice que hay una sola explicación para ello. Esta explicación consiste en que existen ciertos modelos de comportamiento o principios morales que la sociedad necesita que se respeten. Entre estos están la santidad de la vida y, presumiblemente, la integridad física de la persona por ello la función del Derecho Penal es la de imponer un principio moral y nada más.²⁶¹

Expone su teoría a través de la formulación de una serie de preguntas. La primera dice: ¿La sociedad tiene derecho a juzgar los asuntos de moralidad? O ¿existe una moralidad pública o la moralidad es un asunto que debe juzgarse en privado? A modo de respuesta dice que la sociedad tiene derecho a pronunciarse en los asuntos de la moralidad y a juzgar como bueno o malos ciertos comportamientos, pero no basta con que una mayoría de personas desaprobe una determinada práctica, sino que debe ser unánime: *collective judgment*.²⁶² De este modo establece la premisa de su teoría: La existencia de la sociedad y su cohesión dependen de la existencia de una moralidad compartida. Así, frente a la moralidad pública estaría la moralidad privada la cual no debe ser interpretada, según él, como la libertad de las personas para decidir lo que es

²⁵⁹ La concepción del moralismo jurídico que mejor explica la posición de Devlin es la que lo pone en relación con el denominado “comunitarismo” de manera que se trata de imponer coactivamente la moral de una sociedad en la medida en que se entiende que cierto conjunto de creencias y valores tienen un carácter constitutivo de ese grupo social. Lo que parece estar en juego en los actos que atentan contra la moral social es, por tanto, la existencia de la sociedad misma. Véase Colomer, José Luis. “Libertad individual” y “límites del derecho”. En Colomer, José Luis y Díaz, Elías (dirs.). *Estado, justicia, derechos*. Alianza. Madrid. 2002. Págs. 183 y ss. Citado por Alemany, Macario. “El concepto y la justificación del paternalismo”. *Doxa*. No. 28. 2005. Pág. 287.

²⁶⁰ Devlin, Patrick. Op. Cit. Págs. 13 y 14.

²⁶¹ Ibidem. Págs. 8 y 9.

²⁶² Ibidem. Págs. 8 y 91

moral o inmoral permaneciendo la sociedad neutral, pues se causaría un daño a la moralidad pública. La moralidad privada queda subordinada a la moralidad pública.

La segunda pregunta depende de la respuesta afirmativa de la anterior, de ser así ¿la sociedad está autorizada a usar el derecho para imponer su criterio moral? Él responde que la sociedad tiene derecho *prima facie* para legislar contra la inmoralidad,²⁶³ asignándose de ese modo la función al derecho de proteger a la sociedad del daño. Se opone al *Wolfenden report* cuando dice que se requieren circunstancias especiales, por ejemplo, la afectación a terceras personas para justificar la intervención del derecho. Arguye que no es posible establecer límites teóricos al poder del Estado para legislar contra la inmoralidad, como tampoco es posible establecer excepciones por adelantado a la regla general o definir inflexiblemente áreas en las que el derecho no está autorizado a entrar bajo ninguna circunstancia.²⁶⁴ Recurre a la tesis de la desintegración mezclándola con la tesis de la conservación en aras de defender la imposición legal de la moralidad positiva hasta lograr una identidad.

La tercera y última pregunta también depende de la respuesta afirmativa de su antecedente, en ese caso ¿el derecho puede imponer su criterio moral en todos los casos o sólo en algunos? Y ¿qué criterios existen para discriminar entre ellos? Devlin sabe perfectamente que existe un conflicto entre la moralidad privada y la moralidad pública, por ello trata de solucionarlo. Así, reconoce que no se puede obligar a las personas individuales a que sometan toda su conducta a un juicio de aprobación por la sociedad, debe encontrarse un equilibrio entre los derechos de uno y de otra. Este criterio se logra a partir de observar una serie de criterios: En primer lugar, debe tolerarse la máxima libertad individual que sea compatible con la integridad de la sociedad; el segundo criterio, dice que los límites de la tolerancia cambian; el tercero, que la privacidad debería respetarse tanto como sea posible y; el cuarto, que el derecho se preocupa de lo mínimo y no de lo máximo.²⁶⁵

La inmoralidad, para los efectos del derecho, es lo que toda persona de recto entender considera inmoral. Este hombre que con su recto entender establece qué es

²⁶³ Ibidem. Pág. 11

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ Ibidem. Págs. 15 a 19.

moral e inmoral en la sociedad es el *hombre del autobús de Clapham*.²⁶⁶ Este personaje se identificaría con cualquier persona que integra un jurado popular, es una persona como cualquier otra a la que se le encomienda decida y delibere sobre cierta conducta. Ubicarlo en un jurado popular permite descubrir tres aspectos que son sumamente importantes: El primero, es que el veredicto de un jurado debe ser unánime; el segundo, es que la persona que integra el jurado no da su opinión precipitadamente sino lo hace después de argumentar y deliberar; el tercero, que permite explicar cómo actúa una persona razonable, es que el estrado es un lugar donde las opiniones morales del ordinario se vuelven directamente eficaces.²⁶⁷

De esta manera, lo inmoral, para efectos de traducirlo en normas jurídicas, es lo que se presume que cualquier persona razonable considerará como inmoral. En la tesis de Lord Devlin el derecho protege a la sociedad *qua* sociedad pues la trasgresión de determinados comportamientos no debe entenderse como una agresión personal contra las posibles víctimas, sino como una conducta que produce un daño social.

Hart, contrario a la anterior postura, explica que las recomendaciones del comité estaban fundadas en una argumentación muy similar a la usada por Mill en *On liberty* en cuanto a la recomendación sobre la despenalización de la homosexualidad según el principio expresado en la sección 61 del Wolfenden *report*: Tiene que quedar un reino de moralidad e inmoralidad privada que, en términos breves y crudos, no es asunto del derecho.

Para él, la posición de Lord Devlin es moderada porque sostiene que la razón última que justifica la imposición de la moral social es el daño que indefectiblemente se causará a la sociedad. Cuando se viola un principio moral se produce una ofensa contra la sociedad. En cambio, considera que la postura de Stephen es extrema²⁶⁸ porque la

²⁶⁶ Con este ejemplo Devlin claramente se inclina por una postura ética no-cognoscitivista que defiende el emotivismo, lo cual supone que los enunciados éticos no tienen significado cognoscible y desempeñan una función emotiva. A pesar de ello, no es un escéptico porque no sugiere que no haya verdades morales, sino que simplemente niega que las verdades morales básicas sean accesibles a la razón humana, sin embargo, admite que los seres humanos sean capaces de descubrirlas por otras vías. En oposición a él, Hart propone que las verdades morales son accesible a través de la razón; además, el contenido de la moralidad positiva debe estar abierto a cualquier tipo de crítica realizada siguiendo los criterios de la moral crítica.

²⁶⁷ Ibidem. Págs. 15 y 90.

²⁶⁸ La tesis de Stephen sobre la imposición legal de la moralidad, al igual que la de Lord Devlin, asume que la sociedad en la que se aplica su doctrina se caracteriza por un considerable grado de solidaridad

razón última que justifica la imposición de la inmoralidad no es el principio de daño sino la inmoralidad del acto en sí misma. La imposición de la moralidad se entiende como algo valioso, incluso si los actos inmorales no dañan a nadie directamente, o indirectamente al debilitar el cemento moral de la sociedad.

Hart reacciona diciendo que el hecho de que la sociedad condene moralmente determinadas conductas no se deriva la justificación de su prohibición por medio del derecho. Traducir los elementos de la moralidad positiva en normas penales supondría menoscabar el valor de la libertad individual.²⁶⁹

Según Ramiro Avilés,²⁷⁰ la posición de Hart a las tesis del moralismo legal, ya sea en su versión moderada o extrema, se pueden concentrar en bloques temáticos. En el primero, admite la existencia de una moralidad común, formada por unos valores formales (el contenido mínimo del derecho natural), que es esencial para la sociedad y que debe preservarse mediante la imposición coactiva pero, aunque admite que ese mínimo consenso moral es necesario para la pervivencia de toda comunidad y que debe estar garantizado mediante el uso del derecho porque deriva del principio de daño, niega que pueda incluirse un conjunto de normas y principios morales materiales que constituyan un estilo de vida definitivo. Admite que alguna de esas normas morales sociales pueda ser aceptada de manera mayoritaria y puede llamársele “moral positiva”, pero reconoce que junto a ella existe una “moral crítica”, es decir, unos principios morales generales usados en la crítica de las instituciones sociales entre las que se incluía la moralidad positiva. Además, reconoce que la pluralidad moral y los cambios sociales que pueden darse en la moralidad positiva, gracias a la acción de la moralidad

moral y se perturba profundamente por las violaciones de su código moral. La moralidad que debe imponer el derecho debe ser pública, debe ser generalmente compartida e identificable por la triple marca, según el lenguaje de Lord Devlin, de la intolerancia, la indignación y el desagrado; para Stephen, no puede castigarse nada que la opinión pública no condene de forma vigorosa e inequívoca. Stephen en algunas ocasiones escribe como si la función del castigo fuese no tanto retributiva como de denuncia, es decir, no tanto para satisfacer la deseos de odio o venganza como para expresar de manera enérgica una condena moral del delincuente y para ratificar la moralidad que ha violado. Finalmente, Hart lamenta que Stephen haya pasado por alto que dentro de la preocupación de Mill de restringir la coerción, él no promovía la indiferencia moral. Cfr. Stephen, James Fitzjames. *Liberty, equity, fraternity*. London. 1873. En Hart, H.L.A. Op. Cit. Págs. 148, 149 y 159.

²⁶⁹ Para Hart, el reconocimiento de la libertad individual como un valor implica, como mínimo, aceptar el principio de que el individuo puede hacer lo que quiera, incluso si otros se sienten afectados al momento de enterarse de qué es lo que hace salvo, por supuesto, que existan otras buenas razones para prohibirlo.

²⁷⁰ Véase Ramiro Avilés, Miguel A. *A vueltas con el moralismo legal*. Escrito a modo de prólogo en *ibidem*. Págs. 28 y ss.

crítica, no entrañan un riesgo ni para la existencia de la sociedad ni para su mantenimiento.²⁷¹

En segundo lugar, sólo podrá producirse la transposición de los casos en que pueda demostrarse una afectación relevante en los derechos y libertades de terceras personas, mientras que en el resto de los casos no podrá producirse dicha transposición. Así, trata de demostrar que las violaciones de la moral positiva no siempre causan daños relevantes a otros, limitando sus derechos y libertades básicas, o ponen en peligro la estabilidad e integridad de la sociedad. Sostiene que si se aceptase la postura de Lord Devlin de que cualquier acción inmoral podría provocar la desintegración de la sociedad se estaría negando cualquier valor o peso a la idea de libertad. Hart, al igual que lo haría Mill en su momento, no defiende la indiferencia moral pero niega que la sociedad pueda usar el Derecho Penal para castigar todos esos comportamientos. Propone, en su lugar, un criterio más restrictivo que sólo permita criminalizar esos comportamientos cuando fehacientemente se demuestra la existencia de un daño o una ofensa en sentido normativo (*harm as a wrong*), pues sólo en este caso se produce una violación a los derechos de otra persona; pero no la permite cuando exista un daño o una ofensa en sentido no normativo (*harm as a setback to interest*), ya que en este caso sólo se produce un contratiempo en los intereses de una persona.

En tercer lugar, objeta el uso indiscriminado del derecho para interferir en la vida de las personas y en los asuntos sociales pues es consciente de que aun en el supuesto de que la inmoralidad privada produjese alguno de los daños que se han alegado, tales daños serían siempre inferiores a los que produciría la irrupción compulsiva del derecho en la vida humana. Hart se preocupa por saber qué razones justifican la intervención del Estado en la vida de las personas y qué razones deben

²⁷¹ La objeción que hace Hart al argumento utilitarista de Lord Devlin es que su afirmación fáctica no está apoyada por la evidencia (es utilitarista sin el beneficio de los hechos); por el contrario, su afirmación de que cualquier inmoralidad, incluso si se realiza en privado, amenaza la existencia de la sociedad se interpreta no como una afirmación empírica, sino como una verdad necesaria. Así la existencia continuada de la sociedad no es algo diferente de la preservación de su moralidad, es idéntica a ella. Según esa postura, la imposición de la moralidad no se justifica por sus consecuencias valiosas al proteger a la sociedad de la disolución o descomposición, sólo se justifica por ser idéntica o necesaria para la conservación de la moralidad de la sociedad. Por esto, Lord Devlin parece más bien moverse entre una tesis moderada y una tesis extrema.

descartarse. Aquí es donde aborda el tema de la justificación de la imposición legal como castigo y como coerción.²⁷²

En cuarto lugar, el moralismo legal afecta la idea misma de moralidad porque la atribución de valor al simple comportamiento conformista, abstrayendo el motivo y las consecuencias, no pertenece a la moralidad sino al tabú que parece vacía el valor moral. Lo que es valioso es la restricción voluntaria, no la sumisión a la coerción. En palabras de Ramos Pascua,²⁷³ resulta incomprensible el deseo de conseguir conformidad con la moral aunque sea por la fuerza, cuando en realidad desde el punto de vista de la moral es valiosa únicamente la abstracción voluntaria de la inmoralidad y no abstención motivada por el miedo al castigo.

Los defensores del moralismo legal, contrario a lo que cualquier liberal pudiera considerar, afirman que el hecho de que una acción sea mayoritariamente considerada como inmoral es tanto una buena razón cuanto una razón suficiente para criminalizarla. En sentido contrario, la tesis de Hart no es una propuesta teórica tendiente a

²⁷² El primer aspecto de la imposición se refiere al *castigo* del ofensor. Se afirma con frecuencia que lo que justifica el castigo no es que tenga consecuencias beneficiosas para la sociedad o para la persona castigada, sino que el dolor es la retribución moralmente apropiada o correcta por el mal moral hecho. La fuerza de esta forma de retribución seguramente depende de que haya una víctima y un delincuente, sólo de esta forma es posible concebir el castigo como una medida diseñada para impedir que el malhechor prospere cuando sus víctimas sufren o han perecido; en cambio, donde no hay víctima sino sólo la transgresión de una norma moral, la idea de que aun así se exige el castigo como retribución apropiada por la inmoralidad carece incluso de ese apoyo. Esta retribución parece descansar en la afirmación de que en el campo de la moralidad dos maldades hacen un bien, es decir, que la maldad del sufrimiento sumado a la maldad de la inmoralidad producen un bien moral. El segundo aspecto tiene que ver con la *coerción*, es decir, aquellas personas que nunca han infringido la ley pero se les obliga a obedecerla mediante la amenaza de un castigo, esto más que una restricción física es una restricción de la libertad que invariablemente debe justificarse. El ejercicio sin obstáculos de la libertad de elección por las personas, continua diciendo Hart, puede considerarse como un valor en sí mismo en el que *prima facie* es malo intervenir, también puede considerarse valioso porque permite a los individuos experimentar, incluso con su forma de vida, y descubrir cosas importantes para ellos o para otros. No obstante, la interferencia en la libertad individual puede considerarse un mal que requiere una justificación mediante razones utilitarias más sencillas, pues supone la imposición de una clase especial de sufrimiento en aquellas personas cuyos deseos se frustran por miedo al castigo. Para Hart no hay nada contradictorio en las teorías que sostienen que la amenaza del castigo legal es necesario para crear o mantener la práctica voluntaria de la moralidad. No obstante, son teorías que necesitan apoyarse en datos empíricos; además, hay muy poca evidencia de que apoye la idea de que la moralidad se enseña mejor con el miedo al castigo legal. La mayor parte de la moralidad se enseña y se mantiene sin ese miedo, y donde la moralidad se enseña haciendo uso del miedo, existe el peligro permanente de que el miedo al castigo pueda quedar como el único motivo de la conformidad. Cfr. *Ibidem*. Págs. 113 y ss. Hart afirma que existen otros tipos de imposición importantes al considerar el uso legal de la fuerza. Tal es el caso del poder de secuestrar o destruir objetos considerados obscenos, la presión para inducir a aquellos que están violando el derecho o pretenden hacerlo y la imposición del encarcelamiento por desacato. *Ibidem*. Op. Cit. Págs. 143 y 144.

²⁷³ Ramos Pascua, J.A. "Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. No. 28. 1988. Pág. 462. Citado en el prólogo escrito por Ramiro Avilés en *ibidem*. Pág. 35.

desmoralizar el derecho sino a deslegalizar la moral ya que del hecho de que una moralidad sea positiva no se deduce que sea una moralidad correcta o valiosa y, por tanto, su positividad no sirve para fundamentar el contenido y el alcance de las leyes.

Hart critica que Lord Devlin confunda el paternalismo jurídico, ya sea físico o moral, con el moralismo legal.

Para demostrar que las normas que excluyen el consentimiento de la víctima como defensa ante una acusación de asesinato o agresión obedecen a otras razones que no sea la imposición legal de la moral, Hart introduce el término “paternalismo” en el ámbito de la filosofía jurídica. Sostiene que este es un caso de paternalismo legal, es decir, el uso del derecho para prevenir que un hombre se dañe a sí mismo o que efectivamente consienta a otros que le dañen. Considera que no está de todo claro por qué el forzar a una persona a respetar ciertas exigencias morales, bajo la amenaza de sanción legal, ha de considerarse como una protección de su bienestar o como beneficio de cualquier tipo, principalmente cuando la moral en cuestión es simplemente definitiva como las convenciones amplia y fuertemente defendidas en una sociedad concreta.

Mientras que Hart considera justificadas las intervenciones del Estado cuando se trata de afectación a terceros porque dañar a otros es algo que todavía puede tratar de prevenirse mediante el uso del Derecho Penal, incluso cuando las víctimas consientan o asistan en los actos que son perjudiciales para ellos, por lo que considera que el paternalismo o protección de las personas de ellas mismas, es una política perfectamente coherente. En cambio, el moralismo no encuentra una justificación plausible ya que, en su opinión, es preferible la desintegración que el mantenimiento de una sociedad en la que se limitasen los derechos de las minorías.²⁷⁴

Una diferencia entre las normas que tratan de prevenir el daño y las normas jurídicas moralistas es en cuanto a quién es el sujeto protegido. En las primeras, se protege la vida o la integridad física o psíquica, o cualquier otro bien jurídico de una

²⁷⁴ Podríamos argumentar, dice Hart que la justificación de que una sociedad tome medidas para preservarse depende tanto de qué tipo de sociedad sea, como también de qué medidas se han tomado. Si una sociedad se dedicase primordialmente a la cruel persecución de una minoría racial o religiosa, o si las medidas adoptadas incluyeran horribles torturas, sería defendible que aquello que Lord Devlin denomina la “desintegración” de tal sociedad sería moralmente mejor que su existencia. Ibidem. Pág. 112.

persona concreta que probablemente se verá afectada; mientras que las segundas, protegen a la sociedad *qua* sociedad mediante la imposición de un principio moral.

Chin Liew Ten,²⁷⁵ alumno y crítico de Hart, señala varias diferencias entre el moralismo legal y el paternalismo jurídico. La primera, es que el paternalismo protege a los individuos de acciones auto dañosas cuando está presente alguno de los criterios para declarar la incompetencia básica, mientras que el moralismo supone interferir en el comportamiento de un individuo incluso cuando ninguno de esos criterios que afecta a la competencia está presente. La segunda, es que el paternalismo no sanciona la maldad moral del comportamiento de una persona, mientras que el moralismo tiene como objetivo a la persona que viola la moralidad aceptada en la sociedad. La tercera, el paternalismo trata de proteger los intereses de las personas a las que se dirigen las medidas paternalistas, mientras que el moralismo apela a consideraciones más generales que tienen poco o nada que ver con los intereses de estas personas. En última instancia el paternalismo no sólo trata de evitar un daño o procurar un bien a una persona concreta sino intenta proteger su futura autonomía, lo que Gerald Dworkin ha llamado el “consentimiento orientado hacia el futuro”; en cambio, las medidas moralistas tienen como objetivo el mantenimiento de un modelo concreto de sociedad que está ligado a una moralidad positiva.

En relación con esto, Hart sostiene que existe un declive general de la creencia que el individuo conoce sus propios intereses mejor que nadie. Por ello, la tarea de determinar cuándo una persona puede ser considerada incompetente es extremadamente difícil porque debemos ser conscientes de que si bien algunos adultos están siempre incapacitados para ejercer su libertad, todos lo estarán en algún momento. Así, puede considerarse incompetente básico a la persona que no evalúa suficientemente los riesgos de la actividad en la que está inmersa, o que no es capaz de salvaguardar aquellos bienes que considera valiosos, o que no es capaz de saber qué es lo que más le conviene atendiendo a sus intereses, es decir, no es capaz de enfrentarse racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a ciertos desafíos o problemas que va a encontrarse en algún momento a lo largo de su vida.

²⁷⁵ Ten, Chin Liew. “Paternalism and morality”. *Ratio*. No. 13. 1971. Págs. 63 y 65. Citado en el prólogo escrito por Ramiro Avilés en *ibidem* Pág. 35.

En este sentido surgen dos opciones posibles: La primera, que considera que el derecho es un instrumento de persecución de las formas más escandalosas de vicio (imponer un principio moral) y; la segunda, que lo considera como un instrumento para prevenir el sufrimiento o el daño (proteger a una persona de otra).

Aunado a lo anterior, Hart dice que parece fatalmente sencillo creer que la lealtad de los principios democráticos implica aceptar lo que puede denominarse “populismo moral”, es decir, la idea de que la mayoría tiene un derecho moral de dictar cómo debería vivir todo el mundo (esto es lo que en su tiempo Mill llamó “tiranía de las mayorías”).²⁷⁶ Como se ha visto en este capítulo Mill y Hayek junto con otros han combinado la creencia en la democracia como la mejor, o la menos perjudicial, forma de gobierno con la apasionada convicción, en palabras de Hart, de que hay muchas cosas que incluso un gobierno democrático no puede hacer. En el funcionamiento actual de la democracia existen muchas fuerzas que probablemente fomentan la idea de que el principio del gobierno democrático significa que la mayoría siempre tiene la razón. Concluye que afirmar cualquier otro tipo de argumentos a favor de la imposición de la moralidad, incluso cuando la moralidad esté apoyada por una “mayoría abrumadora” o esté marcada por una “intolerancia, indignación y repulsa” muy extendidas, que la lealtad a los principios democráticos le exige admitir que la imposición sobre la minoría está justificada.

En este sentido, Ramiro Aviles²⁷⁷ considera que el sistema político en el que estuviese instaurado el moralismo legal afectaría, cuando menos, al grado de realización de dos características que deben estar presentes en toda democracia. En primer lugar, señala que el moralismo legal afecta al grado de pluralismo social necesario en todo sistema democrático porque sus defensores, ya sea en su versión moderada o extrema, pretendían acabar con ese tipo de pluralismo social ya que a la larga representaría una amenaza para la estabilidad, identidad y mantenimiento de la sociedad. En este punto

²⁷⁶ El problema que plantea el populismo moral, y que Hart denuncia, es que confunde el aceptable principio de que es mejor dejar el poder político en manos de la mayoría con la inaceptable afirmación de que lo que hace la mayoría con ese poder está exento de crítica y nunca puede oponerse resistencia. Esto significa que el populismo moral se considera exento de un posterior juicio axiológico, es decir, excluye cualquier crítica de las normas jurídicas en que se impone la moral positiva. Cfr. *Ibidem*. Págs. 162 y 163.

²⁷⁷ Ramiro Avilés, Miguel A. *A vueltas con el moralismo legal*. Op. Cit. Págs. 56 y ss.

cita a Feinberg²⁷⁸ quien sostiene que no debería temerse que en un mercado moral exista libertad de competencia entre los diferentes modelos de vida.

En segundo lugar, la adopción de una decisión de forma democrática, es decir, atendiendo al criterio de la mayoría (criterio cuantitativo) debe entenderse de forma limitada ya que no garantiza la corrección de la decisión adoptada (criterio cualitativo). En este sentido, Ronald Dworkin²⁷⁹ afirma que la configuración del entorno ético no puede ser juego en el que una de las partes gana todo y la otra queda totalmente excluida. Dicha configuración debe realizarse a través de las decisiones individuales, lo cual no significa que no pueda haber restricciones a través de leyes con las que limitar ciertas decisiones.

2.5 La autonomía de la persona como principio ético-jurídico.

Con lo que se ha estudiado hasta ahora, ya se tienen los elementos teóricos suficientes para formular un principio pueda ser aplicado a las voluntades anticipadas. Pero antes de entrar en esta labor es necesario atender dos cuestiones esenciales: La primera, de acuerdo con los objetivos y teorías planteadas en este capítulo, consiste en advertir que el principio de autonomía o autodeterminación personal tiene su fuente en el valor libertad más que en cualquier otro y, la segunda, revisar el contexto actual en el que se desenvuelve este principio dentro de la bioética médica con la finalidad de asegurar su operatividad y vigencia en el análisis bioético y jurídico correspondiente.

En relación con el primer punto, se ha de evitar en la medida de lo posible confundir libertad con autonomía.²⁸⁰ La libertad es un valor en tanto que es abstracto y

²⁷⁸ Feinberg, J. *The moral limits of the criminal law. Harmless wrongdoing*. Oxford. New York. 1990. Pág. 66. Citado en el prólogo escrito por Ramiro Avilés en ibidem. Pág. 58.

²⁷⁹ Dworkin, Ronald. "Liberal community". *Morality, harm and the law*. Westview Press. Boulder. 1994. Págs. 38 y 39. Citado en el prólogo escrito por Ramiro Avilés en ibidem. Pág. 59. Dworkin propone el "derecho a la independencia moral" que consiste en el derecho que tienen las personas a no sufrir desventaja alguna en la distribución de los bienes y oportunidades sociales, entre las que se incluye la limitación de las libertades que permite el Derecho Penal, exclusivamente alegando que las personas que gobiernan su sociedad o sus conciudadanos piensan que sus opiniones sobre la forma correcta para conducir su vida son innobles o incorrectas. Dworkin, Ronald. "Is there a right to pornography?". *Oxford journal of legal studies*. 1:2. 1981. Págs. 194. Citado en el prólogo escrito por Ramiro Avilés en ibidem. Pág. 62.

²⁸⁰ La confusión en este sentido no sólo es terminológica o conceptual, sino tiene más trascendencia pues se refiere al sustrato filosófico de tales términos. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España en las sentencias 94/2003 del 19 de mayo de 2003 y 122/2004 del 12 de julio de 2004 sostiene que el

tiene una función valorativa (tiende a lo mejor), mientras que la autonomía es un principio que establece un deber ser ideal y tiene una función normativa (tiende a lo debido). Los valores son el origen de los principios y de las reglas, es decir, toda prescripción normativa tiene su fundamento en un valor. Precisamente por ello, antes de la formulación de un principio debe justificarse el valor que lo sustenta.²⁸¹

La libertad como valor primigenio que se pretende exponer en este capítulo no se relaciona con la libertad inherente a la dignidad humana, es decir, en función a lo que se considera digno (*hacerse digno*); sino más bien una libertad que permite a las personas la libre elección entre una variada gama de posibilidades de vida cuyo referente no es la dignidad (no al menos en el sentido en que se ha adoptado este término en este trabajo) sino en el propio bienestar o la propia idea de felicidad. De esta forma, la libertad se presenta como una exigencia en la vida de la persona de participar activamente en la determinación de su propio ámbito de actuaciones. La realidad científica, social, económica, jurídica, etc. impele al individuo para que éste adopte una posición en cada momento de su vida sin necesidad de una justificación ontológica o metafísica de ella.

Definir la libertad como la libre elección de medios y de fines parece una tautología desde un análisis lógico, por ello en ocasiones se prefiere definir en sentido negativo, es decir, hay libertad cuando hay ausencia de coerción o coacción. Aunque constituye un punto de partida, no es suficiente esta solución.

Una ética inspirada en la libertad tiene dos potenciales enemigos con los cuales ha de estar luchando continuamente: La uniformidad moral y la aceptación acrítica de

consentimiento informado no contiene propiamente una garantía sino un derecho fundamental. También la Sala de lo Civil del Tribunal Superior en la sentencia 2/2001 del 12 de enero de 2001 dice que el consentimiento informado es un derecho fundamental. Estas sentencias evidencian la incorrecta primacía que se ha dado al consentimiento informado ya que éste solo es una herramienta o un medio en la atención médica, no constituye en sí mismo ni un valor, ni un principio ético o legal. Esto llevaría a afirmar que las voluntades anticipadas también son un derecho fundamental, siendo que está en igual situación que el consentimiento informado. Esto será motivo de análisis en el capítulo cuarto.

²⁸¹ Antonio Rovira, a pesar de que admite que la autonomía no es un valor, dice que ella es el primer principio, “el alma”, lo esencial para *ser* humano sin la cual se pierde la humanidad del ser y que previo a ésta nada existe. Considero que el afán de exaltar el valor de la autonomía en el campo de las decisiones personales este autor confunde la autonomía con la libertad. Cfr. Rovira, Antonio. *Autonomía personal y tratamiento médico*. Aranzadi. Pamplona. 2007. Págs. 51 y 52. Para ver más sobre la diferencia entre valores y principios véase Alexy, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. Op. Cit. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. Cit. Y Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del derecho*. Op. Cit.

modelos de comportamiento. La imposición u opresión que se haga de la persona, ya sea por parte del gobierno o por la mayoría, constituye un ataque frontal a lo más esencial y radical de su ser. Por tanto, un sistema moral basado en la libertad ha de luchar por la individualidad entendida como identidad moral que cada individuo posee frente a una moral social.

La sociedad no es la suma de los individuos, tampoco la ética que rige la vida pública es la suma de las éticas individuales. El pensamiento liberal, por lo general, parte de hacer la distinción entre vida privada y vida pública, siendo la libertad es un concepto fronterizo entre el individuo y la sociedad. Cada uno de estos campos o territorios morales tiene un valor primordial, el privado o individual se rige por la libertad, mientras que el público o social por la justicia.

El valor libertad se realiza en cada persona cuando realiza acciones que le hacen más feliz o le producen mayor bienestar; no es lo digno o lo bueno lo que persigue la acción libre, sino aquello que nos es más placentero en una situación concreta. La libertad auténtica es la que nos permite buscar nuestro propio bien, por nuestros propios medios, en tanto que no privemos de esto a los demás.

Dependiendo del tipo de acciones que se realicen la libertad fundamenta determinados principios. Así, la libertad de una persona para decidir sobre su propia salud, su propia vida o muerte da origen al principio de autonomía o autodeterminación. Este principio, a su vez, se ha de apoyar en dos herramientas para garantizar su observancia en casos concretos: El consentimiento informado y las voluntades anticipadas.

En suma, la libertad que inspira y fundamenta el principio de autonomía es un valor que se verifica en la individualidad de cada ser humano y no en la colectividad; es la posibilidad formal y material de decidir y actuar conforme a las convicciones y circunstancias propias, sin más límite que el mismo valor en la vida de otras personas.

En cuanto al desarrollo actual de la autonomía en la bioética médica el punto de partido obligado es el emblemático libro de Beauchamp y Childress titulado *Principles*

of biomedical ethics.²⁸² En él indican que el término “autonomía” no es unívoco y que puede ser estudiado desde diversos aspectos y teorías resaltando, además, dos requisitos presentes prácticamente en todas las teorías autonomistas: La libertad (independencia de influencias externas de control o coacción) y la acción (tener capacidad para realizar actos intencionales); sin embargo, también son conscientes de la diversidad de criterios que existen a la hora de entender estos requisitos. Además, establecen una serie de condiciones indispensables para que la acción proveniente de una persona sea catalogada como autónoma: 1) Que se realice intencionalmente. 2) Que se realice con entendimiento. Y 3) Que se realice sin influencias de control que determinen la acción. De estas tres condiciones, la primera no admite graduaciones, es decir, la intención para realizar un acto se tiene o no se tiene, no hay intención a medias. Sólo las dos últimas pueden tener grados, ya que la persona se puede tener mayor o menor grado de entendimiento o conocimiento respecto de una circunstancia específica,²⁸³ de igual modo la libertad puede estar más o menos determinada por factores externos; de tal forma que no es requisito *sine qua non* un grado absoluto de entendimiento y libertad, aunque bien constituye el ideal.²⁸⁴

Ser respetado como autónomo supone reconocer el derecho de la persona a realizar sus elecciones con criterio propio, sobre la base de valores y creencias personales; por ende, ser respetado como autónomo no supone compartir una fundamentación metafísica de la autonomía, sino que simplemente consiste en reconocer y aceptar un derecho que tiene todo individuo al actuar bajo determinadas condiciones y circunstancias.

También advierten que una persona en un mismo momento puede estar capacitada para realizar determinadas acciones autónomas y no tener la suficiente competencia para otras o, aun teniendo aptitud para esas tareas, no las realiza. Ponen el ejemplo de una persona autónoma que firma una forma de consentimiento informado sin haberlo leído o sin entenderlo, en este caso, está capacitado para actuar autónomamente, pero en esta ocasión no lo ha hecho; de igual forma personas que no

²⁸² Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. *Principios de ética biomédica*. Masson. Barcelona. 2001.

²⁸³ La comprensión no tiene que ser completa, con entender los hechos relevantes suele ser suficiente. Ciertos datos son irrelevantes o triviales, otros, en cambio, son fundamentales, probablemente decisivos. *Ibidem*. Pág. 149.

²⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 116.

tienen la capacidad de actuar autónomamente como los débiles o enfermos mentales pueden tomar decisiones autónomas como elegir tal o cual comida, hacer una llamada, etc.

Este principio implica no sólo la obligación de no intervenir en los asuntos de otras personas, sino también la de asegurar las condiciones necesarias para que su elección sea autónoma, mitigando los miedos y todas aquellas circunstancias que puedan dificultar o impedir la autonomía del acto. Por ello, este principio puede formularse tanto positiva como negativamente. Positivamente, el principio nos obliga a ser respetuosos con la revelación de la información y a favorecer la adopción de decisiones autónomas. Negativamente, el principio dice que las acciones autónomas no deben ser limitadas por otros.

Para que este principio sirva como guía práctica para la conducta tiene que ser especificado en función del contexto, especificación que dará lugar a derechos y obligaciones de libertad, intimidad, confidencialidad, sinceridad y consentimiento.

Las reglas específicas que encontrarían apoyo en el principio de autonomía son: a) Decir la verdad, b) respetar la intimidad de otros, c) proteger la información confidencial, d) dar información suficiente al paciente sobre su padecimiento, e) obtener el consentimiento de los pacientes para intervenir y, f) cuando así lo solicite, ayudar a adoptar decisiones importantes.

El principio de la autonomía da lugar al término “consentimiento informado” y a la elaboración de numerosas cartas sobre derechos del paciente o del enfermo, que en opinión de Juan María de Velasco²⁸⁵ es una muestra del camino recorrido de la bioética aunque su campo de actuación se ha reducido casi exclusivamente al mundo de terapéutica médica y de los ensayos clínicos, el campo de la biomedicina.

Estos autores conciben al consentimiento informado como un proceso temporal en el que paulatinamente se van estableciendo causas de información y asentimiento. De esta manera no lo reducen a la mera formalidad o protocolo de la firma de un formato

²⁸⁵ Cfr. Velasco, Juan María de. *La bioética y el principio de solidaridad*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2003. Págs. 70 y ss.

médico-legal mediante el cual se da el consentimiento de una intervención médica específica o a la participación en un determinado ensayo clínico. En el consentimiento informado reconocen y diferencian los elementos que lo integran y las características que debe reunir para salvaguardar una competencia que consideran necesaria y a la que definen como la capacidad para realizar una acción,²⁸⁶ requisito indispensable para no violar el principio.

Cabe señalar que Beauchamp y Childress establecen como elementos relevantes del consentimiento informado: a) Competencia (capacidad para comprender y decidir); b) informar (revelar información); c) entendimiento; d) voluntariedad (actuar sin influencias o persuasiones²⁸⁷, manipulaciones²⁸⁸ y coacciones²⁸⁹ de otros) y; e) consentimiento.

Por su parte Diego Gracia²⁹⁰ también se ha pronunciado en relación con el principio de autonomía. Hace una interesante comparación entre el paternalismo y la privacidad. Todavía hasta el siglo XVIII las relaciones familiares, religiosas, políticas y, por supuesto, la médica eran estrictamente paternalistas. Este tipo de relaciones cambiaron a partir del siglo XIX con la entrada del modelo liberal: La necesidad de controlar el poder del Estado sometiéndolo a normas jurídicas y éticas razonables. Para ello se tuvo que formular una tabla de derechos inalienables de los hombres en su estado de naturaleza, es decir, antes de cualquier contrato social, y que serían fundamento de éste. Efectuado el contrato social la diferencia ya no es entre estado de naturaleza y sociedad civil, sino entre lo público y lo privado. Las relaciones que se regían por el paternalismo ahora lo hacen conforme a la privacidad y son diametralmente opuestas. El primero, se rige por el principio de beneficencia mientras; el segundo, por el de autonomía. El primero, es de tipo vertical (yo mando, tu obedeces) y; el segundo, es de tipo horizontal (todos mandamos, todos obedecemos). El modelo liberal aplicado a la

²⁸⁶ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. Op. Cit. Págs. 126-128.

²⁸⁷ La persuasión es la influencia emocional intencional y lograda de inducir a una persona, mediante procedimientos racionales, a aceptar libremente las creencias, actitudes, valores, intenciones o acciones defendidos por el persuasor.

²⁸⁸ La manipulación es la influencia intencional y efectiva de una persona por medios no coercitivos, alterando las elecciones reales al alcance de las personas, o alterando por medios no persuasivos la percepción de esas elecciones por la persona.

²⁸⁹ La coerción o coacción es cuando una persona, intencional y efectivamente, influye en otra amenazándola con daños indeseados y evitables, tan severos que la persona no puede resistir el no actuar a fin de evitarlos.

²⁹⁰ Gracia, Diego. *Fundamentos de bioética*. Op. Cit. Págs. 121 a 189.

medicina ha sido tardío respecto a otros ámbitos de las relaciones humanas, ha intentado entrar por medio de dos vías: a) La crítica de las medidas monopólicas que no permiten aplicar el modelo de oferta-demanda y, b) el control de la información por parte de los médicos.

Al enfermo poco a poco se le ha ido considerando como un ser adulto, autónomo, capaz de recibir toda la información y libre de tomar las decisiones referentes a su propio cuerpo, sobre su salud y su vida. El derecho que tiene una persona a decidir cuando se están tratando asuntos relacionados con su salud y su vida, es un derecho humano primario. Todo ser humano es autónomo y el enfermo también. De esto se desprende la evidente obligación que tiene el médico frente al paciente de comunicar la verdad sobre su padecimiento, enfermedad, gravedad, etc. Este tipo de obligación, antes de ser jurídica, es moral. Pero en la práctica cotidiana de la medicina no suele ser tan fácil cumplir con esta obligación, por ejemplo, existen casos en que comunicar la verdad pueda acortar o vulnerar la vida del paciente, por lo que al dar información al paciente se tiene que ser sensible y prudente, este tipo de reservas es conocida como “privilegio terapéutico” que en su extremo puede caer en el paternalismo de antaño.

El reconocimiento de la autonomía del paciente o del enfermo ha tenido un fuerte impulso gracias a las decisiones judiciales, es obvio si recordamos que la idea central de la ética propia de la tradición jurídica ha sido la defensa de la autonomía y los derechos fundamentales de los individuos, paralelamente la idea central de la ética médica ha sido la beneficencia. De tal forma que el derecho de los pacientes a ser informados y a decidir de forma autónoma sobre su propio cuerpo se les ha impuesto a los médicos desde los tribunales de justicia, ya que este principio lo importó la medicina desde la ética jurídica. Igualmente se puede afirmar que el lenguaje de la virtud ha sido propio de la ética médica basada en la beneficencia, y el de los derechos, lo es el de la ética médica basada en la autonomía.

La autonomía no puede aislarse de lo que se ha denominado consentimiento informado²⁹¹ ya que éste es el medio material en el cual, por el reconocimiento de su autonomía, una persona recibe información necesaria y se le permite tomar una decisión trascendental para su vida. De tal suerte que el principio de autonomía se forma en dos dimensiones concretas y unidas entre sí: La información como *derecho* del paciente y el consentimiento como *obligación* para el médico. Ambas han ocupado espacios importantes en los códigos o cartas sobre los derechos de los pacientes desde sus orígenes hasta en la actualidad, también en el ámbito jurídico tal derecho y tal obligación han sido considerados en las leyes sanitarias.

En el año 1931 el Ministerio de Salud del Reich alemán promulgó unas normas sobre la experimentación con seres humanos y sobre la aplicación de nuevos productos terapéuticos en la medicina, estas normas constituyen el primer código de ética sobre ensayos clínicos. Cuatro de sus catorce artículos están dedicados a lo que en ese momento se denominó consentimiento voluntario; expresan que es derecho del propio sujeto, o de su representante legal, el expresar el consentimiento; pero estas normas no se aplicaron a las personas recluidas en los campos de concentración, de ahí el escándalo mundial cuando se revelaron datos sobre los experimentos realizados durante la Segunda Guerra Mundial. Como consecuencia, veinte médicos y tres administradores fueron acusados judicialmente en Nuremberg. En ese proceso el tribunal se dio cuenta de la importancia que significaba el consentimiento en la realización de experimentos y ensayos clínicos con seres humanos por lo que estableció una serie de principios que debían ser considerados al realizar este tipo de acciones para satisfacer las exigencias éticas y legales, estos principios son el conocido Código Nuremberg.

En su primer apartado establece que el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial, él debe estar en condiciones que le permitan el libre ejercicio del poder de elección; tener conocimiento y comprensión suficiente del procedimiento; conocer la naturaleza, duración y propósito de la misma; además, todos los inconvenientes, efectos y peligros previsibles. Es evidente que conforme a este código toda experimentación o ensayo clínico que involucre seres humanos debe

²⁹¹ Este término, como ya se ha dicho, nace en el ámbito jurídico. Fue usado por primera vez en 1957 en California, Estados Unidos en una sentencia judicial (Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Broad of Trustees).

hacerse con su consentimiento, y para que éste se de, previamente debe existir información, que a la vez es producto del reconocimiento de la autonomía del individuo. A mi parecer, esta es la forma en que el principio de autonomía deja de ser algo abstracto y se convierte en algo tangible y práctico.

Hoy la medicina intenta dar el paso entre el modelo moral paternalista al modelo autonomista. Esto no es posible, según Diego Gracia, sin un cambio en la propia lógica de la medicina que tiene que pasar del determinismo al probabilismo. Lo explica de la siguiente manera: Al hablar de consentimiento informado queda por entendido que la información la proporciona el médico, pero el problema consiste en delimitar o definir qué debe entenderse por información médica y, dice, este ya no es un problema ético sino lógico. La medicina de corte paternalista la lógica clínica clásica no tenía mayor problema con el tipo de información que el médico debía dar al paciente: El mayor bien de éste. Pero esta lógica es inservible para el modelo que se funda en la autonomía, ahora la lógica tiene que ser estadística, es decir, la información que el médico tiene que dar se basa en probabilidades ya que la medicina no puede ofrecer resultados exactos (como en la física o en las matemáticas) cada caso es distinto, cada cuerpo es distinto, las necesidades e inquietudes de los pacientes son distintas.

La formación de los médicos ha sido en base a una lógica determinista, de tal modo que el ideal del acto médico ha consistido en establecer una relación determinada o causal entre la etiología, la especie morbosas y el tratamiento de la enfermedad, por eso en la lógica medica tradicional el término central era el de especialidad, había causas específicas, especies morbosas y tratamientos específicos. La especialidad se lograba cuando podía establecerse una relación causal estricta entre la etiología, el cuadro clínico y el tratamiento.

Después de esa lógica está otra, la estadística o probabilística; por ejemplo, padecimientos como la hipertensión tienen varias causas probables: Basculo renal, meramente emocional, etc. La medicina continuamente ha de tomar decisiones de acuerdo a la llamada teoría de la decisión racional, que se refiere a la forma de decidir en situaciones de incertidumbre, por tanto, sin garantizar certeza ya que están basadas siempre en el cálculo de probabilidades: La decisión racional es la más probable. El médico está obligado a decir la verdad al paciente, lo que no es darle un diagnóstico con

certeza, sino exponerle la nube de posibilidades diagnósticas, pronósticas y terapéuticas del caso.

Diego Gracia afirma que la autonomía puede ser considerada como la facultad o condición sustantiva de la realidad humana; pero puede ser vista también, de modo más simple, como un acto, el acto de la elección humana.

Coincide con lo que han dicho Beauchamp y Childress al decir que las personas autónomas pueden hacer, y de hecho hacen, elecciones no autónomas; y al contrario, las personas no autónomas son capaces de realizar acciones autónomas en ciertos momentos y hasta cierto grado.

Además, considera que la autonomía no sólo tiene los límites de intencionalidad o de comprensión, la existencia de controles externos y los controles internos que la hagan no auténtica;²⁹² tiene otros límites que le vienen exigidos por el conflicto con otros principios de la bioética: El de la beneficencia y el de la justicia. La autonomía que se lleva al extremo e intenta convertirse en un principio absoluto y sin excepciones conduce a aberraciones no menores que las del paternalismo beneficista; lo que el paternalismo es a la beneficencia, el anarquismo es a la autonomía. El bien común exige restricciones a las decisiones libres de los individuos, por ello no sólo con el principio de la autonomía puede construirse una ética coherente. Muchas veces la razón está del lado de la beneficencia y no de la autonomía, y otras muchas veces está en medio, de ahí la necesidad de la existencia y confluencia de otros principios.

A la vez, pone al principio de autonomía en un rango inferior (no jerárquicamente, sino procedimental) que aquellos principios éticos que se apoyan en deberes de obligación perfecta, es decir, la no-maleficencia y la justicia.

Hecho las anteriores explicaciones, hemos de dar paso a la formulación de un principio de autonomía aplicable a las voluntades anticipadas conforme a los ideales liberales analizados en este capítulo.

²⁹² Un acto es auténtico cuando es coherente con el sistema de valores y las actitudes generales ante la vida que una persona ha asumido reflexiva y conscientemente.

El principio de autonomía está ligado a una capacidad reflexiva de cada persona, a la soberanía personal y a su derecho de disponer de las posibilidades reales que la vida le ofrece; aunque ciertamente el ámbito humano de la libertad enmarcado por la autonomía cada vez resulta más difícil de definir y de justificar ante el aumento de posibilidades o alternativas que ofrece el avance de la ciencia contemporánea.

La autonomía es la aptitud que asiste a cada persona para deliberar y decidir sobre lo que considera *debido* hacer de acuerdo a lo que considera *mejor*. Lo mejor conforme a la libertad es lo que se traduce en bienestar y felicidad para él, y lo debido es lo que tiene que hacer para obtener esos fines. Por tanto, la autonomía es un principio práctico que le dice al hombre cómo tiene que actuar en aquello que se relaciona con su ámbito más íntimo: Su autorealización, su autodeterminación, su salud, su vida, su muerte, sus cuidados...

Sin embargo, cabe decir que de acuerdo a la ética liberal tan negativo es negar la libertad como ignorarla, por tanto, defender la autonomía personal también implica defender que una persona puede elegir incluso lo que otros podrían considerar como malo. Los partidarios de una ética liberal “radical” dirían que puede hacerlo porque quiere, pero que debe asumir las consecuencias de esa decisión libre.

Fundamentar el principio de autonomía en esa libertad de hacer lo que quiera porque quiere es el blanco más socorrido para las críticas a este principio, y esto por la radicalidad en la valoración moral, es decir, realizar por completo un valor en total sacrificio de otro. Además, como sostiene Leibniz, la libertad de querer todo cuanto se quiere es una cosa imposible. De ser posible se extendía hasta el infinito, por ejemplo, si me preguntara “por qué quiero” y me respondería “porque quiero querer”, sería igualmente legítimo cuestionar la razón de esta segunda voluntad y, si yo recurriera siempre a una nueva voluntad de querer, la cosa no tendría término, de modo que se precisaría un número infinito de voluntades de querer como precedentes de la voluntad de actuar, o bien debería llegarse por fin a una razón de querer que no fuera tomada de la voluntad, sino del entendimiento; puesto que no queremos porque no queremos

querer, sino porque nuestra condición natural es querer aquello que consideramos lo mejor.²⁹³

Por tanto, el principio de autonomía, si bien se funda en la libertad como ha quedado dicho, no se justifica en la voluntad. La posibilidad de elección se dirige a lo que cada persona considera mejor para sí mismo, por ejemplo, la persona que decide tomar un medicamento para atender su enfermedad lo hace convencido de que es lo mejor para recuperar su salud, no lo hace porque quiere, pues en este último caso no hay justificación de la elección. Si lo tomara “porque quiere”, lo seguiría haciendo aunque ya estuviese sano, no habría racionalidad en la elección. Bajo estas consideraciones ni la libertad, ni la autonomía se justifican por el mero acto de querer. En este sentido, quien pretenda defender el principio de autonomía tendrá que hacer un esmerado ejercicio intelectual para mostrar la bondad para actuar de una determinada manera.

Tomando el mismo ejemplo anteriormente expuesto pero ahora en sentido inverso, es decir, una persona decide no tomar un medicamento para atender su enfermedad porque considera que es mejor tal vez la muerte que su salud, deberá justificar su elección no para lograr el permiso de los demás, sino para hacer de la elección algo racional, pues sin racionalidad no hay posibilidad de elección, no hay libertad ni hay autonomía.

Las sociedades que se rigen prioritariamente por el principio de autonomía no otorgan permisos a casos particulares, es decir, una persona que pretenda actuar de determinada manera no debe expresar las razones de su actuar para obtener el permiso de los demás, del Estado o del derecho porque éstos ya han establecido una regla práctica que rige a la libertad individual y, por tanto, al principio de autonomía: El individuo puede hacer todo aquello que considere lo mejor para él mientras que su acción no afecte a terceros. Estos postulados parecen simples y fácilmente aplicables a temas de gran controversia como el de las voluntades anticipadas, pero el aporte que ha de dar la bioética en esta cuestión se refiere a la justificación racional de la elección.

²⁹³ Cfr. Arana, Juan. *Los filósofos y la libertad*. Síntesis. España. 2005. Pág. 66. Al hablar de la libertad como valor personal o de la autonomía como principio de la acción es de todo común interpretarlos en “como uno quiera” o “porque quiero”, pero este valor y este principio en el escenario de los derechos y las garantías jurídicas, de la pluralidad moral, de la tolerancia, del respeto y de la responsabilidad moral distan mucho de esa simple y pobre consideración.

Si bien estamos de acuerdo que en una sociedad de relaciones complejas como en la que vivimos ahora donde intervienen gran variedad de factores científicos, morales y culturales la acción individual no puede ser fruto de permisos particulares y que ésta encuentra su límite precisamente en una real afección a los demás, esto no es suficiente. La elección de cada individuo en cuestiones de gran envergadura como las que se refieren a su vida, su salud, su muerte, sus cuidados, etc. distan mucho de resolverse mediante los dos postulados liberales antes mencionados, pues la justificación de la elección es fundamental. Para este propósito se han de asignar tareas específicas. Los terceros no involucrados directamente en la decisión de un individuo les corresponde respetarla y apelar a los mecanismos jurídicos existentes cuando con ella se les cause un daño; al derecho le corresponde garantizar a cada individuo una real posibilidad de elección previendo las consecuencias jurídicas que el sujeto desea producir, incluyendo la sanción correspondiente cuando agreda los derechos de terceros,²⁹⁴ a la bioética le toca establecer los métodos para la toma de decisiones razonables y prudentes en orden a tomar la mejor elección, además, de dar al individuo elementos que permitan argumentar sobre la moralidad de sus actos y; finalmente, al individuo por ser la autonomía un principio estrictamente personal le atañe la encomienda más importante, la de dar razones de sus actos. Esto implica que debe hacer una ponderación de los valores en conflicto; considerar la mayor cantidad de factores, circunstancias y consecuencias posibles; y establecer varias alternativas de acción optando por un curso óptimo. Estos son los elementos de una elección libre y racional, que vuelvo a insistir, van más allá de buscar aprobación moral o jurídica que obviamente debe existir, porque establecen un equilibrio necesario entre un subjetivismo extremo o libertad radical “porque quiero” y un objetivismo duro o libertad permisiva. Una persona que considere dichos elementos al momento de ejercer su libertad, principalmente en el tema que nos

²⁹⁴ El Estado de Derecho se justifica hoy en la medida que permite e interviene para asegurar la autonomía de cada uno, en la medida en que asegura al ciudadano ser verdadera y radicalmente libre, autónomo. Para ello debe poner el acento, primero, en garantizar las mínimas condiciones materiales y, en segundo, en garantizar las mínimas prohibiciones al ejercicio de la autonomía personal. Rovira, Antonio. Op. Cit. Pág. 63. En este sentido, Nino prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado y los demás individuos, no deben interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de la virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Nino, Carlos Santiago. Op. Cit. Págs. 199 a 236.

ocupa, difícilmente se enfrentará a los conflictos cada día más comunes de rechazo moral, escándalo social e imposición jurídica.

En suma, el principio de autonomía se relaciona con el derecho fundamental de todo individuo de autodeterminarse en las cuestiones relacionadas con su cuerpo; así como la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos de occidente reconocen derechos como los de libertad de pensamiento, libertad de religión, libertad de trabajo, libertad de expresión, etc., el derecho de autodeterminación corporal, si bien no está dentro de ese primerísimo catálogo, es en sí reconocido y promovido en las sociedades occidentales no sólo en el ámbito legal sino también en el de la bioética.²⁹⁵ Además, la aplicación del principio de autonomía tiene un doble sentido; por un lado, exige pleno respeto de otras personas al derecho de cada individuo y, por el otro, reclama responsabilidad por parte de su titular no sólo para afrontar las consecuencias inherentes al acto, sino también para dotar de racionalidad a su elección.

La autonomía individual es el derecho a disponer de un ámbito íntimo de decisión que nadie que no sea la propia persona decida lo que es bueno o no y los medios para alcanzarlo. No hay lugar para la imposición ni la coacción en cómo se tiene que vivir o morir, ni en cómo valorar la salud, los cuidados o los tratamientos. Así como el Estado asiste y ayuda a los enfermos y establece mecanismos de protección para los incapaces, también debe garantizar un ámbito de autonomía, es decir, la capacidad en cada individuo de gestionar su vida y su cuerpo.

Por tanto, la autonomía es un principio *prima facie* obligatorio, es decir, deben ser respetadas las decisiones de los individuos que tomen dentro de su esfera privada, sin embargo, por razones que previamente deben establecerse por el derecho (por ejemplo, la incapacidad de la persona), o bien las que provengan de una amplia deliberación moral (por ejemplo, la falta de racionalidad en la elección) que pueden determinar excepciones a dicho principio. Una ética que no de posibilidad de establecer excepciones a sus valores y principios se convierte en absolutista y con altas

²⁹⁵ Según Nino, en la lista de derechos humanos reconocidos jurídicamente existe una variada gama de libertades para hacer ciertas cosas (profesar un culto religioso, ejercer actividades profesionales, asociarse con otros, etc.). Estos derechos son especialmente amplios y genéricos, lo cual sugiere que tales derechos derivan de un principio general que veda la interferencia en cualquier actividad personal que no cause perjuicio a terceros. Ibem.

probabilidades de instaurar una tiranía moral limitando la reflexión moral, sin embargo, cabe decir que para no caer en el relativismo moral dichas excepciones deben surgir de un riguroso análisis propio de la bioética contemporánea. Tomar el valor libertad como único valor a considerar en el momento que una persona decide expresar sus voluntades anticipadas o la autonomía como principio rector de la legislación en esa materia, con mucha seguridad se podría afirmar que lejos de resolver alguno o algunos de los problemas que plantea la ciencia en nuestros días, aumentaríamos en grado de incertidumbre y se dejaría de lado la siempre necesaria reflexión moral del comportamiento humano.

CAPÍTULO 3

HECHOS BIOLÓGICOS O CLÍNICOS DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.

Sumario: **3.1** Ética en los confines de la vida humana.
3.2 Diferencia entre enfermedades agudas y enfermedades crónicas. **3.3** Cuidados intensivos ante situaciones críticas.
3.4 Limitación del esfuerzo terapéutico. **3.5** Futilidad.
3.5.1 Muerte cerebral o muerte encefálica. **3.5.2** Estado vegetativo persistente. **3.6** Eutanasia y suicidio médicamente asistido. **3.7** Cuidados paliativos en pacientes en fase terminal. **3.8** Recomendaciones para la toma de decisiones médicas, éticas y jurídicas en temas relacionados con las voluntades anticipadas.

CAPÍTULO 3

HECHOS BIOLÓGICOS O CLÍNICOS DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.

*La vida humana es un absoluto relativo, o un relativo absoluto;
es relativa en tanto estructura biológica o natural, y
absoluta en tanto que realidad biográfica o personal.*

Diego Gracia

3.1 Ética en los confines de la vida humana.²⁹⁶

Durante la vida humana hay dos momentos en los que especialmente se presentan cuestionamientos éticos, médicos y jurídicos capitales debido a la imprecisión científica o, mejor dicho, al inacabado conocimiento científico en torno a ellos, me refiero al inicio y al final de la vida humana. Ningún otro momento en la vida presenta tal complejidad que estos dos.²⁹⁷

Diego Gracia, reticente a imponer conductas o principios morales, proporciona por medio del estudio bioético del final de la vida los elementos esenciales para realizar juicios morales de forma prudente y ponderada. Esta idea recurrente y característica de

²⁹⁶ Bajo el título *Salir de la vida*, Diego Gracia analiza desde el punto de vista bioético la compleja e inacabada discusión propia del final de la vida humana, no tan sólo por el suceso final, la muerte, sino también por todos los acontecimientos previos por los que el ser humano transita o padece antes del desenlace, precisamente porque son éstos los que producen más interrogantes, inquietudes y problemas para la propia persona, para el equipo de salud e, incluso, para la sociedad en general. Las reflexiones hechas por Gracia me permitirán desarrollar este apartado introductorio. Cfr. *Salir de la vida*, en Gracia, Diego. *Como arqueros al blanco*. El Búho. Colombia. 2004. Ética y vida. No. 5. Págs. 389 a 426.

²⁹⁷ La vida humana tiene comienzo y tiene fin y, por tanto, es una clase de la que se entra y se sale. La entrada es el comienzo de la vida y la salida su final, la muerte. La claridad que existe en el centro de este círculo imaginario se va perdiendo poco a poco según se acerca uno a la periferia. Ahí las cosas son más oscuras, los límites resultan más borrosos, hasta el punto de que en ciertos momentos puede dudarse si se está dentro o fuera del círculo, es decir, de la clase. De hecho, la muerte ha tenido que redefinirse no hace más de treinta años. En los confines las evidencias se atenúan y las dudas aumentan. Si en algún punto es necesario extremar cuidado es sin duda el de los confines de la vida, porque ahí se concentran la mayor parte de los problemas morales. Esto obedece a una profunda lógica que hunde sus raíces en la particular condición de la realidad humana. Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. El Búho. Colombia. 2004. Ética y vida. No. 3. Págs. 289 y 291.

su pensamiento es suscrita en este trabajo y en especial en este capítulo, ya que no se pretende llegar a respuestas universales, inmutables y fuera de toda discusión,²⁹⁸ más bien intenta mostrar los conocimientos biomédicos y morales necesarios para un análisis serio y profundo del contenido material de las voluntades anticipadas que permitan su adecuada regulación jurídica²⁹⁹ y su correcta aplicación en la práctica de la medicina actual.

Para la formulación de estos conocimientos y para comprender adecuadamente el contexto actual de la práctica médica, es preciso iniciar con un breve estudio de la ética naturalista. Según esta ética el orden de la naturaleza es principio de moralidad, es decir, todo lo que altera sustancialmente el orden de la naturaleza, sus leyes, o impide su normal desarrollo y su tendencia a su fin natural, es antinatural y, en consecuencia, malo. De esta forma, su concepto rector es el de *naturaleza*, y ésta tiende hacia un fin intrínseco el cual es el fin de los seres humanos y el objetivo último de la vida moral: la *eudamonia*, o bien, la plenitud³⁰⁰ o la felicidad.³⁰¹

²⁹⁸ Para Gracia, la ética no todo es absoluto, pero tampoco todo es relativo. En ética sólo las afirmaciones formales pueden tener carácter absoluto y categórico, mientras que las proposiciones materiales han de tener siempre la condición de relativas e hipotéticas. En la ética humana hay algo absoluto, el qué, el respeto a los seres humanos; pero también hay algo relativo, el cómo, cómo han de ser respetados. Uno y otro requieren de un riguroso ejercicio de fundamentación y de análisis conforme a las circunstancias concretas que plantean los avances científicos y, también, de acuerdo a la forma en que el hombre afronta su vida y su muerte. Cfr. Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Págs. 290 y 291.

²⁹⁹ La ley, y el Derecho en general, no pueden tener por objeto hurtar a la persona de su capacidad para realizar juicios morales, más bien deben proporcionarle o garantizarle los medios necesarios y suficientes para que ella pueda tomar sus decisiones, sobre todo cuando éstas involucran su salud, su vida y su muerte.

³⁰⁰ Una característica de esta ética es que es una ética juvenil. Hay dos momentos en la vida en que no se tiene la plenitud, el primero se le llama generación que finaliza con el nacimiento y; el segundo, se llama de corrupción que finaliza con la muerte, la caída de la plenitud a la muerte se llama climaterio. Entre ambos extremos está la plenitud. Por ejemplo, lo que el escultor quiere inmortalizar en las majestuosas estatuas griegas es al joven en la plenitud de su fuerza vital.

³⁰¹ En el libro I de *Ética Nicomaquea*, Aristóteles llama felicidad al bien más excelso de toda acción humana que implica dos cosas: a) Vivir bien (*eû zên*), traduciendo al lenguaje actual diríamos que buena vida o vivir bien son buenos genes (primera naturaleza que nos viene dada) y, b) obrar bien (*eû práttein*), hay que ejercitar correctamente esa buena y primera naturaleza que se nos ha dado mediante los hábitos buenos: la virtud. *Eudamonia* (*eû*, lo bueno; y *daímon*, Dios, divinidad o suerte) suele traducirse por felicidad, aunque en realidad el término expresa mucho más que eso; Diego Gracia considera que debería traducirse como vivir a tope, desarrollar totalmente las potencialidades humanas. Según este concepto, nadie *merece* la felicidad, es siempre un *don*, un regalo de los dioses. “La felicidad es algo final y autosuficiente, y es el fin de cuanto hacemos”. La felicidad es una especie de vida dichosa y de conducta recta, la actividad conforme a la virtud. Para los amantes de la belleza moral son placenteras las cosas por naturaleza placenteras, y tales, son siempre, acciones ajustadas a la virtud. Los actos de virtud son siempre valiosos y durables (lleva los cambios de fortuna con sumo decoro). No son los más bellos ni los fuertes los que son coronados, sino los que luchan. Los que obran son los que conquistan con derecho las cosas bellas y buenas de la vida. Lo bueno y lo justo concurre en las mejores acciones, eso es la felicidad. La felicidad es una actitud del alma conforme a la virtud perfecta. Por virtud humana entendemos no la del cuerpo, sino la del alma; y por felicidad, una actividad del alma. Véase Aristóteles. *Ética*

Bajo esta concepción, la enfermedad es mala e inmoral debido a que altera el orden natural del ser humano; además, porque le impide alcanzar su fin moral. Y aunque se han de abordar con más detalle en apartados independientes el suicidio y la eutanasia conviene hacer unas breves consideraciones al respecto.

Según la ética naturalista nadie en su sano juicio puede suicidarse porque la naturaleza tiende a su propio fin y, por tanto, busca permanecer en el ser lo más posible, éste es un ejemplo del principio socrático de que nadie puede querer el mal directamente, sino sólo por ignorancia o por enfermedad. Poner fin a la vida de una persona, aunque sea la propia, antes de tiempo, es una falta moral porque supone la ruptura del orden justo, es una injusticia, es decir, una falta de ajustamiento al orden natural, desajustamiento.³⁰² La injusticia es una alteración, no tanto en el orden corporal como del social o político.³⁰³

Sin embargo, lo anterior no es impedimento para poder poner fin a la vida cuando ésta resulta peor que la muerte, cuando la naturaleza humana por el desorden profundo e irreversible en ella pierde su tendencia natural a la felicidad.³⁰⁴ En este caso, se admite el suicidio para evitar la degradación física o moral de la vida, por ejemplo, la muerte de Sócrates. Consecuencia de esto, surge precisamente en la cultura griega el término eutanasia,³⁰⁵ para expresar la terminación voluntaria de la vida en un sistema

Nicomachea. Libro I. Op. Cit. Págs. 146 y ss. La tesis griega es que el hombre no puede alcanzar la perfección sólo sino en sociedad, en la *polis*. Por eso en la primera parte de *La Política*, Aristóteles dice que el hombre es un *zoon politikon* y que la ética es una parte de la política.

³⁰² No es valeroso ninguno de los que, como hacen muchos hombres, comete suicidio para huir del trabajo y de los padecimientos. Cfr. Aristóteles. *Ética Eudemia*. Libro III. Trad. Julio Pallí Bonet. Gredos. Madrid. 2008. 1229b 25-30. Pág. 471.

³⁰³ El bien humano puede ser el mismo para individuo y para la ciudad, pero de no ser así, tendrá preferencia el bien de la ciudad. Es cosa amable hacer el bien a uno sólo; pero más bella y más divina es hacerlo al pueblo y a las ciudades. No es posible ser injusto consigo mismo, porque lo justo y lo injusto requieren necesariamente más de una persona. Para Aristóteles el suicidio es malo porque se atenta contra la justicia que uno le debe a la *polis*. Cfr. Aristóteles. *Ética Nicomachea*. Libro I. 1094b 5-10. Op. Cit. Pág. 133.

³⁰⁴ La eutanasia y el suicidio, según la ética naturalista, son inmorales cuando interrumpen la vida de un ser vivo que tiene posibilidades de desarrollo; sin embargo, pueden ser morales cuando la naturaleza se haya corrompida, desordenada o degradada.

³⁰⁵ El término *eu-thanasía* proviene del griego *eû*, lo bueno; y *thanatos*, muerte; por tanto, significa buena muerte, ciertamente porque el fin de la ética griega era la búsqueda de la perfección del ser, lo bueno, lo mejor según su naturaleza; por ejemplo, para Platón la salud es inseparable de la perfección. En consecuencia, la eutanasia busca una muerte que sea coronación de una vida plena. Eutanasia entendida como el acto de morir pacíficamente y el arte de lograrlo dentro de la literatura clásica va íntimamente unida con el término de desahucio.

moral coherente. Cuando la vida propia o ajena se ha convertido en indigna, la eutanasia no sólo es una posibilidad sino quizá también un deber.

En este sentido, Platón hace una importante distinción que ha de servir como guía para comprender mejor los hechos clínicos o biológicos y su tratamiento o atención en relación con las voluntades anticipadas. Él sostiene que las reglas de la medicina han de aplicarse solamente a aquellos cuerpos sanos por naturaleza que por el régimen de vida han contraído una enfermedad determinada, no así en relación a personas crónicamente minadas por males internos, pues no considera correcto prolongar y amargar su vida, considera que quien no es capaz de vivir desempeñando las funciones que le son propias no debe recibir cuidados por ser una persona inútil para sí misma y para la sociedad.³⁰⁶

De este modo, el suicidio médicamente asistido y la eutanasia se practicaba cuando ya no era posible vivir dignamente y, por tanto, era imposible el *eû zên* y el *eû práttein*, pero estaban prohibidas cuando era objetivamente posible buscar el *eû zên* en lugar de la *eu-thanasía*.

Posteriormente, el cristianismo asumió la mentalidad naturalista del pensamiento griego a excepción del sufrimiento en virtud del carácter redentor que le atribuye esa doctrina religiosa. Para los griegos Dios no puede padecer ni morir y es deber de todo hombre que aspira a ser sabio o filósofo imitar a Dios; por tanto, debe evitar el dolor y el sufrimiento. Así, una nueva idea del sufrimiento da lugar a una nueva postura ante la muerte.

A partir de entonces, el Juramento hipocrático constituye el texto moral fundamental que ha de guiar la práctica médica desde el siglo I hasta el XVIII, el cual prohíbe la práctica del suicidio y de la eutanasia.

³⁰⁶ Véase Platón. *La República*. Libro III. 6a ed. Trad. Antonio Camarero. EUDEBA. Buenos Aires. 1972. XV. 407 c-e. Pág. 218. La diferencia que plantea Platón a primera vista puede considerarse drástica; sin embargo, es fundamental para el tema que nos ocupa, pues el contenido material del documento de voluntades anticipadas debe atender principalmente al tipo de enfermedad o padecimiento del paciente. Es decir, en razón de distinguir enfermedades crónicas y enfermedades agudas el alcance y eficiencia del documento es mayor, porque no sólo incluyen actos occisivos como erróneamente se piensa, sino se convierte en una verdadera planificación del tratamiento. Dicha distinción permite discutir los cuidados paliativos, los cuidados intensivos, las técnicas de soporte vital, encarnizamiento terapéutico, etc.

Esto permite entender a la medicina occidental no sólo como el arte de prevenir y restaurar la salud, sino, también, el de ayudar al bien morir. La función de la medicina es ayudar a vivir bien, a conseguir la perfección y la felicidad; pero cuando esto no es posible, debe ayudar a conseguir una buena muerte.

Una característica de esta ética es el modo de fijar el criterio objetivo para juzgar la corrección o no de la eutanasia. Ese criterio se basa en la naturaleza del paciente, la cual es valorada por el especialista de esa naturaleza basado en su diagnóstico y en su pronóstico, la realiza el *physio-lógos*, es decir, el fisiólogo, el médico.

En suma, para la ética naturalista o presocrática el principio de moralidad lo establece la naturaleza, la cual tiene un orden interno o ley natural. Ese principio es el que impele a los hombres hacia su único deber moral: la perfección y a la felicidad. Tanto el suicidio como la eutanasia están prohibidas cuando impidan el desarrollo de las potencialidades del hombre; en cambio, son permitidas cuando su naturaleza es defectuosa y, por ende, no puede realizar su deber moral. La identificación del criterio objetivo para juzgar la moralidad o no de esos actos la realiza el médico y no el paciente.

Después de la filosofía griega clásica y de la prolongada aplicación del Juramento hipocrático, las reflexiones en relación al final de la vida llegaron al escenario de la teología. De esta forma santo Tomás de Aquino, retomando a Aristóteles, hace la distinción entre actos directa e indirectamente occisivos, y la tesis de la teología moral va a ser que la muerte directa de una persona no tiene justificación moral, en tanto que sí puede aceptarse un acortamiento indirecto de la vida. Otra distinción importante es la que se hace sobre situaciones ordinarias y extraordinarias, éstas últimas nunca son moralmente exigibles, aunque ello conlleve a un acortamiento de la vida o, incluso, a la muerte.

En el siglo XVII el hombre moderno hace una fuerte crítica a la idea de naturaleza, el papel que desempeñaba la naturaleza en la filosofía clásica ahora lo desempeñará la razón en sentido amplio (aspecto cognitivo, emocional y volitivo). Esta concepción es evidente en el caso de la razón moral o práctica, en la que la voluntad es

tan importante, o quizá aún más, que el entendimiento. Lo bueno es, entonces, la buena voluntad; y como la libertad es precondition de la voluntariedad, el valor fundamental va a ser la libertad, el respeto de la libertad. Ello deriva un nuevo tipo pensamiento moral, las denominadas éticas autónomas.

La ideología liberal, a la cual se le ha dedicado el capítulo 2 de esta tesis, surge en los siglos XVII y XVIII con la afirmación de que todo ser humano es depositario de derechos humanos primarios e inalienables; además, por la tendencia cada vez más marcada de diferenciar lo público de lo privado,³⁰⁷ lo cual no se había hecho ni en el mundo antiguo ni en el medieval. La consecuencia directa de esto es el cambio en los criterios de moralidad. La ética moderna, liberal, es principialista; los derechos humanos son un sistema de principios. La ética antigua se basaba en la dicotomía virtud/vicio; en cambio, la ética moderna, se basa en el binomio principios/consecuencias.

Cabe recordar aquí el principio moral propuesto por el liberalismo de Mill: El único fin justificable por el cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. Bajo este contexto, se acuñan los términos “derecho a la vida” y “derecho a la salud” en sentido negativo, es decir, nadie puede quitar la vida a otra persona y, por tanto, cada uno tiene derecho a que los demás no pongan fin a su vida. Lo mismo es aplicable al derecho a la salud. En consecuencia, la gestión de la propia vida y de la propia muerte es, en principio, cuestión privada; es decir, existen deberes morales para consigo mismo pero éstos no pueden elevarse a la categoría de derechos ni, por tanto, exigirse coactivamente.

El liberalismo, a diferencia del naturalismo, considera que en la definición de vida y de salud se incluyen factores subjetivos, creencias y valores, no sólo hechos. De tal forma que lo que gestionará la vida, la salud y la muerte será el propio y personal

³⁰⁷ La distinción hecha entre vida pública y vida privada, provoca que los principios éticos en cada una de ellas sean distintos; así, los deberes perfectos o de justicia son aquellos cuyo cumplimiento puede ser exigido por los demás, el Estado tiene la función de regular este tipo de deberes y vigilar su cumplimiento. Desde un punto de vista contractualista, el contrato social que da origen al Estado es una creación voluntaria de seres humanos, con el claro objetivo moral de gestionar los deberes perfectos. Estos deberes son los que rigen la vida pública. Por otra parte, están los deberes imperfectos o de beneficencia que el Estado no puede gestionar, su única obligación es procurar que los individuos estén en condiciones de poder ejecutarlos privadamente por medio de la ética, estos deberes gobiernan la vida privada. Esto ya ha sido explicado debidamente en el capítulo 2 de esta investigación.

sistema de valores. El médico queda relevado para decidir lo que es correcto o no, ahora lo hace el propio individuo. El suicidio que era calificado como perverso porque alteraba el curso natural de la realidad, ahora se considera que el conservar la propia vida es un deber y no un derecho.

El suicidio es el acto de poner fin directa y activamente a la vida propia, se atribuye en muchas ocasiones a trastornos mentales e, incluso, sociales de la persona; otras veces tiene un carácter trágico cuando la persona vive una tragedia, es decir, cuando la persona prefiere morir a vivir del modo en que lo está haciendo. Aunque en ambos casos la decisión de morir es personal existe una denuncia moral: algunos o todos teníamos deberes con esa persona que no hemos sido capaces de cumplir.

En la sociedad siempre habrá personas que prefieran la muerte a seguir viviendo por cuestiones que no podemos resolver, por ejemplo, en los casos de la enfermedad invalidante, de dolor intratable, de sufrimiento psicológico, de riesgo de indignidad moral, de coherencia con las creencias religiosas, etc. Todos queremos vivir pero no a cualquier precio. Cuando conservar la vida se hace a costa de sacrificar otros valores (religiosos, culturales, morales, biológicos), entonces se puede preferir la muerte.

Estas cuestiones ya problemáticas lo pueden ser aún más cuando se aplican al final de la vida humana. Por ejemplo, en situaciones agudas no suele haber tiempo para indagar las creencias y valores de los pacientes; en situaciones crónicas y terminales los pacientes comúnmente no se hallan en condiciones de expresar sus deseos y preferencias; o bien, se niegan a aceptar algún procedimiento que permita prolongar la vida. Por estas razones, desde el seno de la teoría liberal, se han ideado mecanismos a fin respetar la voluntad de los pacientes que se encuentran en esas situaciones, para que sean ellos los que decidan anticipadamente lo que quieren o no quieren que se haga en la fase final de su vida. Estos mecanismos normalmente adoptan la forma de documentos y son múltiples sus denominaciones: “instrucciones previas”, “voluntades anticipadas” (*advanced directives*), “testamentos vitales” (*living wills*), “órdenes de no reanimación” (*do not resuscitate orders*), “poderes durables de representación” (*durable power of attorney*), “tutores cautelares”, etc. Estas herramientas jurídicas para la atención sanitaria serán objeto de análisis más profundo en el siguiente capítulo.

Según lo que se ha dicho, la teoría liberal clásica diferencia claramente la moralidad del suicidio de la del homicidio, la del rechazo a recibir tratamientos de la legitimación de pedir a otro que ponga fin a su vida. En otras palabras, dicha teoría acepta el suicidio lúcido y el rechazo de tratamientos, pero no el homicidio ni la eutanasia.

De acuerdo al principio de Mill, los actos intransitivos son aquellos que deben ser gestionados de modo privado; en cambio, los transitivos, deben ser gestionados por el Estado, sobre todo cuando afectan los derechos de las personas. Los actos intransitivos tienen un criterio de moralidad distinto al de los actos transitivos cuando afectan los derechos de otras personas. Bajo esta perspectiva, la eutanasia (acto transitivo) atenta contra el derecho a la vida; sin embargo, el consentimiento, en el modo en que lo expresa Nozick, juega un papel vital, porque en este caso el énfasis no está en la transitividad del acto, sino en el consentimiento de la persona afectada. Así las cosas, la legitimidad o no del acto no debe buscarse por vía del derecho a la vida, sino por la del derecho a la libertad de conciencia.³⁰⁸

Esta discusión fue candente durante el siglo XX, pues dentro de la práctica médica se condena el homicidio, incluso por compasión (*mercy killing*), y se permite el “dejar morir”.³⁰⁹

³⁰⁸ En el tema de la eutanasia, la voluntariedad juega un papel decisivo para definirla. La eutanasia propiamente dicha sólo es directa; por tanto, la voluntad de quien realiza el acto es directamente occisiva, además de serlo también la de quien lo recibe.

³⁰⁹ Una perspectiva *consecuencialista* afirmar que hay situaciones en las que poner fin activamente a la vida es más humano que dejar morir, lo decisivo no es el medio sino el objetivo que se persiga. Dejar morir puede ser moralmente incorrecto (si por omisión se deja morir a quien no debería morir) y matar puede ser moralmente correcto. Siguiendo este razonamiento no tiene sentido aceptar las voluntades anticipadas y, al mismo tiempo, rechazar la eutanasia. Para la postura consecuencialista o utilitarista no tiene relevancia la distinción entre acción y omisión. Una postura *deontológica* “fuerte” justifica la diferencia entre acción y omisión desde algunos textos de santo Tomás de Aquino mediante la distinción entre “querer” y “permitir”. Esta separación da como resultado la llamada “doctrina del doble efecto” o del “voluntario indirecto” que sostiene que la moralidad del acto viene dada, en principio, por su intencionalidad, la cual debe ser buena sin que implique la exclusión de efectos colaterales perjudiciales, los cuales si no son queridos, son permitidos. Esto sucede con algunos fármacos que su uso puede tener fines beneficiosos para el paciente, aunque de antemano se conocen los efectos secundarios dañinos, por ejemplo, cuando al paciente se le administra sedación para el dolor la cual produce el acortamiento de la vida; incluso se ha acuñado un término específico: “sedación terminal”. La posición de la *doctrina católica* ha sido que el poner fin directa y activamente a la vida de otra persona es siempre malo, es un acto intrínsecamente perverso; sin embargo, en ocasiones es permitido o tolerado como mal menor, tal como sucede en el ejemplo de los fármacos. Surge así el principio del doble efecto que lo que busca es el efecto bueno, no el malo, que se sigue necesariamente pero no se pretende de modo directo. La *ética liberal deontológica* utiliza el lenguaje de los derechos y los deberes. Hay dos tipos de deberes: negativos o de prohibición, y deberes positivos o de promoción o de virtud. De tal modo el deber de no maleficencia

Este debate tuvo como escenario la filosofía analítica anglosajona, por tanto, los filósofos con esa formación intentaron definir con la mayor precisión posible los conceptos de matar y dejar morir para ver si era posible establecer diferencias intrínsecas.

Después de veinte años de polémica, Diego Gracia sostiene que no ha sido posible establecer analíticamente una diferencia moral entre ellos. Esto demuestra que tal vez ese no sea el método más adecuado y que, por tanto, la relevancia moral no radica en la diferencia tajante entre ambos conceptos. A pesar de esta imposibilidad, su relevancia práctica ha estado vigente.

La racionalidad moral no es matemática ni analítica, sino deliberativa y prudencial tal como lo estableció Aristóteles, esto significa que en un determinado momento puede resultar prudente poner límites, aunque ese límite no tenga carácter absolutamente preciso. La prohibición de matar puede no ser definible por completo analíticamente, a pesar de lo cual puede resultar prudente establecer ahí un límite el cual no es absoluto, sino flexible a ciertas circunstancias concretas. La prudencia es precisamente eso, la toma de decisiones en momentos de incertidumbre.³¹⁰

Cuando se habla de las voluntades anticipadas inmediatamente se suele pensar en la eutanasia o en el suicidio médicamente asistido y se intenta llegar a conclusiones

es reconocido como distinto y como *prima facie* más vinculante que el deber de beneficencia; sin embargo, los deberes no son absolutos porque pueden verse superados por otros más vinculantes dependiendo de la situación concreta. La *ética liberal de los derechos humanos* distingue los derechos negativos de los positivos; los primeros, tienen un carácter más primario y fundamental, hay veces en que estamos obligados a “no hacer” pero no a “hacer”. Para esclarecer estas posiciones Diego Gracia (cuyo artículo se desglosa en este apartado) cita un ejemplo propuesto por Bernard Williams: Un capitán que va a ejecutar a un pelotón concede a un observador la gracia de indultar a todos los demás a condición de que mate a uno. Para un *utilitarista* es evidente que matando a uno salvará muchas vidas, el no actuar lo vería como colaborar directamente en el asesinato de todo el pelotón. Un *deontologista* diría que no puede matar a una persona a pesar de que de ello dependa la vida de todas las demás, al no actuar él esta permitiendo colateralmente la muerte de todo el grupo, pero no lo está queriendo, ve relevante la distinción entre actuar y no actuar. En cambio, un *consecuencialista* no concibe importancia al actuar o no. Para Diego Gracia, con esto se llega a la conclusión de lo que llama “sentido moral” de nuestras sociedades, es decir, la percepción, aunque confusa, de la relevancia moral de la distinción. La moralidad de la eutanasia, y de cualquier otro acto humano, depende de distintos factores, uno de ellos es la transitividad del acto (el cual no es el único ni quizá el más importante), otro es el principio de no maleficencia, la voluntariedad del acto, la temporalidad, etc. Las posturas anteriores permiten contemplar una nutrida gama de factores o elementos que deben ser tomados en cuenta en ésta y en todas las decisiones morales para procurar que éstas sean decisiones prudentes y de calidad.

³¹⁰ Véase Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Págs. 262 y ss.

definitivas sobre su permisibilidad o no muchas veces sin mucho rigor ético-filosófico; sin embargo, el contenido formal y material de esos documentos es mucho más extenso, por tanto, las situaciones clínicas que se deben plantear y analizar son varias y muy complejas. Tal es el caso, por mencionar alguno, del principio ético de “no abandono del paciente” o del “cuidado debido”. Por ejemplo, cómo se pueden atender las peticiones de morir en circunstancias de dolor o padecimiento sin ocuparse de las condiciones de asistencia a los enfermos terminales y de las personas en situaciones vulnerables por su enfermedad.

De este modo, los cuidados paliativos inicialmente surgen como una inquietud por parte del equipo sanitario de ofrecerle al paciente una nueva imagen del proceso de morir, más tarde se convierten, en muchos países, en una exigencia legal a modo de derecho para los pacientes. No consisten en que la muerte esté controlada por el paciente o que solamente busque suprimir el sufrimiento, sino buscar proveer las mejores técnicas posibles para hacer frente a la parte final de la vida lo más confortable posible.

La conclusión a la que llega Diego Gracia a este respecto, la que suscribo y que defenderé en su momento, es que el objetivo fundamental debe ser mejorar la asistencia (médica, social, jurídica, espiritual...) del paciente, sobre todo en la fase final de su vida y, en consecuencia, la eutanasia no podrá ser vista más que como una excepción.³¹¹

De la misma forma, eutanasia no debe confundirse con limitación del esfuerzo terapéutico, éste consiste en no poner ciertas medidas que parecen extraordinarias o desproporcionadas en situaciones irreversibles o terminales. Ante la discusión de establecer el alcance de esos términos, parece ser que lo más conveniente es hacer una introspección en la narrativa completa de la vida de la persona cuya enfermedad se atiende, es decir, ver si se ha cumplidos sus objetivos vitales, si ha tenido una vida plena, etc. En este sentido, la muerte prematura es considerada como terrible porque no ha alcanzado la plenitud de su vida, ha muerto antes de que llegara a su tiempo. No es lógico que se intente prolongar la vida de quien ha alcanzado el tiempo de morir del

³¹¹ El deber primario es siempre cumplir con los principios o derechos, quien quiera hacer una excepción tiene la carga de la prueba, por tanto, debe probar que la excepción puede y debe hacerse. La excepción es siempre excepcional, es decir, no se convierte en un nuevo principio.

mismo modo que en aquella que no ha llegado a él. Esto es desconocer la estructura empírica de la vida humana. Alcanzar lo que Gracia llama “tiempo de morir” no significa que la persona no pueda vivir más, sino que en ella no deben utilizarse técnicas de soporte vital, ni medidas médicas extraordinarias.

En este primer apartado a modo de introducción ha mostrado un panorama genérico de los temas que se han de analizar antes de entrar al nivel de los deberes jurídicos. Las voluntades anticipadas no sólo conllevan a una ponderación de los valores en conflicto, sino también de los hechos clínicos de la enfermedad, de las alternativas de atención y de los niveles de tratamiento.³¹²

Después de la fundamentación filosófica de los valores relacionados directamente con las voluntades anticipadas, ahora es momento de dedicar nuestra atención a comprender los hechos biológicos característicos del proceso final de la vida y de los medios tecno-científicos que hoy en día se aplican o pueden aplicarse a tales hechos.

3.2 Diferencia entre enfermedades agudas y enfermedades crónicas.

Como se mencionó anteriormente, hacer la distinción entre enfermedades agudas y enfermedades crónicas, al menos desde el punto de vista epistémico,³¹³ es de vital importancia para entender la aplicación y eficacia de las voluntades anticipadas. Diego Gracia³¹⁴ hace un análisis bioético a partir de tal distinción que servirá de guía en este trabajo para conducirnos en la discusión de los problemas éticos, médicos y jurídicos

³¹² Para Diego Gracia una de las aportaciones más importantes de la moderna bioética a la clínica ha sido la incorporación de los valores a la toma de decisiones. Además, la bioética y la medicina se mueven en un terreno de incertidumbre ante la posibilidad latente de adoptar decisiones imprudentes si no se consideran todos los factores o hechos clínicos. Como se sabe, este trabajo de investigación tiene como sustento epistemológico el modelo deliberativo de Diego Gracia y, por ende, antes de establecer normas o deberes concretos en relación a las voluntades anticipadas es necesario identificar los valores en conflicto (dignidad humana y libertad) partir de una correcta historia clínica (hechos biológicos).

³¹³ La distinción entre enfermedades crónicas y enfermedades agudas tiene como propósito facilitar el análisis bioético de este capítulo, establecer tal diferencia en la práctica es difícil ya que enfermedades crónicas pueden obligar a ingresar a un paciente en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI); además, como se evidencia más adelante, el objetivo de la medicina intensiva no se limita a curar al enfermo o mantenerlo con vida; por tanto, en las UCI's cada día son más habituales los cuidados paliativos.

³¹⁴ *Bioética y toma de decisiones en el paciente con enfermedad renal crónica*, en Gracia, Diego. *Como arqueros al blanco*. Op. Cit. Págs. 315 a 317.

del final de la vida; además, en este punto se establecerán algunas definiciones a conceptos que se utilizarán en el presente estudio.

Él sostiene que esta distinción se establecía desde el *Corpus hippocraticum* cuando los hipocráticos se dieron cuenta que había dos tipos de enfermedades. Las primeras, se caracterizaban por su brusca aparición pero, sobre todo, de abrupta resolución; en cambio, las segundas, generalmente se instauraban y resolvían lentamente. Se utilizaron dos términos griegos para denominarlas respectivamente: *krisis* que significa cambio, cambio rápido o brusco y; *lysis* que significa disolución. Estos términos se tradujeron con toda precisión al idioma castellano como “resolución” y “disolución”.

De este modo, hay enfermedades que terminan por resolución y otras que finalizan por disolución. Ambos modos de conclusión pueden ser positivos o negativos, es decir, pueden conducir a la curación o a la muerte.³¹⁵ Además, el pronóstico y el tratamiento serán distintos para cada una de estas enfermedades.

La enfermedad crónica es aquella que suele comenzar paulatina y progresivamente y que, por lo general, termina por disolución. La *lysis* de las enfermedades crónicas hace entrar al paciente en lo que hoy se conoce como “etapa o fase terminal”, término utilizado sobre todo en oncología. Una vez diagnosticada la “terminalidad” es necesario iniciar una nueva estrategia en el manejo del paciente, es decir, la atención médica no va dirigida a la curación sino a la paliación de síntomas y la promoción del mayor confort posible. Este cambio de estrategia da origen a lo que hoy se conoce como “medicina paliativa”, término confeccionado por el oncólogo canadiense Balfour Mount en 1975. Los “cuidados paliativos” son específicos de la fase final de las enfermedades crónicas, pero como se demostrará en el siguiente apartado, pueden y deben aplicarse en cualquier situación patológica. En palabras de Diego Gracia, a mayor posibilidad de curación menor exigencia de cuidados y; a la inversa, a menor posibilidad de curación mayor exigencia de cuidados.

³¹⁵ Las causas de muerte pueden ser clasificadas de una manera práctica en dos grandes grupos fisiopatogénicos: muertes repentinas o inesperadas, y muertes terminales o esperables en el proceso final de la vida. Trueba Gutiérrez, Juan Luís. “La muerte clínica: un diagnóstico y un testimonio”. *Anales del sistema sanitario de Navarra*. Vol. 30. No. 3. 2007. Págs. 57 a 70. En <http://www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/vol30/sup3/suple5a.html>

La enfermedad terminal es una enfermedad incurable, progresiva y avanzada, en situación de imposibilidad razonable de respuesta del paciente a un tratamiento específico, con presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes, con gran impacto emocional por parte del paciente, la familia y el equipo terapéutico, y con pronóstico vital menor a seis meses.³¹⁶

Por cuidados paliativos se entiende a la asistencia total, activa y continua de los pacientes y de sus familias por un equipo multiprofesional cuando la expectativa médica no es la curación. La meta fundamental es dar calidad de vida al paciente y su familia sin intentar alargar la supervivencia. Debe cubrir las necesidades físicas, psicológicas, espirituales y sociales del paciente y sus familiares. Si es necesario, el apoyo debe incluir el proceso de duelo.³¹⁷ Este tema será tratado con mayor amplitud y profundidad en el apartado final del presente capítulo.

La enfermedad aguda, en cambio, es aquella que surge de modo repentino y el tiempo su duración es corto y limitado; además, termina por resolución. La *crisis* de esta enfermedad conlleva a lo que se denomina “situaciones críticas” cuyo manejo es abordado por la “medicina crítica” o “medicina intensiva” cuya característica básica es el uso masivo de las llamadas medidas, técnicas o tratamientos de soporte vital.

La medicina intensiva también es conocida como medicina crítica o de cuidados intensivos. Gómez Rubí³¹⁸ la define como la parte de la medicina que se ocupa de los pacientes cuya afectación patológica y funcional ha alcanzado un nivel de severidad tal que representa peligro actual o potencial para su vida pero que es susceptible de recuperabilidad. Estos pacientes son ingresados en un área especial dentro del hospital conocida como Unidad de Vigilancia Intensiva (UVI) o Unidad de Cuidados Intensivos

³¹⁶ Definición de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL).

³¹⁷ El Subcomité Europeo de Cuidados Paliativos de la Comunidad Económica Europea en su reunión celebrada en mayo de 1991 en Estocolmo con la participación de 11 países europeos se establece la definición de Cuidados Paliativos. SECPAL. *Historia de los Cuidados Paliativos en España*, en <http://www.secpal.com/presentacion/index.php?acc=historia> Consultada el 5 de marzo de 2009. Véase también Díaz Rubio, E. y García Conde, J. *Oncología Clínica Básica*. Arán. Madrid. 2000. Pág. 366.

³¹⁸ Juan Antonio Gómez Rubí es uno de los pioneros de los cuidados intensivos en España que además ha impulsado con gran ahínco el desarrollo de la bioética en esa área de la medicina. Sus aportaciones son valiosas para este trabajo no sólo por las razones que he expresado sino; además, por su experiencia propia como paciente de la UCI durante seis días tras una complicada intervención quirúrgica para sustituir el hígado.

(UCI). Su objetivo, por tanto, es el diagnóstico y tratamiento de pacientes que reúnen dos condiciones: 1) Una situación crítica, es decir, riesgo actual o potencial para sufrir complicaciones que pongan en peligro la vida y, 2) el carácter potencialmente reversible del proceso patológico, descartando los pacientes en fase terminal de un proceso incurable.³¹⁹

La medicina intensiva, dice Shoemaker, es “algo más” que la suma de las partes de otras especialidades que tratan de las situaciones de riesgo vital. Ese “algo más” es la valoración global de los órganos vitales y el desarrollo de programas terapéuticos y sistemas de soporte vital que pueden hacer frente con eficiencia a las situaciones de amenaza vital.³²⁰

Gómez Rubí considera que las situaciones que amenazan la vida tienen un denominador común: la disminución brusca del aporte de oxígeno y el riesgo inmediato para el metabolismo celular. Y a pesar de que existen muchas enfermedades los caminos por las que todas ellas ponen en peligro la vida son muy limitados: el fracaso de la respiración, de la circulación y el deterioro de los mecanismos que mantienen la constancia del medio interno.³²¹ Para él, el carácter crítico de un enfermo requiere que se cumplan al menos dos de las condiciones siguientes: 1) Existencia de una amenaza grave para la vida que, a diferencia del enfermo terminal, sea potencialmente recuperable, 2) necesidad de medidas de vigilancia continua de las funciones vitales, tanto por procedimientos clínicos como instrumentales para detectar y seguir la evolución del fracaso de los distintos órganos vitales; y 3) utilización de medidas de soporte vital.³²²

³¹⁹ Gómez Rubí, Juan A. *Medicina intensiva. Concepto, desarrollo histórico y fundamentos doctrinales*, en Ginestral Gómez, Ricardo J. (Coord.). *Libro de texto de cuidados intensivos*. Tomo I. EDA-ARAN. Madrid. 1991. Pág. 3.

³²⁰ Shoemaker; Thonson; Holdbrock. *Textbook of critical care*. Philadelphia. Saunders. 1984. Citado por Gómez Rubí en *Medicina intensiva. Concepto, desarrollo histórico y fundamentos doctrinales*, en ibidem. Pág. 4.

³²¹ Aunque existan muchas enfermedades y procesos patológicos los caminos por los que cualquiera de ellos puede conducir a la muerte son limitados, se llaman “vías terminales comunes”. La fisiopatología de estas vías finales comunes, el reconocimiento evolutivo de las alteraciones por ellas producidas y el dominio de los fármacos y la tecnología capaz de interferirlas constituye el cuerpo doctrinal de la medicina intensiva como disciplina. Cfr. Gómez Rubí, Juan A. *Medicina intensiva. Concepto, desarrollo histórico y fundamentos doctrinales*, en ibidem. Pág. 4.

³²² Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Triacastela. Madrid. 2002. Págs. 33 y 206.

No existe unanimidad en el concepto para referirse a la intervención médica en un paciente en situación crítica ingresado en la unidad o servicios de cuidados intensivos. Indistintamente se usan expresiones como “medidas de soporte vital”, “técnicas de soporte vital” o “tratamientos de soporte vital”.

Según el *Hastings Center*, el tratamiento de soporte vital consiste en toda intervención médica, técnica, procedimiento o medicación que se administra a un paciente para retrasar el momento de la muerte, esté o no dicho tratamiento dirigido hacia la enfermedad de base o el proceso biológico causal.³²³

Para Gómez Rubí son los procedimientos para prolongar la vida artificialmente y “ganar tiempo” para que alguna medida terapéutica (reparación quirúrgica o tratamiento de la causa) o la propia evolución de la enfermedad (procesos que remiten por sí mismos y en los que sólo basta mantener vivo al paciente para que surja la curación espontánea) consigan devolver al enfermo dentro de la sociedad en condiciones similares a las previas.³²⁴

Son tratamientos de soporte vital los siguientes: la resucitación o reanimación cardiopulmonar (RCP), la ventilación mecánica, los sistemas de depuración extrarrenal, los fármacos vasoactivos, la nutrición artificial, los hemoderivados, etc.

La distinción entre enfermedades agudas y enfermedades crónicas, así como de cuidados paliativos y cuidados intensivos permite hacer una clasificación de los enfermos en cuatro niveles:

³²³ Hastings Center. Guidelines on the termination of treatment and the care of the dying. Briarcliff Manor, New York. 1987. En Monzón Marín, J.L. et al. “Recomendaciones de tratamiento al final de la vida en paciente crítico”. *Medicina Intensiva*. Vol. 32. No. 3. 2008. Pág. 5.

³²⁴ Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Págs. 83 y 206. Los cuidados intensivos se ocupan de los pacientes críticos, es decir, de aquellos que sufren una amenaza vital potencialmente recuperable. El objetivo es “ganar tiempo” para hacer posible la recuperación e incorporarlos a la sociedad en condiciones similares a la previas. Sin embargo, no siempre es posible alcanzar dicho objetivo, a veces queda con secuelas más o menos importantes y algunos fallecen y, otras veces, se asiste a un proceso estéril de retrasar la muerte en vez de prolongar la vida: ensañamiento o encarnizamiento terapéutico. El empleo de recursos y, sobre todo, los costes intangibles, suelen ser más elevados en las dos últimas circunstancias. La sociedad deberá tomar conciencia del enorme coste que lleva el ensañamiento terapéutico, no solo en recursos materiales, sino en el coste de oportunidad y valores intangibles como el sufrimiento humano. Ibidem. Págs. 226 y 253. Otra definición establece que los tratamientos de soporte vital consisten en cualquier intervención médica, tecnológica, procedimiento o medicación que se administra a un paciente con el fin de impedir el momento de la muerte, afecte o no al tratamiento a la(s) enfermedad(es) subyacente(s) que amenaza(n) la vida. Gracia, Diego y Júdez, Javier. *Ética en la práctica clínica*. Triacastela. Madrid. 2004. Pág. 352.

Enfermedades agudas	Nivel 1: Soporte total. Nivel 2: Soporte total y evaluación cada 24 horas.	Cuidados intensivos
Enfermedades crónicas	Nivel 3: No técnicas de soporte vital. Nivel 4: Suspensión de medidas.	Cuidados paliativos

Albert R. Jonsen, Mark Siegler y William Sinsale publicaron en 1982 un prontuario de ética³²⁵ en el que catalogaban los problemas éticos en cuatro ejes o coordenadas: las indicaciones médicas, las preferencias del paciente, la calidad de vida³²⁶ y los factores socioeconómicos. En el primero de ellos, los autores distinguen tres tipos de enfermedades: ACURE (*Acute, Critical, Unexpected, Responsive, Easily diagnosed and treated*), CARE (*Critical, Active, Recalcitrant, Eventual*) y COPE (*Chronic, Oupatient, Palliative, Efficacious*).

Diego Gracia busca algunos acrónimos que permitan traducir al castellano esta clasificación. En primer lugar, ACRE son las enfermedades agudas, críticas, reversibles y de eficaz diagnóstico y tratamiento; es decir, son enfermedades críticas y reversibles, aquellas en las que los cuidados intensivos están perfectamente justificados por lo que no plantean excesivos problemas éticos. En segundo lugar están las enfermedades CID: críticas, irreversibles y deletéreas éstas, a diferencia de las anteriores, son las que originan el mayor número de problemas éticos. Finalmente están las enfermedades

³²⁵ Jonsen, Albert R. et al. *Clinical ethics*. 2ª ed. Macmillan. New York. 1986. En Gracia, Diego. *Como arqueros al blanco*. Op. Cit. Pág. 318.

³²⁶ El término “calidad de vida” ha sido objeto de múltiples reflexiones en el campo de la bioética que surgen a raíz del modelo económico del siglo XX, el llamado Estado de bienestar. Un ejemplo claro de la influencia de ese modelo en la medicina es la definición de “salud” dada por la Organización Mundial de la Salud (OMS): La salud es un *estado de perfecto bienestar* físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Sobre “calidad de vida” y “Estado de bienestar” véase: Sánchez, Miguel. *Calidad de vida de enfermos terminales y eutanasia*, en Urraca Martínez, Salvador (ed.). *Eutanasia hoy. Un debate abierto*. Noesis. España. 1996. Colección Humanidades Médicas. Págs. 355 a 368. *Ética de la calidad de vida*, en Gracia, Diego. *Fundamentación y enseñanza de la bioética*. 2ª ed. El Búho. Colombia. 2000. *Ética y Vida*. No. 1. Págs. 37 a 73. Casas Anguita, Juana et al. “Medidas de calidad de vida relacionada con la salud. Conceptos básicos, construcción y adaptación cultural”. *Medicina clínica*. Vol. 116. No. 20. 2001. Págs. 789 a 796. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Págs. 93 a 96. Sánchez, Miguel. *Calidad de vida*, en García Férrez, José y Alarcos Martínez, Francisco José (dirs.). *10 palabras clave en humanizar la salud*. Verbo Divino. Navarra. 2002. Págs. 341 a 369. *La medicina del siglo XX* en Gracia, Diego. *Como arqueros al blanco*. Op. Cit. Págs. 37 a 73. Pastor García, Luis Miguel. “¿Qué significado hay que dar al término “calidad de vida” en bioética?” *Cuadernos de Bioética*. Vol. XII. No. 61. Septiembre – diciembre 2006. Y Torralba Roselló, Francesc. *Calidad de vida*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). *10 palabras clave ante el final de la vida*. Verbo Divino. Navarra. 2007. Págs. 115 a 153.

CEPA: crónicas, de eficaz tratamiento sintomático, paliativo y ambulatorio, éstas son las enfermedades que acompañan al individuo toda su vida, teniendo una lenta instauración y resolución.

De acuerdo a los cuatro niveles de enfermos, las enfermedades ACRE corresponden al primer nivel, las CID al segundo, y las CEPA al tercero. El estudio y clasificación hechos por Gracia permiten detectar problemas éticos concretos y proponer alternativas de solución mucho más reales y prácticas.

Para un estudio minucioso de la aplicación, conveniencia y operación de las voluntades anticipadas este capítulo ha de concentrarse en dos tópicos fundamentales: en enfermedades agudas y en enfermedades crónicas; en cuidados intensivos y en cuidados paliativos, respectivamente.

3.3 Cuidados Intensivos ante situaciones críticas.

Los cuidados intensivos son realmente nuevos en la historia de la medicina,³²⁷ nacen cuando fue posible sustituir la mayoría de las funciones vitales y, por tanto, controlar algunos de los procesos que solían conducir a la muerte tales como la parada cardiaca, insuficiencia respiratoria, fracaso renal, equilibrio metabólico, etc. En ese momento fue cuando el médico empezó a tener un control real y efectivo sobre la muerte. Sin embargo, conviene señalar que las funciones del sistema nervioso central (relacionadas con las funciones superiores) se resisten a ser sostenidas por medidas externas.

³²⁷ Gómez Rubí señala varios factores históricos que contribuyeron al desarrollo de la medicina intensiva: 1) La mejoría en el conocimiento fisiológico de los estados de amenaza vital y la disposición de nuevas medidas terapéuticas. 2) Los avances de la bioingeniería y la tecnología aplicada a la medicina colocaron en las manos del médico medios que permiten mantener las funciones vitales con procedimientos artificiales. 3) La aplicación a la medicina de los procedimientos desarrollados con motivo de los vuelos espaciales permitieron la monitorización electrónica fiable de numerosos parámetros fisiológicos, fundamentalmente del área cardiovascular y respiratoria. Y 4) Los avances sociales de los últimos años tienden a lograr un incremento en el nivel de salud y mejora de la calidad de vida; además, permiten que se destinen a este fin una parte considerable de los recursos económicos. Gómez Rubí, Juan A. *Medicina intensiva. Concepto, desarrollo histórico y fundamentos doctrinales*, en Ginestral Gómez, Ricardo J. (Coord.). Op. Cit. Pág. 4. Como ejemplo concreto, en 1964 se crearon las primeras UCI's en Londres y en Estados Unidos, en los hospitales Hammersmith y Cornell Medical Center, respectivamente. Además, el surgimiento de la bioética a la par de la medicina intensiva no es causal, ya que buena parte de su desarrollo fue promovido por los cambios en el final de la vida debidos al progreso científico y a la necesidad de incorporar nuevos valores como la justicia y la autonomía a la asistencia sanitaria. El desarrollo de la historia de la bioética y de la medicina intensiva ha tenido un curso paralelo, lleno de mutuas influencias.

Gracias al desarrollo de las ciencias médicas en el siglo pasado la posibilidad de mantener con vida a una persona ha aumentado y con ello, indudablemente, el cuestionamiento moral de esos conocimientos y de su aplicación a pacientes concretos,³²⁸ también ha provocado una revolución conceptual en la medicina, en el derecho y, desde luego, en la bioética.³²⁹

En este nuevo escenario de los hechos biológicos conceptos como “muerte natural” o “desahucio” se transforman en “muerte intervenida” o “reanimación”.³³⁰ La muerte deja de ser una consecuencia natural de la vida y se convierte en el fracaso de un proceso técnico-científico. Antes la única actitud ante la muerte era dejar que sucediera, una vez que aparecían ciertos síntomas no había otra elección más que morir de la mejor manera posible, en paz con Dios. En la actualidad no se practica el arte de morir sino el

³²⁸ Durante dos años previos a la celebración de la conferencia en el *Joint Center for Bioethics* de la Universidad de Toronto, se dieron 38 temas a un grupo de bioeticistas para que proveyeran una lista de 10 desafíos éticos que afectan al público. Aunque dicho artículo advierte que los resultados no pueden ser generalizados a contextos ajenos al sistema de salud canadiense, tres de los diez problemas éticos más importantes identificados por los bioeticistas se relacionan con los cuidados intensivos: a) El desacuerdo sobre decisiones terapéuticas entre el paciente y su familia con los clínicos, b) la omisión y retirada del tratamiento de soporte vital y, c) las decisiones mediante representación. Los otros problemas se relacionan con la lista de espera, el acceso a los servicios de asistencia médica para adultos mayores, escasez de médicos familiares, la publicación de los errores médicos, el empleo apropiado de la medicación para el dolor en la fase terminal, etc. Cfr. Breslin, Jonathan M. et al. “Top 10 heart care ethics challenge facing the public: view of Toronto bioethicists”. *BMC Medical Ethics*. Vol. 6. Junio de 2005. Un estudio más antiguo hecho en 5 grandes hospitales estadounidenses llamado: *The Study to Understand Prognoses and Preferences for Outcomes and Risks of Treatments* (SUPPORT) reveló algunos problemas en la atención de pacientes con enfermedades graves: La comunicación del personal sanitario con el paciente y su familia sobre el tratamiento al final de la vida fue deficiente, el coste del tratamiento acabó con los ahorros de toda una vida de algunas familias y la mitad de los pacientes en los últimos tres días de su vida sufrieron dolor moderado a grave. “A controlled trial to improve care for seriously ill hospitalized patients. The study to understand prognoses and preferences for outcomes and risks of treatments (SUPPORT). The SUPPORT Principal Investigators”. *JAMA*. Vol. 274. No. 20. Noviembre 1995. Págs. 1591 a 1598.

³²⁹ Con la sustitución de funciones vitales cuyo fracaso se había considerado hasta entonces definitorio de la muerte se hace necesario establecer una nueva definición de muerte: la muerte cerebral o encefálica, la cual se ha de abordar con más detalles después por su importancia en las voluntades anticipadas. Además, se crean nuevas obligaciones para los médicos. Bajo el antiguo criterio de muerte por cese de las funciones cardiorrespiratorias los médicos sólo debían manifestar respeto absoluto ante el cadáver porque éste no era objeto del campo terapéutico, pero ahora con el criterio de muerte encefálica el cadáver se convierte en potencial donador de órganos por lo cual el equipo médico, principalmente el intensivista, debe mantener los órganos en el mejor estado posible.

³³⁰ Los médicos clásicos eran conscientes de sus limitaciones y sabían que debían de abstenerse de tocar a aquellos enfermos cuya enfermedad estaba “más allá de los recursos del arte”, el arte no lo podía todo, en ocasiones decía que el médico desahuciaba al paciente. En la actualidad ya no se desahucia a nadie, parece que esa palabra ha sido desterrada del lenguaje médico. Antes la “buena muerte” era la que llegaba anunciándose, una vieja letanía rezaba así: “De la muerte súbita e imprevista, libramos Señor”. Ahora la “buena muerte” significa todo lo contrario, es la muerte intervenida, rápida y sin darnos cuenta. Cfr. Álvarez Pérez, Juan Carlos. *Limitación del esfuerzo terapéutico*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 245 y ss.

arte de salvar la vida. El principio ético de “no abandono del paciente”, como parte del principio de beneficencia, era el que regía el acto médico;³³¹ pero con la aparición de las medidas de soporte vital tiene cabida un espectacular intento de reanimación que se caracteriza muchas veces por la instrumentalización del cuerpo³³² y por el abandono del ser humano³³³ cuando la medicina ha fracasado. Se ha hecho imposible mantener el principio de “santidad de la vida humana” porque la ética de la medicina se cuestiona si mantener la vida beneficia o perjudica al ser humano.³³⁴

³³¹ La relación clínica, enmarcada en los mínimos que determina una sociedad plural, se desarrolla en el día a día a partir de los máximos que encarna cada profesional y cada paciente concreto con su mundo de valores, decisiones y relaciones. Así, el principio de “no abandono del paciente” va mucho más allá de ayudar, socorrer o brindar asistencia médica (mínimo moral, exigido ya por la ley) implica, además, promover valores y actitudes en la práctica médica con miras a tomar decisiones prudentes y de calidad dentro de un requerimiento de excelencia en la relación clínica. Ésta es una labor fundamental de la bioética contemporánea. El deber de no abandonar al paciente constituye un reto que siempre estará presente en el ejercicio de la medicina y que exige de los profesionales e instituciones sanitarias afinar y sintonizar sus actitudes, habilidades y conocimientos entablando relaciones humanizadoras que estimulen lo mejor de los profesionales y tengan en cuenta al “otro”. Véase Borell, Francesc et al. “El deber de no abandonar al paciente”. *Medicina Clínica*. Vol. 117. No. 7. 2001. Págs. 262 a 273. O también Borell, Francesc et al. *El deber de no abandonar al paciente*, en Gracia, Diego y Júdez, Javier. *Ética en la práctica clínica*. Op. Cit. Págs. 184 a 212.

³³² La fascinación por la tecnología se convirtió en una de las principales armas para tratar a los enfermos y en uno de los elementos más activos en la carrera hacia la deshumanización de la medicina. Inicialmente la tecnología indispensable para el control y tratamiento de los enfermos críticos estaba subordinada a los criterios clínicos, pero poco a poco la información obtenida en la relación clínica por medio de la exploración (inspección, palpación, auscultación, etc.) ha sido menor en relación a la que se obtiene de la vigilancia electrónica de los parámetros fisiológicos (monitorización). Existe una tendencia cada vez más acusada a infravalorar los datos obtenidos por la *anamnesis* (conversación entre el paciente y el médico) y el examen físico tradicional, lo que conduce a prescindir de la comunicación y redundar en un deterioro de la relación humana. Sin embargo, renunciar a la tecnología significaría atentar contra el principio de no maleficencia. El uso de la tecnología se comporta como un arma de doble filo: Ha incrementado sensiblemente el número de complicaciones yatógenas y, por otro, ha puesto en nuestras manos sistemas de control y seguridad destinados a prevenirlas. Cfr. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Págs. 31, 34, 44, 45 y 46. Los fines de la medicina y no sólo sus medios están en juego con la aplicación de las nuevas tecnologías para el dominio de las enfermedades. Véase Gebhard, Albert. “The goals of medicine: Setting new priorities”. *The Hastings Center Report*. Vol. 26. Noviembre de 1996. En <http://proquest.umi.com.pbidi.unam.mx:8080/pqdweb?index=3&did=10530073&SrchMode=1&sid=1&Fmt=3&VInst=PROD&VType=PQD&RQT=309&VName=PQD&TS=122455043&clientId=39522> Consultada el 20 de octubre de 2008.

³³³ Cfr. Sherwin B. Nulan. *Cómo morimos*. En Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Págs. 254 y 255. Los individuos no pierden su derecho a ser acompañados por la gente que aman cuando son ingresados a un hospital y, particularmente en la UCI. La separación del paciente de sus familiares debe ser breve y basadas en necesidades terapéuticas auténticas. Cfr. Byock, Ira. “Where do we go from here? A palliative care perspective”. *Critical Care Medicine*. Vol. 34. Noviembre de 2006. En Monzón Marín, J.L. et al. Op. Cit.

³³⁴ Por ejemplo, Gómez Rubí considera que los respiradores mecánicos entre el conjunto de medidas capaces de prolongar la vida de forma artificial simboliza el nuevo paradigma de la medicina tecnológica. El respirador fue la primera máquina que permitió salvar la vida cuando ésta parecía perdida, o bien consiguió prolongarla cuando antes era irreversible la muerte; sin embargo, a veces se limita a retrasar la muerte en una dinámica estéril (ensañamiento o encarnizamiento terapéutico) y otras veces la supervivencia se paga con el precio de sufrir profundas secuelas (estado vegetativo permanente). Mantener artificialmente algunas funciones vitales puede ser un arma de doble filo capaz de prolongar innecesariamente el sufrimiento o provocar procesos patológicos que hasta entonces no se habían observado. Las infecciones por gérmenes oportunistas (gérmenes que habían sido considerados banales) y los cuadros de reacción inflamatoria inadecuada (las armas defensivas de las células inflamatorias se

Una forma de comenzar con el estudio bioético de los cuidados intensivos es por medio de los cuatro principios conocidos y aceptados por la gran mayoría de los especialistas en la materia.³³⁵ Estos principios pueden ayudar a dar respuesta a los cuestionamientos éticos más significativos de la medicina intensiva: ¿En qué casos es éticamente correcto hacer o no hacer? ¿Cuál es el límite de ese hacer o no hacer? ¿Quién establece dicho límite, si lo hay? Y ¿quién toma las decisiones?

El principio de autonomía se manifiesta en el derecho fundamental de todo individuo de autodeterminarse en las cuestiones relacionadas con su vida, su cuerpo y su muerte. La autonomía individual es el derecho a disponer de un ámbito íntimo de decisión que nadie que no sea la propia persona decida lo que es bueno o no y los medios para alcanzarlo.

utilizan contra los órganos del propio cuerpo) constituyen el precio por pagar al prolongar la vida artificialmente. Cfr. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Págs. 37, 38, 54 y 55. La resucitación o reanimación cardiopulmonar (RCP) ha tenido un importante progreso como consecuencia de contar con aparatos más precisos, así como de ser realizadas por personal cada vez más capacitado; sin embargo, no ocurre lo mismo con la reanimación neurológica. Este desajuste ha llevado a incrementar el número de éxitos cardiorrespiratorios sin que hubiese una mejoría paralela en los resultados neurológicos, creando una patología cada vez más frecuente entre los pacientes. Se están creando “nuevas criaturas neurológicas”. Alcalá Zamora, J. y Montans, M. *Las secuelas de los medios de soporte vital: Estado vegetativo persistente*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Edika Med. Barcelona. 2003. Pág. 121. Sin duda el avance científico ha dotado a la medicina de mejores tratamientos lo cual se refleja en mejores pronósticos a un número creciente de patologías y, a pesar de ello, los mejores o menos cuestionados criterios para definir la muerte sean los cardiorrespiratorios. Para salvar la vida de una persona y luchar contra enfermedades se necesitan conocimientos y técnicas cada vez más acabados y, paradójicamente, para definir la muerte se necesiten los más sencillos y elementales criterios.

³³⁵ Bajo la marcada influencia de los tres principios del Informe Belmont (autonomía, beneficencia y justicia) y del principio de no maleficencia introducido por Tom L. Beauchamp y James F. Childress, las más importantes asociaciones de medicina interna (European Federation of Internal Medicine, American College of Physicians, American Society of Internal Medicine y American Board of Internal Medicine) han elaborado un documento con el objetivo de que los principios y responsabilidades del profesional médico queden claramente entendidos tanto por el gremio como por la sociedad, además de favorecer la confianza pública en el médico en un escenario de explosión tecnológica, fuerzas de mercado, problemas de asistencia médica, bioterrorismo y globalización. En dicho documento se establecen tres principios: Principio de prioridad hacia el bienestar del paciente, principio de autonomía del paciente y el principio de justicia social; además, se establecen diez compromisos relativos a: La competencia profesional, la honestidad con los pacientes, la confidencialidad, mantener una relación apropiada con los pacientes, mejorar continuamente la calidad, mejorar el acceso a una asistencia equitativa, una justa distribución de los recursos limitados, al conocimiento científico, mantener la confianza a través de la actitud adecuada ante los conflictos de intereses y en cuanto a las responsabilidades profesionales. Véase ABIM Foundation, ACP-ASIM Foundation and European Federation of Internal Medicine. “Medical Professionalism in the New Millennium: A Physician Charter”. *Annals of Internal Medicine*. Vol. 136. No. 3. Febrero de 2002. Págs. 243 a 246. En <http://www.annals.org/cgi/content/full/136/3/243> Consultada el 22 de octubre de 2008. A pesar del notable esfuerzo por tratar de resolver los conflictos clínicos y éticos planteados en la práctica de la medicina, considero que no constituyen una nueva formulación de principios, solamente es una aplicación de los cuatro principios de la bioética a una situación concreta.

En este sentido, la voluntariedad del paciente tiene un rol destacado en los cuidados intensivos, la cual puede ser vista desde dos ángulos: como oportunidad o como problema. En el primer caso, se involucra el derecho de autodeterminación cuando con plena competencia³³⁶ y suficiente información³³⁷ el paciente decide y comunica su aceptación o rechazo a la asistencia o tratamientos indicados³³⁸ o, incluso, solicita un tratamiento no indicado³³⁹ o un tratamiento médico contraindicado³⁴⁰ de acuerdo con su enfermedad.³⁴¹ (Véase cuadro número 1). La voluntad expresada

³³⁶ Un enfermo es competente si cumple la condición de conocer y comprender: 1) Su enfermedad (diagnóstico). 2) El tratamiento que se le propone. 3) Los riesgos y las complicaciones del tratamiento. 4) Las posibles alternativas. Y 5) Las consecuencias de rehusar el tratamiento. Además de estos criterios, asegura Gómez Rubí, es necesario estar razonablemente seguro de que el enfermo no se encuentra bajo el efecto de la cólera, el miedo, la contraindicación o el dolor y de que no sufre ninguna enfermedad psiquiátrica. A diferencia de la capacidad legal, la competencia no es global y constante, sino específica para cada decisión y no sólo puede cambiar con el tiempo (estado mental, medicación, cansancio...), sino también verse influida por el estado afectivo (sensación de frustración o depresión). Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Págs. 181 y 185. A medida que aumenta el riesgo de la decisión, el nivel de capacidad exigible para aceptar o rechazar debe ser más elevado: a mayor riesgo, criterios más estrictos; lo que se manifiesta en la escala móvil de la competencia. Drane, J. F. *Clinical bioethics*. Kansas City. Sheed & Ward. 1994. En *Ibidem*. Pág. 185.

³³⁷ En la atención del paciente crítico tan importante es hacer todo lo que es considerado como buena práctica médica o *lex artis* como mantener una comunicación amplia y constante con él, cuando es posible, y con sus familiares. Una encuesta postal hecha a 390 familias de pacientes que murieron en la UCI entre 1981 y 1989 con el propósito de describir los motivos de su eventual descontento en cuanto a la ayuda ofrecida y en relación con la información recibida del personal médico reflejó que un alto porcentaje (83%) estuvo satisfecho por el tratamiento recibido para su pariente y la información proporcionada por el personal sanitario. Sin embargo, el descontento expresado por algunos encuestados (17%) indica una necesidad de mejorar la comunicación y la información a los parientes de estos pacientes. Véase Malacrida, R. et al. "Reasons for dissatisfaction: a survey of relatives on intensive care patients who died". *Critical Care Medicine*. Vol. 26. No. 7. 1998. En <http://cat.inist.fr/?aModele=afficheN&cpsidt=2320493> Consultada el 27 de octubre de 2008. Uno de los grandes problemas de la medicina crítica es el de la comunicación y la información tanto con el paciente como con su familia, problema que no se resuelve con la firma de un consentimiento informado (muy difícil por la situación crítica) ni con la existencia documento de voluntades anticipadas. Uno u otro documentos son complementarios para la atención médica porque el hacer, el no hacer o el mantener no sólo se basan en la voluntariedad o competencia del paciente.

³³⁸ Un tratamiento médico indicado es el que está avalado por el conocimiento científico y experiencia previa, y el beneficio que se espera obtener de él supera sus riesgos potenciales. Además, requiere del consentimiento del paciente. Miller, por su parte, define como tratamiento indicado a aquel cuya eficacia en la curación de un determinado proceso o en el mantenimiento de una aceptable calidad de vida es admitida en la comunidad científica, basada en la evidencia de la experiencia y en estudios clínicos rigurosos. Miller, F. G. "The concept of medically indicated treatment". *Journal of Medicine and Philosophy*. Vol. 18. No. 1. Febrero 1993. Págs. 91 a 98. En Álvarez Pérez, Juan Carlos. *Limitación del esfuerzo terapéutico*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 265 y 266.

³³⁹ Un tratamiento no indicado es aquel cuya eficacia en la curación o mantenimiento de una aceptable calidad de vida no está probada para la comunidad científica, sólo se le presupone empíricamente algún efecto beneficioso y ningún efecto adverso grave en el proceso morboso. *Idem*.

³⁴⁰ Un tratamiento médico contraindicado es aquel que incide de forma negativa en la enfermedad o en el enfermo, pudiendo provocar su aplicación la muerte del mismo. *Idem*.

³⁴¹ Si el paciente ha expresado previamente su deseo de rechazar algunos tratamientos de soporte vital, es obligación ética respetar su decisión. Por el contrario, no existe obligación de aplicar un tratamiento si el médico lo considera contraindicado. American Thoracic Society. "Withholding and withdrawing life-sustaining therapy". *Ann Intern Med* 1991; 115; 478-85. World Federation of Societies of Intensive and Critical Care Medicine. "Ethical principles in intensive care. Ethica guide-lines". *Intens Crit Care Digest*. No. 11. 1992. Págs. 40 y 41. En Cabré Pericas, Ll. y Solsona Durán, J. F. "Limitación del esfuerzo

conforme a este principio se considera una oportunidad porque el equipo médico no actúa ciegamente en el campo moral precisamente porque conoce los deseos, intereses e inquietudes del paciente y, quizá con mayor importancia, su propia escala de valores lo cual permite ofrecer una mejor atención médica que más allá del poner, quitar o limitar, sea de acompañar y en la medida de lo posible aliviar el sufrimiento;³⁴² aunque también este principio puede originar otros problemas clínicos y morales.³⁴³ En el segundo caso, es decir, como problema, también interviene el derecho de autodeterminación cuando éste no pudo o no puede ser ejercido por el paciente. A diferencia de muchas áreas de

terapéutico en medicina intensiva”. *Medicina Intensiva*. No. 26. 2002. Pág. 305. Según el intensivista español Lluís Cabré, la toma de decisiones en medicina intensiva se ha basar en primer lugar en las preferencias del paciente, respetando su voluntad ya sea por medio del documento de voluntades anticipadas, o bien por medio de su representante. En segundo lugar, por el juicio clínico en que intervienen la experiencia de los profesionales y el conocimiento jurídico objetivo de la realidad de estos pacientes en nuestro medio. Cabré Pericas, Ll. *Síndrome de fracaso multiorgánico y limitación del esfuerzo terapéutico en medicina intensiva*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 99. Como se ha insistido a lo largo de esta tesis, la toma de decisiones en medicina implica la ponderación de valores morales y la evaluación de hechos biológicos. Como lo hace ver Lluís Cabré en las decisiones hacia el final de la vida tienen un aspecto relevante las preferencias del paciente, pero éstas no se anteponen a los hechos biológicos tal como él lo sostiene, pues de hacerlo se fuerza la realidad biológica a los deseos del paciente. Para que tengan éxito las voluntades anticipadas éstas deben ser acorde a la realidad biológica, a la patología del paciente en particular. El contenido material de ese documento se basa en el diagnóstico, pronóstico y tratamiento; por tanto, se parte de evaluación médica del paciente (pronóstico) y después se establecen diversos mecanismos para planificar la atención médica. Es decir, la atención médica y la voluntad del paciente parte de los hechos biológicos, le sigue su valoración moral y, finalmente, se establecen deberes morales o jurídicos ya sean particulares o generales.

³⁴² La 5ª Conferencia Internacional de Consenso en Medicina Crítica celebrada en Bruselas en abril de 2003 expresó que la misión del tratamiento intensivo se ha ampliado, abarcando la provisión del mejor tratamiento posible a los pacientes moribundos y a sus familiares. Carlet, Jean et al. “Challengers in end-of-life care in the ICU”. *Intensive Care Medicine*. Volume 30. No. 5. Mayo de 2004. En <http://web.ebscohost.com.pbidi.unam.mx:8080/ehost/external?vid=2&hid=120&sid=4423c75f-ed28-40f3-b61a-715fbc34bfd%40sessionmgr103> Consultada el 13 de octubre de 2008. El tratamiento paliativo es esencial en todos los pacientes de cuidados intensivos, tanto si el paciente responde a la terapia curativa como si se está muriendo. Mularski, Richard A. et al. “Defining and measuring quality palliative and end-of-life care in the intensive care unit”. *Critical Care Medicine*. Vol. 34 No. 11. Noviembre de 2006. En Monzón Marín, J.L. et al. Op. Cit. Pág. 3. La calidad de la asistencia sanitaria está en relación con las habilidades y experiencia del equipo médico en el manejo de la tecnología, pero también en la toma de decisiones ante los problemas clínicos de los enfermos críticos y con la capacidad de dichos profesionales para paliar el sufrimiento del paciente y de sus seres queridos. Cfr. Tulsy, J.A. “Interventions to enhance communication among patients, providers and families”. *Journal of Palliative Medicine*. Vol. 8. 2005. Págs. 95 a 102. En *Ibidem*. Pág. 5. No han tenido que pasar muchos años para que los cuidados intensivos y los cuidados paliativos se aproximen e, incluso, se fusionen por tres razones: 1) Un porcentaje significativo de pacientes ingresados en la UCI fallece allí y los que sobreviven necesitan del trato más humanitario que pueda ofrecérseles. 2) Casi todos los pacientes que fallecen en la UCI lo hacen después de que ellos o sus médicos han renunciado a algunas de las modernas técnicas de prolongación de la vida (limitación del esfuerzo terapéutico). Y 3) El objetivo de la medicina no es sólo combatir la muerte allí donde exista una posibilidad de que ocurra, sino luchar contra la muerte prematura y la muerte inoportuna y, cuando ello no es posible, evitar el dolor y el sufrimiento y permitir una muerte en paz. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Pág. 18.

³⁴³ El paciente conserva el derecho a la autonomía mientras no se oponga a la práctica de procedimientos médicos considerados imprescindibles; es decir, mientras sus decisiones coincidan con los de sus médicos, familia y sociedad. Pero si sus deseos entran en colisión con lo que se considera adecuado según la buena práctica clínica, el conflicto está servido. *Ibidem*. Pág. 174.

atención médica, en los servicios de medicina intensiva con mucha frecuencia no se puede obtener el consentimiento informado ni consultar a los familiares por la rapidez de acción que exige la situación crítica que sufre el paciente.³⁴⁴ El desconocimiento de la voluntad del paciente puede acorralar al equipo médico e, incluso, a los familiares y a la sociedad a momentos de incertidumbre por no saber cómo actuar,³⁴⁵ en estos casos se deben ponderar los factores de la situación concreta y los demás principios de la bioética. (Véase cuadro número 1).

Las voluntades anticipadas tienen como fundamento principal el principio de autonomía; sin embargo, no es el único. Intentar resolver los problemas éticos que se plantean en la medicina crítica mediante la regulación y aplicación de dichos documentos al margen de los hechos clínicos y valores ético-jurídicos conllevaría a otro tipo de problemas morales quizá más complejos de los que la bioética de hoy intenta resolver.

El principio de beneficencia consiste en un realizar una acción buena o beneficiosa para una persona siempre y cuando esta voluntariamente la pida o la acepte. En un primer momento se busca la participación y equilibrio entre la autonomía y la beneficencia, es decir, que el bien que se quiere para una persona sea objetivamente (médicamente) posible y subjetivamente (individualmente) querido. En consecuencia, son dos los elementos de este principio en medicina intensiva: la posibilidad real de recuperación (se deben ponderan diversos factores tales como el tipo de enfermedad, el riesgo y beneficio, el pronóstico, la calidad de vida, la edad, los recursos disponibles,

³⁴⁴ En las situaciones de emergencia las condiciones en las que se entabla la relación clínica son de todo difíciles. La rapidez de decisión que demanda la amenaza vital obliga a que el diagnóstico inicial sea más frecuentemente fisiopatológico que etiológico (es más importante conocer que un enfermo sufre el fracaso de un órgano que la causa) y la situación del paciente limita el interrogatorio, por lo que hay que restringirse a la información facilitada por terceros, generalmente la familia, que no siempre conocer bien la historia previa, el conjunto de síntomas. Ante este escenario a menudo la consideración de los valores y las preferencias del enfermo quedan lejos lo que provoca una relación muchas veces despersonalizada y, también, deshumanizada. Ibidem. Págs. 74 y 75. Las decisiones en medicina intensiva se diferencian de otras decisiones médicas por su urgencia, su contextualidad (determinadas por una situación específica), la incertidumbre pronóstica existente en muchos casos y el coste que implican. Cabré Pericas, Ll. y Solsona Durán, J. F. Op. Cit. Pág. 306.

³⁴⁵ El médico es experto en opiniones y alternativas médicas, pero las familias saben mejor lo que desearía el paciente y, en la mayoría de las ocasiones se encuentran con esta responsabilidad de forma brusca. Harvey, M.A. "Evolving toward –but not to- mecting family meeds". *Critical Care Medicine*. Vol. 26 1998. Págs. 206 y 207. En Ibidem. Pág. 308.

etc.)³⁴⁶ y la aceptación de la intervención médica. Sin embargo, como se ha hecho notar, existen ciertos momentos que no es factible conocer los deseos, opiniones, aspiraciones y valores de la persona a quien se le ha de proporcionar atención médica,³⁴⁷ sólo en estos casos de extrema urgencia o incapacidad del paciente cobra especial relevancia el imperativo moral de buscar el mayor bien del paciente (el mayor bien clínicamente posible) y, por tanto, proporcionarle todos los cuidados y tratamientos posibles. Es importante señalar que no todo lo técnicamente posible o lo deliberadamente querido resulta beneficioso para el enfermo, en ocasiones someterlo a determinados procedimientos puede serle perjudicial.

En lo que se refiere al principio de no maleficencia, este consiste en una exigencia moral de primer orden, según la cual no es legítimo hacer el mal a un ser humano, ya que dañar intencionalmente a alguien jamás puede ser un bien. Este principio no es el simple polo negativo de la beneficencia, es decir, no es una mera contraposición sino una gradación de obligaciones.³⁴⁸ La intervención médica sólo es justificable cuando el beneficio que se pretende obtener será superior al daño causado. En una situación o enfermedad crítica este principio envuelve las siguientes obligaciones: 1) No hacer daño ni causar un mal o dolor innecesario al momento de poner o mantener las medidas de soporte vital, porque hay ocasiones en que mantener la vida de modo artificial puede ser considerado como maleficente.³⁴⁹ 2) No hacer daño ni

³⁴⁶ El ingreso de un paciente a la Unidad de Medicina Intensiva (UMI) está justificado si existen probabilidades de beneficio para él, cuando es posible revertir o paliar su situación crónica e, idealmente, lograr su reinserción familiar y social. Monzón Marín, J.L. et al. Op. Cit. Pág. 2.

³⁴⁷ Para que un paciente o sus familiares puedan realizar una elección basada en la evidencia disponible deben darse algunos elementos, tales como: información por parte del clínico, interpretación del paciente y diálogo entre ambos. A diferencia de lo que se pudiera pensar, esto es complicado en la práctica médica, y aún más difícil resulta en la medicina intensiva por sus características mencionadas: la falta de evidencia pronóstica y la rapidez que exige la toma de decisiones. Cfr. Muir, J.A. (Edit.). *Atención sanitaria basada en la evidencia*. Churchill Livingstone. España. 1997. Págs. 227 a 233. En Cabré Pericas, Ll. y Solsona Durán, J. F. Op. Cit. Pág. 306. Además, cuando el diálogo es posible con el paciente o sus familiares no siempre tiene los efectos deseados. Se calcula que un médico con 40 años de práctica profesional realiza cerca de 200,000 entrevistas, siendo éstas probablemente más frecuentes que cualquier otro proceder médico aunque no haya tenido ningún tipo de preparación académica para dar malas noticias, responder a preguntas difíciles, informar del diagnóstico, escuchar a las familias y soportar y entender los silencios del enfermo cuando éste es competente. Con frecuencia el médico de cuidados intensivos es el último médico que atenderá al paciente. *Ibidem*. Pág. 308.

³⁴⁸ Véase Gracia, Diego. *Primum non nocere: El principio de no maleficencia como fundamento de la ética médica*. Real Academia Nacional de Medicina. Madrid. 1990.

³⁴⁹ Mantener las medidas de soporte vital puede vulnerar el principio de no maleficencia. La estancia en la UCI sólo es aceptable si con ello aumentan las posibilidades de supervivencia y recuperación funcional. Cfr. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Págs. 84 y 114. La prolongación de la vida biológica no constituye un valor absoluto que deba mantenerse a ultranza en todas las situaciones. Cabré Pericas, Ll. y Solsona Durán, J. F. Op. Cit. Pág. 306. La vida es el bien más importante que tenemos, pero

causar un mal al momento de retirar las medidas de soporte vital, porque hay enfermedades con posibilidad real de recuperación.³⁵⁰ Y 3) No aplicar tratamientos contraindicados aunque sean queridos o solicitados por el paciente.

Para cumplir con estas obligaciones es indispensable hacer una adecuada ponderación de los hechos biológicos de la enfermedad de que se trate en su diagnóstico, pronóstico y tratamiento; además, en igual grado de importancia, de los principios y valores ético-jurídicos en juego. (Véase cuadro número 1).

no es un valor absoluto que deba mantenerse a costa de todo, y la muerte es un hecho natural que acaba igualando a todos: enfermos, médicos y cuidadores. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Pág. 234. La vida no es un valor absoluto, sino la capacidad de llevar a cabo el propio proyecto de vida, la capacidad de apropiarse del propio cuerpo en orden a realizar el propio proyecto de vida. Gracia, Diego. "Justicia sanitaria: Una propuesta". *Perspectivas bioéticas en las Américas*. No. 2. 1996. Pág. 29. Y Gracia, Diego. *Ética y gestión sanitaria*, en Jiménez Jiménez, José. *Manual de gestión para jefes de servicios clínicos*. You & Us. Madrid. 1997. Pág. 104. Sobre el proyecto de vida del que habla Diego Gracia véanse las reflexiones que él ha hecho a partir del pensamiento de Ortega y Gasset en Gracia, Diego. "Morir a tiempo. La eutanasia y sus alternativas". *Claves de Razón Práctica*. No. 152. Mayo 2005. Págs. 15 y ss.

³⁵⁰ No es infrecuente que en los cuidados intensivos llegue un momento en que las intervenciones médicas no actúan realmente prolongando una vida aceptable, sino alargando un inevitable proceso de muerte. Así, por ejemplo, administrar antibióticos para tratar una infección en pacientes en coma irreversible o hacer maniobras de RCP en pacientes terminales es evitar una muerte que, muchas veces, se acompaña de dolor y falta de dignidad. De esta forma, una vez que el paciente ha ingresado en un servicio de medicina intensiva las decisiones de no iniciar soporte vital o retirarlo son complejas y difíciles para todos los integrantes del equipo sanitario. Decisiones que muchas veces se interpretan como un fracaso profesional y de un gran impacto emocional, ya que normalmente se siguen de la muerte del paciente. La incertidumbre nos lleva en ocasiones a ingresar a pacientes en la UCI e iniciar maniobras de soporte vital, siendo luego difícil, emocionalmente, retirar dichas medidas cuando la recuperación del paciente se considera imposible. Cabré Pericas, Ll. y Solsona Durán, J. F. Op. Cit. Págs. 305 y 307. A los profesionales les resulta más dificultoso interrumpir que no iniciar. Abizanda, R et. al. "Limitación del esfuerzo terapéutico. Encuesta sobre el estado de opinión de los profesionales de la medicina intensiva". *Medicina Intensiva*. No. 18. 1994. Págs. 100 a 105. El intensivista tiende a no poner un procedimiento más que cuando lo ve indicado y; sin embargo, no se atreve a quitarlo más que cuando está ya claramente contraindicado. Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Pág. 253. No instaurar una medida terapéutica se acepta con mayor facilidad y produce menor grado de angustia que retirarla una vez iniciada. Gómez Rubí, J.A. *Limitación de medidas de soporte vital: Una vez instauradas, ¿por qué no retirar?*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 115. Para Callahan aceptar el hecho de que una enfermedad no puede controlarse a pesar de haber hecho un esfuerzo para ello y suspender un tratamiento es moralmente tan aceptable como decidir previamente que la enfermedad no puede ser controlada de manera eficaz y no iniciar medidas de soporte. En el caso de la retirada del respirador, es razonable decir que, dado que la vida se mantiene artificialmente y que esta medida es necesaria debido a la existencia de una enfermedad incapacitante, dicha enfermedad es la responsable directa de la muerte del paciente. Callahan, D. *What kind of life?* Simon and Schuster De. New York. 1990. En Cabré Pericas, Ll. y Solsona Durán, J. F. Op. Cit. Pág. 307. Los factores más importantes en la decisión de retirar las medidas de soporte vital son la probabilidad de sobrevivencia hospitalaria, las directrices anticipadas del paciente, la función premórbida cognoscitiva, la calidad de vida y la supervivencia a largo plazo. Esteban, Andres et. al. "Withdrawing and withholding life support in the intensive care unit: a Spanish prospective multi-centre observational study". *Intensive Care Medicine*. Vol. 27. No. 11. Noviembre de 2001. En <http://www.springerlink.com.pbid.unam.mx:8080/home/main.mpx> Consultada el 6 de octubre de 2008. Véase también Barbero, Javier. et al. *Limitación del esfuerzo terapéutico*, en Gracia, Diego y Júdez, Javier. *Ética en la práctica clínica*. Op. Cit. Pág. 174.

En último lugar, pero no en nivel de importancia, está el principio de justicia. El principio moral más propio del enfermo no es el de justicia, sino el de autonomía. El médico, por su parte, no se debe convertir en juez ni en responsable de la justicia distributiva,³⁵¹ su principio moral por tradición es el de la beneficencia.³⁵² De esta forma, el principio de justicia entra en la relación médico-paciente, no por el médico ni por el enfermo, entra por medio de terceras personas que también forman parte de esa relación (el Estado, la administración hospitalaria, etc.)³⁵³ y hace referencia, por un lado, al reparto equitativo de los bienes, beneficios, oportunidades, etc. y; por otro, a que las cargas y desventajas que se puedan producir en el ejercicio de técnicas y políticas sea proporcional a toda la población evitando afectar a un sector determinado.

³⁵¹ El principio de justicia que tradicionalmente regía la práctica médica era el de justicia conmutativa porque la medicina era parte de la vida privada. La justicia conmutativa se refiere al intercambio equitativo de bienes, por tanto, se rige mediante el principio de igualdad. Así, la salud se consideraba como algo incuantificable, por eso popularmente se dice: “la salud no tiene precio”; esto hacía imposible la conmutación completa de la deuda contraída por el paciente con el médico. Al médico no se le pagaba nunca en “justicia”, sino en concepto de “honor”; de ahí el origen la palabra “honorarios”, es decir, la compensación hecha por un servicio recibido el cual es sumamente difícil de calcular. Además, la sociedad tenía con el médico ciertos deberes de justicia distributiva como, por ejemplo, exentarlo del pago de impuestos. Véase Gracia, Diego. *Ética y gestión sanitaria*, en Jiménez Jiménez, José. Op. Cit. Pág. 103.

³⁵² Las normas de racionamiento en virtud del principio de justicia no son dadas por el médico, son dadas por el administrador de los recursos sanitarios, al médico sólo le toca aplicarlas. Cfr. Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Pág. 252. Por otro lado, Gómez Rubí opina que el crecimiento exponencial de los costes sanitarios derivado de las nuevas tecnologías obliga a reconocer que los recursos son limitados, incluso para las economías más poderosas. Las decisiones en el campo de la medicina llevan implícito un coste de oportunidad, es decir, la resolución de dedicar recursos a un determinado enfermo o a un proyecto sanitario supone negárselos a otros. Por primera vez, el médico se vio obligado a aceptar el papel de administrador de recursos ajenos a pesar de que su milenaria tradición le había mantenido por encima de las consideraciones económicas. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Págs. 60, 214 y 215. La aparición de la medicina gestionada o medicina de gestión o *managed care* supone la conversión del médico en gestor, es decir, la inclusión del criterio de asignación de recursos entre los objetivos de la actividad clínica del profesional sanitario. La justicia se convierte ahora en una dimensión irrenunciable del acto médico. Por otra parte, el *managed care* no puede considerarse moralmente negativo, pero si es necesario organizar ese sistema de manera que no premie directamente el ahorro económico, sino el correcto ejercicio de la profesión médica. Gracia, Diego. *Ética y gestión sanitaria*, en Jiménez Jiménez, José. Op. Cit. Págs. 106 y 107. Para Edmundo E. Pellegrino, el médico se ha convertido en “guardián” de los recursos sanitarios. Véase Pellegrino, Edmundo D. *El médico como gestor de recursos: la asistencia sanitaria desde la ética y la economía*, en V.V.A.A. *Limitación de prestaciones sanitarias*. Actas de la jornada organizada por la Fundación de Ciencias de la Salud. FCS – Doce calles. Madrid. 1997. Págs. 22 y ss.

³⁵³ Por más solos que estén el médico y el paciente en el consultorio, el acto médico que realizan nunca es del todo solitario porque con ellos está un tercer sujeto: la sociedad. En cierto modo, en la soledad de la consulta médica hay siempre una muchedumbre. El hombre nunca está sólo, ni a las relaciones humanas se les puede considerar como completamente privadas. Gafo, Javier. *Los principios de justicia y solidaridad en bioética*, en Gafo, Javier (ed.). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1999. Colección Dilemas éticos de la medicina actual. No. 12. Pág. 160. La ética sanitaria no sólo se refiere a la relación inmediata entre el médico y el paciente, también tiene un componente público relativo con la financiación y con la producción de la salud. De tal manera que la salud, además de ser un bien privado como lo ha venido siendo tradicionalmente, se convierte ahora en un bien público. Conill, Jesús. *Ética de la economía de la salud. Financiación y gestión*, en Ibidem Pág. 115. Véase también Gracia, Diego. *Fundamentos de bioética*. Eudema. Madrid. 1989. Págs. 200 y ss.

Según este principio, un sistema sanitario justo antes de contar con una unidad de medicina crítica muy tecnificada debe cubrir adecuadamente los escalones previos de la asistencia sanitaria y, sobre todo, los factores sociales y culturales que influyen en mayor proporción en el grado de salud de la población y que constituyen lo que hoy se le denomina “entorno saludable”.

Para continuar conviene plantear algunas interrogantes que han de guiar nuestro análisis. ¿Qué implica el principio de justicia en los cuidados intensivos? ¿Conforme a este principio es moralmente bueno utilizar todos los recursos disponibles en todos los casos? ¿Quién debe costear los cuidados intensivos, el Estado, el paciente, un seguro médico...? ¿Qué criterios utilizar en los casos de que la demanda sea mayor que oferta? ¿Qué normas concretas derivan de este principio?

En primer término cabe decir que la justicia distributiva, como principio de la bioética médica aplicada a la medicina intensiva, mira por la eficiente, eficaz y efectiva³⁵⁴ distribución social de los recursos sanitarios costosos y, por ende, escasos.

³⁵⁴ El mercado guiado por la eficacia, actúa contra la justicia y puede deteriorar los valores de la medicina y la relación de confianza entre médicos y pacientes. La economía tiene un papel relevante en la configuración de la medicina moderna; pero el giro hacia el mercado y la privatización, a fin de contener el gasto, tiende a convertir a la medicina en una mercancía. Es cierto que para ser justos hay que ser eficientes, pero tal eficiencia debe ser requerida por la justicia y no por una presunta eficiencia ajena a toda perspectiva de justicia. Si se quiere conseguir eficiencia, se tiene que contar con valores tan básicos como la confianza de establecer compromisos creíbles a largo plazo y la justicia como principio regulador en un contexto de diálogo abierto en el seno de la empresa. Conill, Jesús. *Ética de la economía de la salud. Financiación y gestión*, en Gafo, Javier (ed.). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Op. Cit. Págs. 123, 124 y 128. El problema se plantea cuando la distribución óptima de recursos se realiza única y exclusivamente desde el punto de vista económico, es decir, siguiendo el llamado criterio de eficiencia que optimiza exclusivamente la relación costo/beneficio. Couceiro Vidal, Azucena. *El problema ético de la asignación de recursos sanitarios*, en Ibidem Pág. 136. Para Diego Gracia, la eficiencia consiste en la pura maximización de utilidades. Algo es eficaz cuando produce un beneficio; y es eficiente, cuando lo produce al menor costo, es decir, cuando se consigue el máximo beneficio con el mínimo perjuicio medido en términos monetarios. Todo beneficio conlleva siempre un coste y, por tanto, un perjuicio económico. Todo beneficio tiene un precio, cuesta. La eficiencia busca optimizar ese resultado. Esa optimización se consigue cuando no hay posibilidad de operativizar ningún curso alternativo de acción que resulte menos costoso para alcanzar los beneficios o lograr la satisfacción de las demandas de las personas. Diego Gracia sostiene que el concepto de eficiencia conlleva una obligación de tipo moral. Es evidente, dice el autor, que todos tenemos la obligación de optimizar los recursos, sacando de ellos el máximo beneficio posible. Se trata de una obligación de justicia, dado que los recursos son siempre, y por definición, limitados. No optimizar los recursos supone beneficiar a unos en perjuicio de otros, esto es una forma de injusticia. El principio de eficiencia o utilidad no es suficiente para definir un sistema de distribución de bienes como justo. De ahí que muchos autores, por ejemplo, John Rawls, consideren que junto al principio de eficiencia es necesario tener en cuenta otro, ya no directamente económico, sino moral, que es el principio de justicia o equidad. La tesis más aceptada en la actualidad es que ambos criterios (eficiencia y equidad) son necesarios e, incluso, complementarios. Además, como apunta Gracia, el principio de eficiencia busca el beneficio de la mayoría pero no de

Esta formulación del principio no presenta mayor dificultad porque todos estamos de acuerdo en cuidar (usar responsablemente) todo tipo recursos, especialmente aquellos que son caros. El problema aparece, primero, cuando se intentan establecer algunos parámetros objetivos o racionales para seleccionar a los pacientes que serán ingresados en las UCI's y; además, por la incertidumbre pronóstica característica de las situaciones críticas.

El gasto sanitario y el costo de la atención médica proporcionada en las UCI's es uno de los temas preferidos por los economistas, políticos y administradores sanitarios a partir de los años setenta, ya que se necesitan de tres a cuatro veces más recursos que cualquier otra área hospitalaria lo cual provoca múltiples cuestionamientos no tanto de tipo médico o ético, sino económico. No se puede dudar que los medios de soporte vital han salvado la vida de muchas personas, y no sólo eso, lo han hecho manteniendo una buena calidad de vida o, al menos, similar a la que tenían antes de su enfermedad. Sin embargo, también es cierto que gran parte de ese gasto se dedica a pacientes que fallecen o sobreviven con graves secuelas o con mala calidad de vida.

El análisis económico de los cuidados intensivos ha dado pie a múltiples reflexiones para justificar la inclusión o exclusión de los pacientes críticos dentro de la cobertura de atención médica brindada por el Estado. Desde el Estado marxista pasando por el Estado de bienestar hasta la actual economía de libre mercado han dedicado buena parte de sus reflexiones a abordar el tema de la atención médica.³⁵⁵ Por ello se

todos, es decir, encuadra perfectamente en el criterio de Bentham: “el mayor bien para el mayor número es la medida de lo justo y de lo injusto”. Sin embargo, según la postura de Gracia, la cual comparto, los bienes públicos no pueden distribuirse mediante el criterio de generalización, sino de acuerdo con el de universalización; de tal modo que la maximización tiene que afectar no sólo a la mayoría sino a todos y cada uno. En consecuencia, el orden público debe primar el principio de equidad sobre el de eficiencia, así deben determinarse los contenidos de los principios éticos de no maleficencia y de justicia. En este nivel el criterio prioritario no debe ser el de eficiencia sino el de efectividad. En suma, la ética médica ha abandonado su individualismo clásico y presta cada vez más interés a los problemas de eficiencia y de equidad. De igual forma, la economía que tradicionalmente se consideraba una pura técnica al servicio de la máxima eficiencia, sin atender a las cuestiones de valor (moral), cada vez introduce más los valores morales en sus consideraciones. Lo correcto, concluye Gracia, no es buscar la máxima eficiencia posible, aquella que ahorre más gasto en términos absolutos, sino buscar el máximo ahorro una vez establecidos con claridad los valores y bienes que se consideran importantes. Gracia, Diego. *¿Qué es un sistema justo de servicios de salud? Principios para la asignación de recursos escasos*, en Gracia, Diego. *Profesión médica, investigación y justicia sanitaria*. El búho. Colombia. 1998. Ética y vida. No. 4. Págs. 180 y ss.

³⁵⁵ Por ejemplo, Nozick afirma que es justo el Estado que se limita a proteger los derechos civiles y políticos de los individuos contra sus posibles violaciones. Su concepto de justicia equivale a la libertad contractual y está limitado, como vio en el capítulo anterior, por dos principios relacionados con la

dice que la salud ha dejado de ser algo privado para convertirse en un asunto público, es decir, de interés general.

En este sentido la economía moderna busca que el gasto sanitario, como cualquier otro, se efectúe de acuerdo con las leyes de la racionalidad económica. Sin embargo, aunque el mercado es en general un principio de organización eficiente, no lo es cuando se trata de bienes públicos, en este caso, la salud.

El estudio de los cuidados intensivos a la luz del principio de justicia que aquí se hace no intenta justificar el derecho a una asistencia médica³⁵⁶ en la UCI, sino el modo de maximizar el beneficio de esa atención de tal manera que puedan disfrutar de ella el mayor número de personas con la mayor calidad posible garantizando en ello un mínimo decoro.³⁵⁷

Por tanto, la medicina crítica es blanco frecuente de críticas económicas tanto por el alto costo económico para cualquier sistema sanitario como por sus resultados o pronósticos sumamente inciertos. El límite de atención médica en los cuidados intensivos es, para la economía, establecido mediante la racionalidad económica³⁵⁸

propiedad: el de la justa adquisición y el de justa transferencia. Para él son las leyes de mercado las que llevan a una justa distribución de la riqueza y a una justa distribución de los recursos médicos. Véase Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Op. Cit. Págs. 153 y ss. Engelhardt, por otra parte, comparte la postura de Platón en relación a la asistencia sanitaria en el sentido de que no constituye un derecho individual sino depende de la función de la persona dentro de la *polys*. Para el filósofo estadounidense el derecho a la asistencia médica, excepto cuando se derive de acuerdos contractuales especiales, dependerá de una interpretación de la beneficencia más que del principio de permiso; por tanto, nadie puede cargar con la responsabilidad de restablecer la salud de quien la ha perdido por lotería natural, las diferencias genéticas, educacionales o sociales no crean la obligación secular, clara y manifiesta de ayudar a los necesitados. Engelhardt, H. T. Op. Cit. Págs. 402 y 410.

³⁵⁶ Para ver algunos argumentos que fundamentan el derecho de justicia distributiva a la asistencia sanitaria véase Gafo, Javier. *Los principios de justicia y solidaridad en bioética*, en Gafo, Javier (ed.). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Op. Cit. Págs. 173 a 175.

³⁵⁷ Para Engelhardt no existe ningún derecho moral secular fundamental humano a recibir asistencia médica, ni tan siquiera como “mínimo decoroso”. Engelhardt, H. T. Op. Cit. Pág. 401.

³⁵⁸ Para Diego Gracia una teoría coherente de justicia no sólo se construye a partir de principios deontológicos, es necesario evaluar las consecuencias de una determinada política sanitaria, es decir, su racionalidad económica. Negar el momento de las consecuencias de la justicia sanitaria sería tan peligroso como otorgarse un valor absoluto. Las políticas sanitarias se diseñan en su mayoría a partir de criterios exclusivamente utilitaristas dejando fuera principios de equidad. En la dialéctica entre los principios y consecuencias, éstas son poco atendidas en la teoría y aquellas se continúan subestimando en la práctica. La ética parece haber desatendido a la economía y a la política; y éstas, por su parte, han decidido prescindir de aquella, cuando no suplantarla. Esto es en opinión de Gracia, una forma grave de injusticia. Cfr. Gracia, Diego. *¿Qué es un sistema justo de servicios de salud? Principios para la asignación de recursos escasos*, en Gracia, Diego. *Profesión médica, investigación y justicia sanitaria*. Op. Cit. Págs. 151 a 176.

utilizando criterios de rentabilidad y costo/beneficio.³⁵⁹ Sin embargo, a pesar de que la salud es en nuestros días un producto de consumo y es algo en que toda la sociedad participa de alguna forma u otra, se ha confirmado que no es la solución adecuada ante el problema del costo/escasez de los cuidados intensivos.

La formulación que se ha hecho del principio de justicia obliga a la distribución equitativa de beneficios y oportunidades al igual que de las desventajas o cargas. Por ello la correcta aplicación de este principio a la medicina crítica obliga tanto al médico como a todo el sistema sanitario a atender y proporcionar asistencia a todos los pacientes que lo soliciten y lo requieran conforme a la *lex artis*. Es decir, la justa distribución de recursos médicos, a pesar de considerar su alto costo económico y la escasez que ello provoca, no ha de considerar la utilidad social del paciente, sus méritos morales, su capacidad económica, el rango social, etc.³⁶⁰

³⁵⁹ Las exigencias del principio de justicia chocan con la escasez de recursos de manera que hay que abordar problemas de financiación y gestión de recursos sanitarios. Esta es la tarea que ha intentado llevar a cabo la economía de la salud: aportar la racionalidad económica al campo sanitario, sostenido tradicionalmente por el compromiso profesional del médico orientado por el principio de beneficencia. De este modo, la racionalidad económica se convierte en un ingrediente de la preocupación bioética, porque es injusto no buscar optimizar el uso de los recursos escasos con los que cuenta. Los economistas han ido imponiendo el análisis económico de costo/beneficio o costo/efectividad como criterios para racionalizar los servicios sanitarios. Si los gastos tienden a aumentar irremediablemente por muy diversos factores (universalización de las prestaciones, calidad de vida, definición desproporcionada de la salud, expectativas infinitas de la gente ante la medicina, constante innovación tecnológica...), no hay más remedio que racionalizar (economizar). Parece que al convertirse la sanidad en asunto público los criterios morales han sido sustituidos por los económicos. Si queremos dar una buena solución hay que plantear la posibilidad de conjugar la racionalidad económica y la ética. Conill, Jesús. *Ética de la economía de la salud. Financiación y gestión*, en Gafo, Javier (ed.). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Op. Cit. Págs. 119 y 120. La racionalidad económica tiene que conjugarse con el principio de justicia, es decir, el criterio de eficiencia y el criterio de equidad tienen que ser complementarios. Ni la ética puede ignorar el análisis de la eficiencia sanitaria, ni la economía puede obviar consideraciones de valor en sus análisis. Couceiro Vidal, Azucena. *El problema ético de la asignación de recursos sanitarios*, en Ibidem. Págs. 148, 149. y 151. La racionalidad económica es indispensable en la racionalidad ética. Gracia, Diego. *¿Qué es un sistema justo de servicios de salud? Principios para la asignación de recursos escasos*, en Gracia, Diego. *Profesión médica, investigación y justicia sanitaria*. Op. Cit. Pág. 169.

³⁶⁰ Azucena Couceiro afirma que para un sistema sanitario distribuya sus recursos de forma correcta debe cumplir con ciertos requisitos: 1) Partir del principio de equidad, es decir, distribuir igualmente los bienes sociales primarios. 2) Consensuar unos cuidados de salud que cubran las necesidades básicas de todos los individuos por igual garantizando un mínimo decente. 3) Antes que limitar las prestaciones hay que asegurar una gestión eficiente de los recursos básicos. 4) El racionamiento debe cumplir varias condiciones: afectar a todos por igual, ser realizado por la administración hospitalaria y someterse a debate público. Y 5) Realizar una evaluación de las consecuencias y aplicar el principio rawlsiano de la diferencia que obliga a asignar más recursos a los más desfavorecidos. Couceiro Vidal, Azucena. *El problema ético de la asignación de recursos sanitarios*, en Gafo, Javier (ed.). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Op. Cit. Pág. 150.

La enfermedad es parte de la condición humana y en su atención no debe existir discriminación³⁶¹ ni algún tipo de limitación por razones puramente económicas.³⁶² La racionalidad médica,³⁶³ la racionalidad ética y la posibilidad real de recuperación del paciente han de ser los elementos a considerar en las decisiones de aplicar, poner, retirar o mantener medidas de soporte vital.

³⁶¹ Daniel Callahan propone limitar la alta tecnología en los ancianos a partir de los 84 años de edad argumentando que el inminente crecimiento de tal población podría llevar a la quiebra a los sistemas sanitarios, ya que el gasto sanitario que se dedique a los ancianos va en detrimento de otros grupos de edad. Su conclusión contempla tres aspectos: a) Limitar la asistencia sanitaria de los mayores del mismo modo que habrá que ponerlos a la asistencia de todo el mundo si se quieren controlar los costes en el futuro, b) siempre resulta difícil poner límites que satisfagan a la gente, y c) de una forma o de otra habrá que tener en cuenta la edad en sí misma y, posiblemente, habrá que limitar algunas modalidades de asistencia sanitaria por razón de la edad exclusivamente. Se pueden gastar grandes cantidades de dinero para prolongar la vida de las personas; sin embargo, no se puede argüir de manera convincente que la gente tenga un derecho ilimitado a todas las posibilidades. Dado que es imposible salir de este mundo con vida, y generalmente imposible salir sin estar enfermo antes de morir, podemos estar seguros que no hay forma de evitar al final algún tipo de limitación de prestaciones sanitarias para los mayores. Cfr. Callahan, D. *La edad como criterio de limitación de recursos sanitarios*, en V.V.A.A. *Limitación de prestaciones sanitarias*. Op. Cit. Págs. 115 y ss. Véase también Callahan, D. *Poner límites: Los fines de la medicina en la sociedad que envejece*. Triacastela. Madrid. 2004. Pág. 177. Por ejemplo, el citado estudio norteamericano *The Study to Understand Prognoses and Preferences for Outcomes and Risks of Treatments* (SUPPORT) reporta la disminución de pacientes sometidos a ventilación mecánica o diálisis a partir de los 80 años de edad. Un contra-argumento sostiene que la edad avanzada no es por sí sola un criterio de pronóstico biológico; como mucho, podría ser un criterio biográfico. Cfr. Barbero, Javier. et al. *Limitación del esfuerzo terapéutico*, en Gracia, Diego y Júdez, Javier. *Ética en la práctica clínica*. Op. Cit. Pág. 177. Según Diego Gracia, en sanidad hay que aplicar también la evaluación de las consecuencias y el principio de la diferencia. Según este principio, debe hacerse una excepción a la regla de la igualdad, permitiendo y hasta proporcionando la desigualdad para compensar las consecuencias negativas de la lotería de la vida. Por tanto, y como excepción, parece que si puede discriminarse positivamente a aquellas personas que la lotería de la vida ha discriminado negativamente. Gracia, Diego. “Justicia sanitaria: Una propuesta”. Op. Cit. Pág. 32.

³⁶² Como ejemplo del inconveniente de utilizar argumentos puramente económicos en decisiones de asistencia médica está el decreto sobre Servicios Sanitarios Básicos del Estado de Oregon, EEUU, de 1989 en el cual para decidir las prestaciones a incluir en el paquete básico se realizó una lista de prioridades calculando la relación costo/efectividad de cada procedimiento sanitario, de manera que se consideraron financiables aquellos procedimientos con mejor relación, y así hasta agotar el presupuesto destinado al programa del *Medicaid*. De este modo, un empaste de muelas es más rentable que operar una apendicitis o atender embarazos ectópicos, el problema es que esta es una urgencia médica cuya mortalidad sin cirugía se acerca al 70%. Por esta razón los miembros de la Comisión buscaron otro procedimiento para elaborar una nueva clasificación de prioridades, abandonando el costo/efectividad como criterio único. Couceiro Vidal, Azucena. *El problema ético de la asignación de recursos sanitarios*, en Gafo, Javier (ed.). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Op. Cit. Pág. 142. Las limitaciones en las prestaciones sanitarias no deben considerarse como injustas; al contrario, hay limitaciones que deben adoptarse en orden de evitar la discriminación entre los seres humanos o el que haya que limitar prestaciones más importantes y que, por tanto, dañarían más a la justicia y a la ética. El Estado puede, debe y tiene que limitar aquello que no sea eficaz (que ni en condiciones ideales tenga la propiedad que dice que tiene), efectivo (que no tenga eficacia en condiciones reales y no solamente en condiciones ideales) ni eficiente (no tenga una relación óptima respecto del precio). Cfr. Gracia, Diego. *¿Qué es un sistema justo de servicios de salud? Principios para la asignación de recursos escasos*, en Gracia, Diego. *Profesión médica, investigación y justicia sanitaria*. Op. Cit. Pág. 193.

³⁶³ La racionalización a la que me refiero aquí es estrictamente clínica y consiste en la indicación médica del tratamiento o intervención médica.

Hasta ahora estamos de acuerdo en que las decisiones de la medicina crítica distan mucho de ser solamente económicas a pesar de la conciencia que se tiene del costo significativo de los tratamientos propios de esta parte de la medicina. También estamos de acuerdo en que moralmente no es correcto aplicar todos los recursos en todos los casos pues esto depende, en parte, del tipo de patología o enfermedad y, con mayor relevancia, del diagnóstico y pronóstico de la enfermedad en un paciente concreto;³⁶⁴ y que la fuente de financiamiento no puede ser solamente estatal ni únicamente privada.

La aplicación de este principio da lugar a obligaciones muy concretas por parte del médico intensivista: 1) Gestionar eficientemente los recursos (racionar los recursos).³⁶⁵ 2) Poner o mantener las medidas de soporte vital sólo cuando estén médicamente indicados (racionalizar los recursos).³⁶⁶ 3) No poner tratamientos ni realizar procedimientos no indicados o de dudosa eficacia. Y 4) Quitar tratamientos o

³⁶⁴ Las sociedades científicas emiten recomendaciones sobre los criterios de ingreso en la UCI que se basan en la necesidad de monitorización activa, la reversibilidad del proceso y en la imposibilidad de que el tratamiento necesario se realice fuera de esta. Existen iniciativas para hacer explícitos los criterios de ingreso por patologías en la sociedad científica correspondiente. Su desarrollo será difícil por no existir enfermedades sino enfermos con una determinada enfermedad que pueden ser completamente diferentes de otros pacientes con la misma enfermedad. La decisión de ingresar a un paciente en un servicio de medicina intensiva no sólo consiste en una evaluación biológica por parte del médico, sino que en ella actúan otros factores más complejos, tales como los principios de la bioética. Cfr. Cabré Pericas, Ll. y Solsona Durán, J. F. Op. Cit. Págs. 306 y 307. En una encuesta realizada a 256 profesionales de la salud (médicos y enfermeras) tratantes de 480 pacientes en el Hospital Universitario del Mar en Barcelona, España reflejó una discrepancia en la toma de decisiones en cuanto a la indicación de recursos escasos tomando como referencia el pronóstico de vida de 6 meses y la calidad de vida del paciente. Dicho estudio, entre otras cosas, evidenció que existe una limitación de recursos con pacientes con mal pronóstico, también mostró que los médicos tienen más en consideración el principio de justicia distributiva que las enfermeras y; en conclusión, dada la variabilidad en la adjudicación de recursos aún con escasas probabilidades de supervivencia, reclama la urgencia de un debate sobre el uso racional de los recursos empezando por las situaciones en las que puede existir un amplio consenso de racionalización. Véase Solsona Durán, J. F. et al. “La adjudicación de recursos en los pacientes con mal pronóstico: la necesidad de un debate”. *Medicina Intensiva*. Vol. 31. No. 2. 2007. Un buen modelo asistencial y una buena práctica ética metidos a calzador a todo paciente sin modular la relación a la vista de las peculiaridades del paciente puede ser altamente contraproducente. Borell, Francesc et al. “El deber de no abandonar al paciente”. Op. Cit. Pág. 268.

³⁶⁵ El racionamiento es una forma de limitar los recursos. Hay quienes consideran que es éticamente inaceptable porque la asistencia médica es un derecho fundamental y que el problema no es tanto que la demanda sea inabarcable sino replantear la manera en que se gestiona la sanidad. También hay quienes consideran que la limitación es inevitable y que lo correcto es formular criterios justos y explícitos. Esta última es la posición que considero no sólo adecuada, sino requerida por la realidad actual porque hay necesidad económica de limitar pero también hay necesidad ética de no lesionar ciertos valores. El racionamiento es una forma de limitar recursos o tratamientos con motivos puramente económicos; por tanto, no debe confundirse con limitación del esfuerzo terapéutico que atiende a razones médicas.

³⁶⁶ Estamos abocados a racionar y no solo a racionalizar el gasto sanitario si no queremos poner en peligro la calidad de la asistencia. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Pág. 64.

medidas de soporte vital cuando no tengan una efectividad probada.³⁶⁷ (Véase cuadro número 1).

¿Será éticamente aceptable el racionamiento, la ponderación de los costos y beneficios, la limitación o restricción de los servicios sanitarios, la decisión de no desarrollar o proporcionar a la población ciertos tratamientos con potenciales beneficios médicos? Han sido varias las posturas que desarrolladas en este sentido. Javier Gafo³⁶⁸ cita a Keane³⁶⁹ quien considera éticamente aceptable la restricción de los servicios y gastos sanitarios siempre que se cumplan 7 condiciones: 1. Antes de llegar a la limitación debe sacarse partido de todos los recursos sanitarios existentes. 2. Antes de llegar a un programa de restricción de ciertos servicios sanitarios, debe existir consenso social sobre la cuestión de la futilidad o superficialidad médica. 3. Tal programa exige su aplicación a todos los miembros de la sociedad. 4. Un programa que proporcione un decente y razonable nivel de atención racionada a todos los ciudadanos no exige necesariamente que se excluyan servicios opcionales para aquellos que los puedan pagar. 5. Aunque tal programa debe ser sensible a las necesidades de cada individuo, su

³⁶⁷ Cualquier limitación que se plantee sobre las prestaciones debe garantizar que queda cubierto el *minimum decent*, es decir, el mínimo decoro. Gracia, Diego. *El marco del debate: La justicia sanitaria*, V.V.A.A. *Limitación de prestaciones sanitarias*. Op. Cit. Págs. 143 y ss. El mínimo decente o decoroso es de dos tipos: El primero, consiste en la no ignorancia, impericia, imprudencia o negligencia, es el mínimo penal; el segundo, no es el mínimo de no maleficencia, sino el de justicia; es decir, el mínimo de asistencia sanitaria. El mínimo decoroso de no maleficencia y de justicia deben establecerse mediante la voluntad general, por tanto, por consenso entre todos los ciudadanos. Este mínimo hay que definirlo en condiciones empíricas no en condiciones ideales, aunque siempre con la vista puesta en ellas, porque si no hubiera escasez de recursos parece que todos tendríamos la obligación moral de pactar un mínimo que fuera el de condiciones ideales, es decir, el de absoluta igualdad de oportunidades y el de distribución igual de honores y riquezas. Diego Gracia, además, refiere que la limitación de prestaciones respecto del principio ideal del mínimo decoroso debe hacerse siempre siguiendo el principio de mínimo mal y; por tanto, en primer lugar, hay que gestionar eficazmente (con justicia) los recursos; en segundo lugar, que en virtud del principio de justicia solamente se den las cosas claramente indicadas y, por último, sólo cuando los dos sistemas de ahorro de recursos antes mencionados resultan insuficientes, puede aceptarse el racionamiento. Este, a su vez, tiene que respetar el principio formal de la consideración igual de las personas; para ello es necesario: 1) Que las listas de prestaciones autorizadas estén elaboradas por quien tiene la obligación de gestionar el bien común y de ahí en orden ascendente pase a diferentes niveles. Y 2) El médico no es quien tiene que decidir cómo ahorrar los recursos, esto lo hace el gestor o administrador a fin de que el racionamiento se aplique a todo el territorio por igual a fin de evitar inequidades, en otras palabras, las normas de ahorro tienen que cumplir con el principio de equidad. Gracia, Diego. “Justicia sanitaria: Una propuesta”. Op. Cit. Págs. 30 y 31. Y Gracia, Diego. *Ética y gestión sanitaria*, en Jiménez Jiménez, José. Op. Cit. Págs. 104 a 106. La meta de un sistema sanitario público (no tiene ánimo de lucro) no puede ser el puro ahorro, sino el cumplimiento de los objetivos sociales con la máxima eficacia y eficiencia. Ibidem. Págs. 107 y 108.

³⁶⁸ Gafo, Javier. *Los principios de justicia y solidaridad en bioética*, en Gafo, Javier (ed.). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Op. Cit. Págs. 180 y ss.

³⁶⁹ El racionamiento de los recursos en cuidados intensivos es de todo necesario no solo por su alto costo económico sino por las oportunidades y beneficios que puede representar para los enfermos un uso correcto y responsable de los mismos. La postura que tiene Keane al respecto la considero prudente porque no solo toma en cuenta el valor económico, sino también el médico y el ético.

último objetivo debe ser el bien común en un sentido competo, dentro del que deben subrayarse dos aspectos: la participación y la no discriminación. Si se decide no aplicar un tratamiento potencialmente beneficioso para una persona debe fundamentarse en las cargas asociadas al tratamiento mismo, pero no en el juicio de que la vida de tal persona es una carga social. Y 7. Dados los rápidos cambios en la medicina y de las condiciones socio-económicas, una política de restricción debe someterse a frecuentes revisiones periódicas para discernir si está proporcionando el máximo nivel posible de servicios eficaces.

De este modo, Gómez Rubí propone cinco criterios equitativos para la selección de pacientes en situación crítica para su ingreso en la UCI:³⁷⁰

1) El carácter crítico de la enfermedad que se determinada por la existencia de una amenaza vital con posibilidades razonables de recuperación utilizando medidas de soporte vital que solo pueden emplearse con garantía en una UCI, la necesidad de monitorización por alto riesgo de complicaciones vitales que permite tener una respuesta rápida y adecuada, y el consentimiento expreso o presunto del paciente sometido a medidas de soporte vital.

2) Ponderación de otros factores en caso de encontrarse en el dilema de “la última cama”, tales como: Posibilidad de supervivencia y recuperación funcional estimadas en función del juicio clínico y la pérdida de oportunidad para otros pacientes, el primero que haya llegado,³⁷¹ razones de salud pública, la ausencia de consentimiento, y la no discriminación.

3) Las obligaciones hacia los pacientes ya ingresados están por encima del ingreso de nuevos pacientes siempre y cuando existan posibilidades de recuperación aunque sean remotas o inferiores a las de un nuevo candidato.

³⁷⁰ Cfr. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Págs. 214 y 219.

³⁷¹ El criterio denominado *first come, first served* no ha tenido aceptación general porque puede lesionar de forma importante otros principios como el de necesidad o solidaridad. Véase Swedich Parliamentary Priorities Commission. *Priorities in health care: ethics, economy, implementation*, Swedish Government Official Reports. 1995. Couceiro Vidal, Azucena. *El problema ético de la asignación de recursos sanitarios*, en Gafo, Javier (ed.). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Op. Cit. Págs. 140 y 141.

4) Cada hospital debe tener elaborado un plan de emergencia para el caso de la ocupación total de camas.

5) Al margen de cualquier estrategia, la “urgencia cero”; es decir, la atención de un paciente que necesita urgentemente medidas de soporte vital debe estar siempre garantizada en la medida de lo posible.

A modo de conclusión se puede decir que la decisión de ingresar, mantener o retirar a un paciente en la UCI se debe basar en su posibilidad real de recuperación en el orden de racionar y racionalizar los recursos costosos y, por tanto, escasos. Es decir, criterios estrictamente económicos como el de “rentabilidad” no pueden aplicarse de tajo a la práctica de la medicina intensiva. La actuación del médico conforme al principio de justicia no debe entenderse como acción cuantificadora o valoradora de las medidas de soporte vital en situaciones concretas, sino más bien ha de ser racionadora y racionalizadora no en función de una patología sino de un enfermo determinado conforme a los principios y valores éticos de su profesión.

Para continuar con este análisis se puede afirmar que las decisiones que han de tomarse al final de la vida dan pauta a dos posturas extremas: El mantenimiento a ultranza de la vida (la cantidad o santidad de vida)³⁷² y el respeto por la libre disposición de la propia vida cuando su calidad desciende por debajo de unos mínimos que para algunos resultan peor que la propia muerte (calidad de vida). Gómez Rubí establece cinco niveles entre estas dos posiciones que se han de considerar aquí para diseñar los siguientes apartados.³⁷³

En la zona “A”, más cercana a la primera postura antes citada, están quienes defienden el uso de todas las medidas terapéuticas en todos los casos aunque existan criterios científicos de irreversibilidad; esto corresponde a lo que se ha llamado “ensañamiento terapéutico” o “distanasia”.

³⁷² Véase Barbero, Javier. et al. *Limitación del esfuerzo terapéutico*, en Gracia, Diego y Júdez, Javier. *Ética en la práctica clínica*. Op. Cit. Págs. 172 y 173.

³⁷³ Cfr. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Págs. 228 y ss.

En las zonas “B” y “C” se ubican quienes consideran que cuando no existan posibilidades reales de recuperación debe limitarse el tratamiento y dejar la evolución natural de la enfermedad. La zona “B” se caracteriza por ser predominantemente paternalista y, la zona “C” por dar preferencia a la autonomía. Ambas podrían denominarse como “eutanasia pasiva” a pesar de uso peyorativo de la palabra, o bien tal vez se prefiera “limitación del esfuerzo terapéutico”.

Las zonas “D” y “E” consideran, además de la irreversibilidad de la enfermedad, la existencia de sufrimiento insoportable y; por tanto, aquí se ubican quienes son partidarios de la aplicación de alguna medida letal, ya sea ejercida por el propio enfermo “suicidio médicamente asistido” (zona “D”), o por una tercera persona a petición del enfermo “eutanasia activa voluntaria” (zona “E”).

3.4 Limitación del esfuerzo terapéutico.

Diego Gracia califica esta actitud como “desahucio voluntario a petición del paciente”, es decir, rechazo de las medidas de soporte vital dejando que la propia naturaleza de la enfermedad finalice el proceso. Esta actitud es diferente a la eutanasia activa o al suicidio médicamente asistido, ya que no es lo mismo querer la muerte y adoptar alguna medida para consumarla, que querer la muerte y dejar que ocurra por la evolución natural de la enfermedad.³⁷⁴

Algunos autores³⁷⁵ no consideran muy afortunada la denominación “limitación del esfuerzo terapéutico” (LET) debido a que tomar la decisión de limitar algún procedimiento de soporte vital no quiere decir que el esfuerzo médico finalice; es decir, el esfuerzo pasa a otras áreas que pueden ser de mucho más esfuerzo tales como la sedación,³⁷⁶ la analgesia, el apoyo psicológico, etc. El fundamento de esta afirmación lo

³⁷⁴ Cfr. Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Pág. 301.

³⁷⁵ Cfr. Cabré Pericas, Ll. y Solsona Durán, J. F. Op. Cit. Pág. 306.

³⁷⁶ La sedación es también uno de los grandes tópicos cuando se discuten las decisiones médicas al final de la vida. En el primer apartado de este capítulo se hizo referencia a pie de página sobre el principio del “doctrina del doble efecto” o del “voluntario indirecto” cuyo ejemplo típico lo constituye la sedación para el dolor la cual provoca el acortamiento de la vida. Para estos casos se acuñó en 1991 el término “sedación terminal” por el oncólogo Robert E. Enck en un artículo titulado “*Drug-induced terminal sedation for symptom control*”. En este trabajo no se analizará el tema de la sedación terminal, sin embargo, se puede decir que consiste en la administración de fármacos para lograr el alivio de un

constituye el principio ético de “no abandono del paciente”. Que un paciente no reciba o le sean retiradas las medidas de soporte vital porque clínicamente son consideradas como no indicadas o, incluso, contraindicadas; o bien, que el propio paciente las rechace, ello no significa que la medicina intensiva sea la única parte de la medicina capaz de proporcionarle ayuda o atención en el proceso de su enfermedad.³⁷⁷

Este término fue acuñado inicialmente por los médicos intensivistas para referirse a la suspensión o el no inicio de las medidas de soporte vital; sin embargo, en la actualidad su uso es mucho más amplio pues se ha extendido a prácticamente todas las especialidades clínicas, desde la atención primaria hasta la oncología, y a gran cantidad de tratamientos, desde el empleo de antibióticos hasta la alimentación artificial. Su traducción a otros idiomas es difícil, no hay una expresión de este tipo. Por ejemplo,

sufrimiento físico y/o psicológico inalcanzable con otras medidas, mediante la disminución suficientemente profunda y previsiblemente irreversible de la conciencia en un paciente cuya muerte se prevé próxima. Requiere el consentimiento explícito, implícito o delegado del mismo. En la mayoría de los pacientes críticos, debido a su incapacidad, este consentimiento se obtiene de la familia o de su representante. El fallecimiento será la consecuencia inexorable de la evolución de la enfermedad y/o sus complicaciones, no de la sedación. El objetivo de la sedación es el alivio del sufrimiento del paciente, no pretende acelerar su muerte. Aplicar los cuidados y tratamientos adecuados para calmar el dolor, la agitación, la ansiedad o la disnea aunque con ellos se pueda adelantar el fallecimiento del enfermo en fase terminal se ajusta a las recomendaciones éticas y al marco legal actual; por tanto, es considerado como buena práctica clínica. La sedación terminal es esencialmente diferente a la eutanasia. Ver Enck, Robert E. “Drug-induced terminal sedation for symptom control”. *American Journal of Hospice Palliative Care*. Vol. 8. 1991. Págs. 3 a 5. Hawryluck, Laura A. et al. “Consensus guidelines on analgesia and sedation in dying intensive care units patients”. *BMC Medical Ethics*. Vol. 3. Agosto 2002. En <http://www.biomedcentral.com.pbidi.unam.mx:8080/1472-6939/3/3> Consultada el 15 de octubre de 2008. Porta i Sales, J. et al. “Aspectos éticos de la sedación en Cuidados Paliativos”. *Medicina Paliativa*. Vol. 9. No. 1. 2002. Págs. 41 a 46. En http://www.secpal.com/medicina_paliativa/index.php?acc=verart&idart=210 Consultada el 15 de octubre de 2008. Marín, N. et al. “Sedación terminal: El último recurso ante una mala muerte”. *Revista Española de Geriatria y Gerontología*. Vol. 38. No. 1. 2003. Págs. 3 a 9. Sanz Rubiales, Álvaro et al. “Actitudes ante el final de la vida en los profesionales de la sanidad”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. XVII 2a. No. 60. 2006. Pág. 231. Broggi, M. A. et al. Sufrimiento y sedación terminal. Intervención médica y buena muerte. Laboratorio de alternativas. Madrid. 2006. Págs. 31 a 38. En Monzón Marín, J.L. et al. Op. Cit. Pág. 6. Asociación Catalana de Estudios Bioéticos. “Razones del ‘sí’ a la vida y del ‘no’ a la eutanasia”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. 17. No. 60. 2006. Pág. 250. Gracia, Diego. *Como arqueros al blanco*. Op. Cit. Págs. 414 a 420.

³⁷⁷ La limitación del esfuerzo terapéutico (LET) no debe ser nunca ni limitación de cuidados (éstos son irrenunciables) ni limitación del tratamiento sintomático: dolor, náuseas, vómitos, convulsiones, angustia, agitación, etc. El cuidado del paciente debe ser integral, que abarque todas las esferas de la personal. El médico debe acompañar a su paciente hasta el final procurando eliminar su sufrimiento, procurando su bienestar, así como el de su familia. Se cuenta con un arsenal suficiente para procurar a los enfermos un final sin sufrimiento. Intervenir la muerte, sí, pero no alargar el proceso de morir. Cuando se decide LET tanto el paciente como sus familiares no deben percibir muestras de abandono. Cuando el paciente se niega a un determinado tratamiento, esto no significa que renuncie al resto de tratamientos y cuidados, y nunca se le debe abandonar ni privarle del resto de la asistencia con el pretexto de no estar de acuerdo con su decisión. Álvarez Pérez, Juan Carlos. *Limitación del esfuerzo terapéutico*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Pág. 298.

los anglosajones suelen utilizar el término *withhold* para no instaurar, *withdraw* para retirar, o *to cease doing* para dejar de hacer.³⁷⁸

La LET se suele definir como la decisión de dejar de aplicar o suspender medidas de carácter extraordinario de soporte vital a pacientes sin expectativas razonables de recuperación, en los que el proceso está conduciendo a un retraso inútil de la muerte en lugar de una prolongación de la vida.³⁷⁹

También es definida como el acortar el campo de lo técnicamente posible en la actitud terapéutica, por lo médicamente indicado en cada momento de la evolución clínica, respetando la voluntad del paciente capaz y competente o, en su defecto, de la familia.³⁸⁰

Álvarez Pérez, integrando los elementos de las anteriores definiciones, sostiene que la LET se refiere la decisión de dejar de aplicar o suspender diferentes niveles terapéuticos (medicación, oxigenoterapia, técnicas de soporte vital, sangre, nutrición, hidratación) a pacientes sin expectativas razonables de recuperación, en los que el proceso está conduciendo a un rastro inútil de la muerte en lugar de una prolongación de la vida, ponderando y discerniendo lo médicamente indicado en cada paciente y en cada momento de su evolución clínica, así como respetando la voluntad del mismo.³⁸¹

³⁷⁸ Cualquier decisión de LET puede clasificarse como una decisión de no instauración o no puesta en marcha de determinadas maniobras o procedimientos asistenciales (*withhold*), o de una maniobra de retirada o suspensión de lo ya instaurado (*withdraw*). Desde el punto de vista ético, ambas tienen la misma consideración y significación. Abizanda Campos, R. *Limitación del esfuerzo terapéutico (LET). No instauración o retirada de medidas de soporte*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 68.

³⁷⁹ Gómez Rubí, Juan A. “Las fronteras de la medicina intensiva. Apuntes para una discusión sobre la limitación del esfuerzo terapéutico”. *Libro de ponencias del XXXI Congreso de la SEMIUC*. Castellón. 1996. Y Gómez Rubí, Juan A. y Abizanda R. (eds.). *Bioética y medicina intensiva: Dilemas éticos en el paciente crítico*. Edikamed-SEMICYUC. Barcelona. 1998. Pág. 74. En Álvarez Pérez, Juan Carlos. *Limitación del esfuerzo terapéutico*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Pág. 252.

³⁸⁰ Catalán Sanz, María P. *Limitación del esfuerzo terapéutico: el lenguaje de la futilidad y situaciones clínicas*, en Reyes López, M. de los. *La bioética, mosaico de valores*. Asociación de Bioética Fundamental y Clínica. Madrid. 2005. Pág. 15. Citado por Álvarez Pérez, Juan Carlos. *Limitación del esfuerzo terapéutico*, en ibidem. Pág. 254.

³⁸¹ Álvarez Pérez, Juan Carlos. *Limitación del esfuerzo terapéutico*, en ibidem. Págs. 255 y 256. Otra definición dice que la LET consiste en la decisión de restringir o cancelar algún tipo de medidas cuando se percibe una desproporción entre los fines y los medios terapéuticos, con el objetivo de no caer en la obstinación terapéutica. Gracia, Diego y Júdez, Javier. *Ética en la práctica clínica*. Op. Cit. Pág. 346.

La LET motiva varios y complejos problemas en la actualidad. No existe consenso, ni mucho menos unanimidad, en cuanto a los criterios que deban considerarse para LET,³⁸² tampoco hay acuerdo sobre quién o quiénes deben tomar las decisiones; el grado de información y participación del paciente o de sus familiares; cómo se instrumenta en la práctica; etc.³⁸³

Las definiciones que he citado hacen hincapié en algunos elementos que hay que analizar para determinar el alcance y las consecuencias de la LET. Tales elementos son: la falta de expectativas razonables en la recuperación del paciente, el retraso de la muerte más que prolongación de la vida, y la diferencia entre lo técnicamente posible y lo médica y éticamente indicado.³⁸⁴ Esto obliga a formular algunas preguntas: ¿es ética y médicamente correcto limitar? ¿Cuándo, cómo y hasta dónde limitar?

³⁸² El tránsito desde el uso prudente de las posibilidades que otorga la medicina moderna para restaurar la salud en las situaciones de amenaza vital hasta el ensañamiento terapéutico es de límites imprecisos, y a pesar de los esfuerzos por alcanzar protocolos de consenso, la realidad clínica está llena de contradicciones. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Pág. 238.

³⁸³ Por ejemplo, un estudio realizado en 409 pacientes ingresados en 1999 y 2000 en la Unidad de Medicina Intensiva (UMI) del hospital Txagorritxu Vitoria-Gasteiz, España para analizar los factores asociados a la LET, reflejó lo siguiente: 1) De los 409 pacientes ingresados en la UMI, se realizó la LET en 49, es decir, el 12% de ellos. 2) En 33 pacientes, es decir, en el 67% la LET consistió en no iniciar nuevas medidas terapéuticas y en 16 pacientes, es decir, en el restante 33% consistió en retirarlas. 3) De los 49 pacientes, 34 (69%) fallecieron en la UMI; 11 (22%) fallecieron en el hospital tras el alta de la UMI; 2 (4%) murieron dentro de los seis meses siguientes el alta de la UMI y; 2 (4%) continuaban vivos después de un año del alta de la UMI. Y 4) La decisión de LET fue tomada por el médico responsable en el 12% de los pacientes y mediante consenso en sesión clínica en el 88%. En el 73% de los casos se realizó con la participación de los representantes y en ningún caso se tomó la decisión en contra de su voluntad. Con estas cifras los autores afirman que la mortalidad en el caso de la LET no es del 100% tal como en ocasiones se ha hecho creer. El nivel de mortalidad suele generar incertidumbre planteando la pregunta si algunos pacientes sometidos a la LET habría sobrevivido si la decisión hubiera sido otra. La respuesta no es en absoluto categórica, pero probablemente sea sí. Pero, ¿qué ocurriría si se mantuviera el esfuerzo terapéutico en todos los casos hasta el final? Seguramente se prolongaría la agonía y el sufrimiento en las familias, generaría frustración en el equipo sanitario y se aumentaría el consumo de recursos escasos. Concluyen que en el proceso de morir va a ser cada día más importante porque cada vez es mayor el número de pacientes que fallecen en la UMI o después de su paso por ella. Véase Iribarren-Diarasari, S. et al. "Limitación del esfuerzo terapéutico tras el ingreso en la Unidad de Medicina Intensiva. Análisis de factores asociados". *Medicina Intensiva*. Vol. 31. No. 2. Marzo 2007. Pág. 71. Otro estudio, previo al anterior, tiene conclusiones muy puntuales en relación a la LET: 1) En los últimos años ha aumentado la LET. 2) En la mayoría de los casos la LET no es rápida, sino aplicada tras la comprobación de la futilidad de los tratamientos administrados durante un periodo razonable de tiempo. 3) Los cuidados intensivos y los cuidados paliativos no son excluyentes sino coexistentes. 4) Existe la necesidad de definir los objetivos de atención en la UCI antes del ingreso a la misma. 5) La posibilidad de expresar las preferencias en el tratamiento por medio de un documento de voluntades anticipadas no alienta la discusión de los tratamientos al final de la vida. 6) La LET se aplica más a pacientes mayores y con mayores comorbilidades, asociándose a una elevadísima mortalidad. Y 7) Hay pacientes que se benefician del ingreso a la UCI incluso cuando lo hacen con alguna limitación terapéutica. Véase Fernández, R. et al. "Limitación del esfuerzo terapéutico en Cuidados Intensivos. ¿Ha cambiado en el siglo XXI?" *Medicina Intensiva*. Vol. 29. No. 6. Agosto 2005. Págs. 338 a 341.

³⁸⁴ Para ver algunos criterios considerados más favorables para *withdraw* y criterios menos favorables para *withhold* consúltese Christakis, N.A. y Asch, D.A. "Bases in how physicians choose to withdraw life support". *Lancet*. Vol. 342. 1993. Págs. 642 a 646.

Mucho se ha hablado de los medios ordinarios y medios extraordinarios,³⁸⁵ sobre todo cuando se plantea el tema de la limitación en los pacientes sometidos a las medidas de soporte vital. Dicha discusión indudablemente engloba los tres elementos mencionados.

La acuñación de lo ordinario y lo extraordinario se le atribuye al teólogo dominico Domingo Bañez y a partir de él fue tema de interés para muchos de sus contemporáneos, por ejemplo, Francisco Vitoria, Gregorio Sayrus, Tomás Sánchez, Leonardo Lesio, Juan de Lugo y San Alfonso María de Ligorio.³⁸⁶

Así como ha quedado dicho que no es posible hacer un catálogo de enfermedades para saber si éstas deberán ser tratadas o no por la medicina intensiva puesto que la atención y tratamiento dependen más del enfermo que de la enfermedad, por las mismas razones tampoco se puede establecer un elenco de medios ordinarios y extraordinarios, muchas veces llamados medios proporcionados o medios desproporcionados. En ambos casos interviene la voluntad del enfermo, el pronóstico o posibilidad real de recuperación, cómo vive la enfermedad la persona, las oportunidades que brinda el avance biomédico, la racionalidad médica, los principios éticos, la diferencia entre conservar y prolongar la vida, el nivel de atención médica garantizado por el Estado, etc.

En este sentido, Diego Gracia considera que no existen medidas ordinarias o extraordinarias, sino tratamientos indicados o no, y que toda decisión médica es fruto de dos factores: indicación médica y aceptación por parte del paciente.³⁸⁷

³⁸⁵ Los conceptos “extraordinarios” o “desproporcionados” tienen difícil aplicación en la práctica por su innegable ambigüedad. Como lo hace ver Gómez Rubí, en la LET no todo es blanco o negro, es decir, no siempre está tan claro diferenciar lo ordinario de lo extraordinario y el beneficio de la duda grava también buena parte de las decisiones. Más que una clasificación estricta, son necesarias unas guías de actuación que sirvan de plataforma para discutir cada caso con las personas involucradas. Cfr. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Págs. 241 y 242.

³⁸⁶ Álvarez Pérez, Juan Carlos. *Limitación del esfuerzo terapéutico*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 256 y ss. Véase también Gracia, Diego. *The old and the new in the doctrine of the ordinary and the extraordinary means*, en Wildes, Kevin Wm. (ed.). *Critical choice and critical care. Catholic Perspectives on Allocating Resources in Intensive Care Medicine*. Kluwer Academic Publishers. Netherlands. 1995. Philosophy and medicine. Vol. 51. Págs. 119 a 125.

³⁸⁷ Cfr. Couceiro, Azucena (ed.). *Bioética para clínicos*. Triacastela. Madrid. 1998. Pág. 113.

De acuerdo al análisis que se ha hecho de los cuidados intensivos a la luz de los principios de la bioética, es posible establecer algunas razones para LET.³⁸⁸

a) En relación al principio de no maleficencia, el médico no puede poner o mantener procedimientos que sean maleficentes, es decir, que estén contraindicados, ni siquiera con el consentimiento del enfermo. El médico debe limitar aquellos tratamientos que de antemano sabe serán malignos para el paciente.

b) En relación al principio de justicia, los esfuerzos terapéuticos pueden ser limitados si hay que racionar recursos escasos, aunque el paciente los solicite y no estén contraindicados.

c) En relación al principio de autonomía, la limitación puede ser solicitada por el propio paciente siempre que cumpla con ciertas condiciones, tales como: que tenga información completa y veraz, y que sea competente para tomar la decisión. Para no violar este principio es necesario que el paciente comunique su decisión ya sea de forma directa, por medio de un documento de voluntades anticipadas, por medio de un tercero previamente facultado para ello o, bien, por la familia.

d) En relación al principio de beneficencia, la limitación debe estar orientada a lo que realmente favorezca al paciente en base a los hechos biológicos y, en la medida de lo posible, busque recuperar su salud.³⁸⁹ (Véase cuadro número 1).

Las formas de LET en medicina intensiva son: a) Limitar el ingreso al servicio de medicina intensiva,³⁹⁰ b) limitación de inicio de determinadas medidas de soporte vital o, c) la retirada de éstas medidas una vez que son instaladas.

³⁸⁸ Véase Barbero, Javier. et al. *Limitación del esfuerzo terapéutico*, en Gracia, Diego y Júdez, Javier. *Ética en la práctica clínica*. Op. Cit. Pág. 164. O también Barbero, Javier. et al. "Limitación del esfuerzo terapéutico". *Medicina clínica*. Vol. 117. No. 15. 2001. Pág. 587.

³⁸⁹ Para Diego Gracia los conceptos ordinario/extraordinario y elegido/no elegido guardan relación directa con el principio de autonomía, proporcionado/desproporcionado con el principio de justicia y los conceptos de útil/fútil o indicado/contraindicado tienen que ver directamente con el principio de no maleficencia. Cfr. Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Pág. 264.

³⁹⁰ Una forma de LET consiste en la no admisión en la UMI o en la UCI de la cuál prácticamente no existen datos a partir de los cuales podamos reflexionar. Cfr. Iribarren-Diarasari, S. et. al. Op. Cit. Pág. 71.

Partiendo de la idea de que la mayoría de los pacientes en estado crítico no pueden decidir y expresar su voluntad, la LET puede tomarse a partir de tres recomendaciones: a) Declaraciones expresas que hubiere hecho el paciente previamente, b) lo que decida el allegado más próximo del enfermo y, c) actuar en función de lo que más favorezca al enfermo, partiendo que lo que más le favorece es lo que le proporciona mayor bienestar.³⁹¹

Pero antes de retirar las medidas de soporte vital deben estar planeadas las acciones a llevar a cabo ante las distintas situaciones que se pueden presentar como, por ejemplo, agonías prolongadas o, incluso, la supervivencia del paciente. La improvisación puede abocar al caos y generar desconfianza y angustia en la familia, así como en el personal sanitario. No se debe vaticinar el momento de la muerte, dado que puede prolongarse más allá de lo esperado.³⁹²

Con el objetivo de homogeneizar la LET en pacientes sometidos a cuidados intensivos se han elaborado diversos protocolos que clasifican a los pacientes en diferentes categorías en función del esfuerzo que debe ser aplicado de acuerdo a las posibilidades de recuperación y a las preferencias del enfermo. Como regla general, todos los pacientes ingresados en la UCI deben recibir soporte total, es decir, el uso de todos los recursos disponibles sin excepción. Ésta regla tiene sus excepciones en el pronóstico de la enfermedad y en la voluntariedad del paciente.

Uno de los protocolos más utilizados es el que establecieron Grenvik, Powner y Snyder,³⁹³ según el cual los pacientes ingresados en UCI pueden enmarcarse en alguno de los grupos siguientes:³⁹⁴

³⁹¹ El médico internista e intensivista español Ricardo Abizanda sostiene que cualquier forma de LET debe apoyarse en tres conceptos: a) Definición y asunción del concepto de futilidad por parte del equipo sanitario y de los representantes del paciente, b) claro establecimiento de la escala de actuaciones y de la responsabilidad de cada una de las personas implicadas, y c) acuerdo escrito y documentado sobre la escalada de actitudes (protocolos de actuación) a llevar a cabo en una decisión de LET, especialmente la relativa a retirar medidas de soporte vital. Abizanda Campos, R. *Limitación del esfuerzo terapéutico (LET). No instauración o retirada de medidas de soporte*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 79.

³⁹² En Monzón Marín, J.L. et al. Op. Cit. Pág. 8.

³⁹³ Grenvik, A.; Powner, D.J. y Snyder, J.V. "Cessation of therapy in terminal illness and brain death". *Critical Care Medicine*. Vol. 6. No. 4. Julio-agosto 1978. Págs. 284 a 291. Por su parte, Mario Iceta propone una metodología para la toma de decisiones asistenciales restrictivas respecto a cuatro formas de situaciones relacionadas con el final de la vida: Estado vegetativo persistente, demencia avanzada, enfermedad terminal y tetraplejia. Iceta, Mario. *El concepto médico de la futilidad y su aplicación clínica*.

1) Soporte total. El paciente recibe todas las medidas necesarias sin excepción. De inicio, todos los pacientes que ingresan a la UCI se encuentran en este grupo.

2) Soporte total, salvo RCP. Pacientes con daño cerebral, enfermedades irreversibles cardiopulmonares, fracaso multiorgánico o fase final de una enfermedad incurable. En estos pacientes se aplican todas las medidas conforme al grupo anterior, pero si sufre parada cardíaca no se le realizan los procedimientos de reanimación.³⁹⁵

3) No instauración de medidas extraordinarias y retirada de las existentes. Pacientes con fracaso de diversos órganos y función cerebral mínima en los que no existen ni remotas esperanzas de recuperar una función cerebral aceptable. En esta situación se retiran todas las medidas a excepción de las destinadas a proporcionar bienestar al paciente como, por ejemplo, sedación, hidratación, etc. Se consideran

Tesis doctoral. Departamento de Bioética. Universidad de Navarra. 1995. En Abizanda Campos, R. *Limitación del esfuerzo terapéutico (LET). No instauración o retirada de medidas de soporte*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 77.

³⁹⁴ Gómez Rubí hace una clasificación más detallada: Soporte total; soporte total, salvo RCP; medidas invasivas condicionadas; no instauración de medidas invasivas; mantenimiento de las medidas iniciales y no instauración de las nuevas; retirada de las medidas, salvo las básicas y el soporte respiratorio invasivo; retirada del soporte respiratorio: gradual o brusca y; retirada de todo soporte en caso de muerte cerebral, salvo el caso de donación de órganos. Véase Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Págs. 242 y ss.

³⁹⁵ Cuando sucede una parada cardiorrespiratoria en ciertas circunstancias como en un paciente en fase terminal las maniobras de reanimación no están indicadas. La parada cardiorrespiratoria es un criterio sólido de muerte clínica solamente cuando existe voluntad de no reanimar lo que frecuentemente supone una estrategia de LET. Trueba Gutiérrez, Juan Luís. *La muerte clínica*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Pág. 440. El éxito de las maniobras de RCP depende directamente del tiempo en que se realicen cada minuto de retraso disminuye un 10% su efectividad, por ello cuando se tiene constancia de que han transcurrido de ocho a diez minutos de la parada cardíaca, salvo hipotermia, no es aconsejable que se realicen ya que se pueden producir dos situaciones: a) Que el corazón vuelva a latir y la respiración sea asistida mecánicamente, pero sin actividad del tronco del encéfalo (muerte cerebral); y b) que el corazón vuelva a latir sin necesidad de ventilación mecánica, pero sin conciencia (coma irreversible o estado vegetativo persistente). Por otro lado, las llamadas “instrucciones u órdenes de no RCP” pueden tener su origen en dos principios: autonomía y beneficencia. Conforme al primero, un paciente puede solicitar la LET en ese sentido, siempre y cuando se verifiquen algunas circunstancias biológicas; en relación al segundo, el médico con autorización de la familia y, en lo posible, del paciente mismo, y basándose en la evidencia clínica del caso, recomendar la orden de no RCP en la historia clínica como una forma de LET para evitar el encarnizamiento terapéutico. En suma, la no RCP en ocasiones puede considerarse como una indicación médica y, a la inversa, la RCP puede mirarse contraindicada. Este tipo de decisiones forman parte de la planificación de la relación clínica en las que el documento de voluntades anticipadas tiene una relevancia probada. Por último, considero importante señalar que la orden de no RCP ya sea cuando provenga del paciente o sea recomendada por el médico debe ajustarse a una realidad biológica concreta (una causa conocida que provoca la parada cardíaca), los valores de la relación clínica deben tener un soporte en hechos particulares. Fundamentar esa orden en la pura voluntad del paciente (autonomía) sin valorar los hechos biológicos en los que ocurre la parada incrementaría los problemas éticos de la medicina intensiva.

medidas extraordinarias: el ingreso a la UCI, RCP, control de arritmias, intubación traqueal, ventilación mecánica³⁹⁶ o otros aparatos mecánicos, órganos artificiales, trasplantes, monitorización intensiva, sangre y hemoderivados, fármacos vasoactivos potentes, nutrición parenteral, etc.³⁹⁷

4) Retirada de todas las medidas cuando se cumplen los criterios de muerte encefálica, salvo el caso de donación de órganos.

3.5 Futilidad.

Se considera que un tratamiento es fútil cuando no consigue el objetivo fisiológico deseado y, por tanto, no existe la obligación de aplicarlo. Es el acto médico cuya aplicación a un enfermo está desaconsejada porque es clínicamente ineficaz, no mejora el pronóstico, los síntomas o las enfermedades intercurrentes, o porque previsiblemente produce perjuicios personales, familiares, económicos o sociales, desproporcionados al beneficio esperado.³⁹⁸

³⁹⁶ La retirada de la ventilación mecánica, de la oxigenoterapia y del tubo endotraqueal son hechos que no tienen que ir necesariamente unidos. Pueden llevarse a cabo de manera independiente unos de otros, dependiendo de las circunstancias del caso concreto. A la hora de establecer procedimientos de retirada de ventilación mecánica disponemos de un abanico de posibilidades entre dos extremas: 1) Extubación terminal (retirada del tubo endotraqueal tras administración de sedación). Y 2) Destete terminal (retirada progresiva del ventilador mediante disminución escalonada de la FiO₂ y el volumen minuto, lo que suele dar lugar a hipoxia e hipercapnia). Cfr. Truog, Robert D. et al. "Recommendations for end-of-life care in the intensive care unit: The Ethics Committee of the Society of Critical Care Medicine". *Critical Care Medicine*. Vol. 29. 2001. Págs. 2332 a 2348. En Monzón Marín, J.L. et al. Op. Cit. Pág. 7.

³⁹⁷ Para Cabré y Solsona la nutrición es un tratamiento de soporte vital y, sin embargo, tiende a considerarse como un cuidado médico. Cfr. Cabré Pericas, Ll Cabré Pericas. y Solsona Durán, J. F. Op. Cit. Pág. 308. En el mismo sentido Alcalá Zamora y Montans consideran que la nutrición parenteral es un tratamiento. Alcalá Zamora, J. y Montans, M. *Las secuelas de los medios de soporte vital: Estado vegetativo persistente*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 127. Un estudio realizado en 79 servicios de medicina intensiva, 4 de ellos de América Latina, se evaluó a 1,340 pacientes con síndrome de fracaso multiorgánico (SFMO) que representaban el 18% de los pacientes ingresados, con una tasa de mortalidad intra UCI del 37% e intra hospitalaria del 44%. Dicho estudio evidenció que en el 71 % de los pacientes que fallecieron se realizó algún tipo de LET, siendo la más frecuente la no reanimación 54.2% y la menos frecuente para ser retirada la nutrición 13%. Cfr. Cabré Pericas, Ll. *Síndrome de fracaso multiorgánico y limitación del esfuerzo terapéutico en medicina intensiva*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Págs. 96 y 97.

³⁹⁸ Iceta, Mario. Op. Cit. En Cabré Pericas, Ll. y Solsona Durán, J. F. Op. Cit. Pág. 308. Como lo sostiene Diego Gracia, cada vez es más generalizada la idea de que no es digno ni prudente seguir agrediendo al enfermo cuando sus posibilidades de vida son nulas o casi nulas. Se ha dicho que no es lo mismo ayudar a vivir a quien está viviendo que impedir morir a quien está muriendo, de ello han surgido expresiones como la de "encarnizamiento terapéutico". Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Pág. 257.

En la práctica sólo se acepta la retirada de soporte vital por razones de futilidad fisiológica, por ejemplo, en la muerte cerebral, en pacientes con fracaso multiorgánico de tres o más órganos de más de cuatro días de duración³⁹⁹ y en pacientes en estado vegetativo persistente.⁴⁰⁰ En este contexto podemos clasificar los tratamientos en cuatro categorías: a) Tratamiento que no tienen ningún efecto fisiológico beneficioso, b) tratamiento que es extremadamente improbable que sea beneficioso, c) tratamiento con efecto beneficioso pero extremadamente costoso y, d) tratamiento cuyo beneficio es incierto o controvertido. Sólo el primero de ellos es considerado como fútil. El resto de los tratamientos en la mayoría de las ocasiones pueden ser considerados inapropiados y/o inadmisibles.⁴⁰¹

El número de pacientes que se encuadran en la primera categoría de tratamiento es escaso en comparación con la población de pacientes ingresados en un servicio de medicina intensiva que requieren medidas de soporte vital de forma prolongada y con

³⁹⁹ Por razones metodológicas, y no por su irrelevancia en el tema central de este trabajo, el fracaso multiorgánico no será desarrollado en un apartado especial como en el caso de la muerte cerebral o encefálica y el estado vegetativo; sin embargo, es conveniente señalar algunas consideraciones. El SFMO es el paradigma del paciente ingresado en los servicios de medicina intensiva, lugar donde la medicina intensiva tiene más razón de ser ya que en estos pacientes toda la tecnología y el saber científico disponible se pone al alcance de ellos para restablecer la función de los órganos afectados. El SFMO es un síndrome clínico evolutivo y una de las principales causas de morbilidad y mortalidad de los pacientes en las UCI's. Cabré Pericas, Ll. *Síndrome de fracaso multiorgánico y limitación del esfuerzo terapéutico en medicina intensiva*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 95. Clínicamente un paciente con un *Sequential Organ Failure Assessment* (SOFA) superior a 10 puntos, mayor de 60 años y tendencia sin cambios o positiva se correlaciona con una mortalidad superior o igual al 98%, y con un porcentaje tan elevado, es fácil considerar como fútil a un tratamiento. El SOFA es un sistema que permite cuantificar la disfunción orgánica como un fenómeno continuo y dinámico, habiendo demostrado su utilidad como predictor de mortalidad hospitalaria. Este sistema no se aplica cuando se ingresa al paciente, sino cuando éste presenta SFMO. Ver Vincent, J.L. et al. "Use of the SOFA score to assess the incidence of organ dysfunction/failure in intensive care units: results of a multicenter, prospective study". *Critical Care Medicine*. Vol. 26. No. 11. Noviembre 1998. En <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9824069> Consultada el 15 de diciembre de 2008. Y Pettilä, V. et al. "Comparison of multiple organ dysfunction scores in the prediction of hospital mortality in the critically ill". *Critical Care Medicine*. Vol. 30. No. 8. Agosto 2002. En <http://www.cmjournal.com/pt/re/ccm/searchresults.htm;jsessionid=JGjdzht0QVvQ62p7LJLJ5Jjc9zc9mryC4S9XznJgTxcQGnhqylRg!-595418120!181195629!8091!-1?&index=1&results=1&searchid=1> Consultada el 15 de diciembre de 2008.

⁴⁰⁰ Mantener tratamientos fútiles se considera mala práctica clínica por ir en contra de la dignidad humana y, además, transgredir el principio de justicia por consumir recursos sanitarios inútiles. Cabré, Ll. et al. "Código Ético de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC)". *Medicina Intensiva*. Vol. 30. No. 2. 2006. En http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0210-56912006000200005&script=sci_arttext Consultada el 7 de enero de 2009. También puede consultarse en SEMICYUC. "Código Ético de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias". *Cuadernos de Bioética*. Vol. 18. No. 62. 2007. Págs. 123 a 132. En <http://www.aebioetica.org/rtf/05-BIOETICA-62.pdf> Consultada 26 de febrero de 2009.

⁴⁰¹ Danis, M., Truog, Robert D. et al. "(The Ethics Committee of the society of Critical Care Medicine). "Consensus statement of the Society of Critical Care Medicine's Ethics Committee regarding futile and other possibly inadvisable treatments". *Critical Care Medicine*. Vol. 25. No. 5. Mayo 1997. Págs. 887 a 891. En Cabré Pericas, Ll. y Solsona Durán, J. F. Op. Cit. Pág. 307.

dudosa recuperación de una vida independiente y aceptable. Es por ello que algunos autores consideren que este concepto resulta poco práctico.⁴⁰²

El término “futilidad” entra a la literatura biomédica en 1980 gracias al artículo “*Clinical decisions to limit treatment*”⁴⁰³ publicado por Bernard Lo y Albert R. Jonsen. Diez años más tarde aparece otro artículo titulado “*Medical futility: it’s meaning and ethical implications*”⁴⁰⁴ publicado por Lawrence J. Schneiderman, Nancy S. Jecker y Albert R. Jonsen que abre una nueva fase sobre el debate del término.

En ese último artículo los autores proponen una definición de futilidad basada en factores cualitativos y cuantitativos. Entre los primeros está la afirmación de que un tratamiento que sólo preserva la inconsciencia permanente o que no permite terminar con la dependencia de la UCI debe ser considerado como fútil. Como criterio cuantitativo establece que un médico podía considerar fútil un tratamiento si los datos empíricos mostraban que el tratamiento tenía menos del 1% de posibilidad de ser beneficioso para el paciente. La tesis de esos autores considera que las decisiones sobre el final de la vida son prudentes cuando se atienden a esos criterios, concretamente al más estricto de ellos, al cuantitativo y; por tanto, debe considerarse fútil todo procedimiento que no resulta efectivo en al menos un caso de cada cien. A partir de entonces, dichos autores han elaborado toda una teoría de la futilidad.

A este respecto, Diego Gracia opina que el límite prudencial no tiene por qué fijarse necesariamente en un punto, el 1%, sino más bien en un espacio, que para él debería fijarse entre del 5 y el 1% que ha sido marcado por nuestra cultura al establecer dicho intervalo como un rango de confianza. Los espacios prudenciales nunca pueden cuantificarse con exactitud y, por tanto, carece de sentido el objetivarlos obsesivamente. También considera que los porcentajes estadísticos permiten tomar decisiones en pacientes concretos. Cuando la probabilidad de éxito es muy baja, la toma de decisiones

⁴⁰² Truog, Robert D. et al. “The problem with futility”. *The New England Journal of Medicine*. Vol. 326. No. 23. Junio 1992. Págs. 1560 a 1564. En ibidem. Pág. 308. Véase también Brody, B. A. y Halevy A. “Is futility a futile concept?” *The Journal of medicine and philosophy*. Vol. 2 No. 20. 1995. Págs. 123 a 144.

⁴⁰³ Véase Lo, Bernard y Jonsen, Albert R. “Clinical decisions to limit treatment”. *Annals of Internal Medicine*. Vol. 93. No. 5. Noviembre 1980. Págs. 764 a 768.

⁴⁰⁴ Véase Schneiderman, Lawrence J.; Jecker, Nancy S. y Jonsen, Albert R. “*Medical futility: it’s meaning and ethical implications*”. *Annals of Internal Medicine*. Vol. 112. No. 2. Junio 1990. Págs. 949 a 954.

ante enfermos concretos es posible. Para él pueden considerarse fútiles todos los soportes con una probabilidad de recuperación no mayor al 5%.

Agrega que en determinadas circunstancias o en ciertas situaciones concretas, las del paciente que tenemos delante, el procedimiento que no funciona en el 99% de los casos tenemos razones más que sobradas para afirmar que ese procedimiento no está indicado, es decir, que en esas condiciones o circunstancias es fútil. Si, además, no resulta inocuo, sino que produce daño al paciente deberemos añadir que está contraindicado, siendo la contraindicación tanto mayor cuando más elevado sea el daño que se sigue de su uso. (Véase cuadro número 1).

Muchas veces se suele relacionar directamente el concepto de futilidad con el de eutanasia porque se piensa que la interrupción de las medidas de soporte vital tiene un propósito eutanásico.

A reserva de un análisis más detallado en el apartado correspondiente de este capítulo, la eutanasia no tiene nada que ver con la futilidad ni con la LET. La eutanasia es la actuación en el cuerpo de un paciente, a petición expresa de éste, con la intención de poner fin a su vida; además, en la eutanasia se quitan o se ponen procedimientos útiles a petición expresa del paciente, en tanto que la futilidad versa sobre tratamientos inútiles: fútiles. El criterio de futilidad no es eutanásico, aunque la realización en el paciente de procedimientos fútiles sí es distanasia.⁴⁰⁵ En resumen, este criterio es estrictamente técnico y médico, en principio no tiene que ver con la voluntad del paciente, el cual señala que retirar ciertas medidas en ciertas situaciones no es maleficente.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Como se ha dicho en la introducción de este capítulo, para Diego Gracia una cosa es respetar la voluntad del enfermo y no poner en su cuerpo lo que él rechaza, y otra muy distinta quitarle la vida directamente. Al hacer la distinción entre actos transitivos (los que una persona realiza sobre otra) y actos intransitivos (los que se realizan sobre uno mismo) sostiene que la diferencia entre matar y dejar morir no es solamente psicológica, sino también moral. Cfr. Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Págs. 301 y ss.

⁴⁰⁶ Lo médicamente útil es, por definición, no maleficente, y lo fútil o inútil es, en principio, maleficente. El médico intentando ser extremadamente beneficente puede llegar a ser extremadamente maleficente. Cfr. *Ibidem*. Págs. 262 y ss.

3.5.1 Muerte cerebral o muerte encefálica.

El concepto de muerte cerebral o encefálica solamente puede entenderse a partir del amplio desarrollo científico y tecnológico que ha experimentado la medicina desde la segunda mitad del siglo XX. Como se dijo anteriormente, ese desarrollo ha obligado a reformular muchos conceptos culturales y científicos, tal es el caso de la muerte. Antes de ser posible la sustitución mecánica o artificial de las funciones vitales, una persona se consideraba muerta cuando su organismo no podía continuar espontáneamente con dichas funciones, el criterio para establecer la muerte era la parada cardiorrespiratoria.⁴⁰⁷ Sin embargo, con la aparición de las medidas de soporte vital los criterios científicos y los constructos culturales en relación con la muerte cambian completamente.⁴⁰⁸ El cese de las funciones vitales puede ser intervenido técnicamente y, por tanto, no ser definitorio de muerte lo que hace necesario establecer nuevas reglas científicas y jurídicas que digan cuándo una persona está muerta, de este modo aparece la muerte cerebral o muerte encefálica.⁴⁰⁹ Además, en la llamada muerte

⁴⁰⁷ En la actualidad la parada cardiorrespiratoria no siempre es sinónimo de muerte por dos razones: La primera, en razón de que se pueden realizar maniobras de reanimación y; la segunda, aunque no tengan efecto esas maniobras o no se realicen, no se puede hablar de muerte sino de diagnóstico prematuro de muerte pues lleva de cinco a diez minutos para que el encéfalo, sin circulación, pierda sus funciones de modo irreversible. El organismo es capaz de almacenar “combustible” la mayor parte en forma de grasa; sin embargo, no dispone de los mecanismos para almacenar oxígeno en una cantidad suficiente que satisfaga sus demandas. Pero cabe precisar que la muerte sigue siendo diagnosticada por el cese de las funciones cardiorrespiratorias, los criterios de muerte encefálica solo son aplicables a los pacientes en UCI y, por tanto, sujetos a medios de soporte vital, principalmente la ventilación mecánica.

⁴⁰⁸ El conocimiento y aplicación de las medidas de soporte vital en las UCI y los medicamentos vasoactivos o los antibióticos han permitido mantener con vida a un paciente en situaciones que habría muerto en épocas no demasiado remotas, pero también conducen a situaciones de daños irreversibles y a prolongar innecesariamente la llegada de la muerte: encarnizamiento terapéutico. Trueba Gutiérrez, Juan Luis. “La muerte clínica: un diagnóstico y un testimonio”. Op. Cit. Págs. 57 a 70.

⁴⁰⁹ El diagnóstico de muerte encefálica surge, fundamentalmente, por la necesidad del trasplante de órganos, además de razones de orden económico. Cfr. Echeverría, Carlos et al. Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago. “Diagnóstico de muerte”. *Revista Médica de Chile*. Vol. 132. 2004. Pág. 96 En <http://www.scielo.cl/pdf/rmc/v132n1/art15.pdf> Consultada el 18 de diciembre de 2008. También cfr. Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Pág. 106. Escalante Cobo asegura que el término anglosajón *brain death* ha sido traducido literalmente como muerte cerebral; sin embargo, considera que la traducción correcta es muerte encefálica pues el cerebro solamente es una parte del encéfalo, los hemisferios cerebrales. Escalante Cobo, José Luis. *La definición de muerte*, en Gafo, Javier (ed.). *Trasplante de órganos: Problemas técnicos, éticos y legales*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1996. Dilemas éticos de la medicina actual. No. 10. Pág. 60. Se define como el coma profundo irreversible, sin respiración espontánea, flacidez generalizada y electroencefalograma isoelectrico de varias horas de duración. *Diccionario médico*. 3ª ed. Masson – Salvat. México. 1995. Pág. 428. También se define como la pérdida total e irreversible de todas las funciones de los hemisferios y tronco cerebral, se establece mediante comprobación y concurrencia durante 30 minutos y persistencia de 6 horas después del comienzo del coma de los siguientes signos: Pérdida de conciencia, falta de respiración espontánea, ausencia de reflejos cerebrales y de signos externos relacionados con el entorno, inactividad eléctrica cerebral y ausencia de riego en todas las arterias cerebrales. Elorza Martínez, Gustavo de. *Diccionario médico Zamora*. Zamora editores. Colombia. 2006. Pág. 741.

cardiorrespiratoria era posible establecer con bastante exactitud el momento de la muerte, lo que no es así con la muerte encefálica pues ésta ocurre en un periodo de tiempo, es un proceso biológico de degradación estructural que por su complejidad no es posible establecer con exactitud el momento o el instante de la muerte. El momento de la muerte encefálica queda reducido al momento en el que un observador experto, normalmente un neurólogo o un neurocirujano, alcanza la evidencia sobre los criterios objetivos de la exploración.⁴¹⁰

Para Juan Luís Trueba la muerte cardiorrespiratoria como la muerte encefálica no son dos formas de muerte, sino dos modos o criterios de llegar al diagnóstico de la muerte clínica (el diagnóstico de muerte que hace el medico en un paciente concreto) y que esto es sólo una consecuencia de la necesidad de tener que tomar decisiones éticas ante la incertidumbre clínica de determinadas situaciones producidas por la medicina tecnológica y los medios artificiales de soporte cardiopulmonar. La muerte clínica por criterio cardiopulmonar fisiopatogénicamente no es más que un modo de muerte encefálica aguda como consecuencia de la anoxia cerebral. En suma, la muerte clínica de una persona es la muerte del encéfalo, y dicho concepto solamente surge cuando el paciente está con un control asistido de sus funciones cardiovasculares, es decir, cuando está en una UCI y conectado a un respirador.

Antes de continuar insisto en que el desarrollo de este capítulo es complicado no sólo por la difícil tarea de abordar y estudiar los problemas bioéticos al final de la vida, sino también por los conceptos y términos médicos que se utilizan con los que un jurista no está familiarizado. Por esta razón y para comprender mejor este apartado, considero necesario dar las definiciones de cerebro, encéfalo y troncoencefálico.

⁴¹⁰ Para Diego Gracia, las discusiones sobre el momento de la muerte y sobre el comienzo de la vida se hallan con frecuencia viciadas por la obsesión de determinar con exactitud el momento preciso en el que la vida comienza o termina. No niega que haya que poner un razonable cuidado en la determinación del momento del inicio y del momento del final de la vida, pero no es posible hacerlo con exactitud matemática. Gracia, Diego. *Salir de la vida*, en Gracia, Diego. *Como arqueros al blanco*. Op. Cit. Págs. 395 a 431. Resulta imposible establecer categóricamente un instante de la muerte o un límite claro y preciso entre el comienzo y el final del proceso vital o de cualquiera de sus momentos sucesivos y ordenados. Véase Trueba Gutiérrez, Juan Luís. *Cerebro y persona. Reflexiones sobre la suficiencia constitucional*, en Masiá, J. (ed.). *Ser humano, persona y dignidad*. Universidad Pontificia de Comillas – Desclée de Brouwer. Madrid – Bilbao. 2005. Véase también Morrison, R. S. “Death: Process or event?” *Science*. No. 173. 1971. Si el morir no fuera un misterio, si no lograrse haber fascinado desde siempre, si fuese una realidad exacta y matemática como anhela el hombre empírico de hoy, no habría lugar el campo de actitudes. Precisamente por ello, el tema de la muerte sigue fascinando al hombre que dice haber pasado de todo, excepto de la muerte. Cfr. Polaino-Lorente, Aquilino. “Eutanasia y actitudes sociales”. *Persona y Derecho*. No. 7. 1980. Págs. 322 y 323.

El cerebro es la porción principal del encéfalo que ocupa la parte superior del cráneo formado por dos hemisferios cerebrales (izquierdo y derecho). Cada hemisferio tiene una capa externa de materia gris, la corteza cerebral, debajo de la cual se encuentra la sustancia blanca que contiene los ganglios basales u otros núcleos también de sustancia gris. El cerebro es el responsable de la iniciación y coordinación de toda actividad voluntaria corporal, y gobierna el funcionamiento de las zonas inferiores del sistema nervioso. En la corteza se localiza todo comportamiento inteligente.⁴¹¹

El encéfalo es una porción del sistema nervioso central dentro del cráneo, está dividido en: a) Encéfalo posterior (rombencéfalo) formado por la médula oblonga o bulbo, el puente de Varolio o protuberancia y el cerebelo; b) encéfalo medio o mesencéfalo y; c) encéfalo anterior o prosencéfalo subdividido en el cerebro y el diencefalo.⁴¹² Es la porción del sistema nervioso central contenida dentro del cráneo que comprende el cerebro, el cerebelo, la protuberancia anular y la médula oblongada o bulbo.⁴¹³

El tronco encefálico es la porción del encéfalo que queda después de retirar la corteza y el cerebelo, incluye la prolongación de la médula espinal (bulbo raquídeo, olivas bulbares, puente y cerebro medio).⁴¹⁴ Controla varias funciones incluyendo la respiración, regulación del ritmo cardíaco y aspectos primarios de la localización del sonido.

Con estas bases podemos dar paso a una revisión histórica de la muerte encefálica. A partir de 1956 se comienza a hablar de “coma irreversible” para referirse a los pacientes en estado de coma ingresados por un largo periodo de tiempo en la UCI.⁴¹⁵ A principios de 1959 Wertheimer, Jovet y Descortes describen una condición a la que llamaron “muerte del sistema nervioso” caracterizada por coma amnésico, ausencia de

⁴¹¹ Elorza Martínez, Gustavo de. Op. Cit. Pág. 147. Véase también *Diccionario médico*. Op. Cit. Pág. 102.

⁴¹² Elorza Martínez, Gustavo de. Op. Cit. Pág. 314.

⁴¹³ *Diccionario médico*. Op. Cit. 191.

⁴¹⁴ Elorza Martínez, Gustavo de. Op. Cit. Pág. 1186.

⁴¹⁵ El desarrollo de la medicina intensiva permitió mantener vivos a pacientes con graves lesiones del sistema nervioso central que mantenían un estado de coma profundo, en apnea y sin evidencias clínicas de función refleja del troncoencéfalo, y que a pesar del apoyo médico, sufrían un paro cardíaco. A este tipo de coma se le denominó “coma irreversible”. Echeverría, Carlos et al. Op. Cit. Pág. 99.

reflejos tendencioso y de tronco encefálico y un cerebro eléctricamente silente.⁴¹⁶ En ese mismo año Pierre Mollaret y Goulon describen por primera vez a un sujeto sometido a ventilación mecánica, incapaz de mantener por sí solo sus funciones vitales con un colapso circulatorio progresivo y con ausencia irreversible de la conciencia, llamando a ese estado "coma *depassé*" (sobrepasado); además, se preguntan si podrían considerarlo clínicamente muerto y con nulas posibilidades de recuperación.⁴¹⁷

En 1968 en el marco de la XXII Reunión Médica Mundial celebrada en Sydney, Australia se redactó un informe conocido como "Declaración de Sydney" que sostiene que la muerte es un proceso gradual a nivel celular con tejidos que reaccionan de forma diversa ante la falta de oxígeno. Insiste en que el interés clínico no reside en el mantenimiento de las células aisladas, sino en el de la persona. El momento de la muerte de diferentes células y órganos no es tan importante como la certeza de que ese proceso se ha vuelto irreversible a pesar de cualquier técnica de reanimación que pueda ser empleada.⁴¹⁸

También durante 1968 el Comité de la Facultad de Medicina de Harvard formula los primeros criterios, conocidos como "Criterios Harvard", para la determinación de la muerte basado en un total y permanente daño encefálico acuñándose el término muerte encefálica (*brain death*).⁴¹⁹

⁴¹⁶ Escalante Cobo, José Luis. *La definición de muerte*, en Gafo, Javier (ed.). *Trasplante de órganos: Problemas técnicos, éticos y legales*. Op. Cit. Pág. 55.

⁴¹⁷ El "coma *depassé*" se caracteriza por la pérdida total de la conciencia, apnea, ausencia de los reflejos que exigen la integridad del tronco del encéfalo y carencia de actividad eléctrica cerebral verificada mediante electroencefalograma, todo ello en enfermos que mantienen el resto de sus funciones orgánicas vitales, unas de forma espontánea (corazón, riñones...) y otras artificialmente (ventilación con respirador). Véase Mollaret, Pierre y Goulon. "Le Coma depasé". *Revue Neurologique*. Vol. 101. 1959. Págs. 3 a 15. En Zamora Marín, René. "Consideraciones éticas sobre la muerte encefálica". *Vital*. Año. IX. No. 49. Mayo – Junio 2002. En <http://www.vital.org/vital/vital49/bioet1.htm> Consultada el 18 de diciembre de 2008. Y en Echeverría, Carlos et al. Op. Cit. Págs. 95 y 107. Mollaret y Goulon no se refirieron a la muerte cerebral ni emplearon ese término, sino que hicieron exclusivamente una asociación temporal entre la aparición de signos que mostraban un daño cerebral de máxima gravedad y la aparición ulterior de muerte por paro cardiorrespiratorio.

⁴¹⁸ Gilder, S.S.B. "Twenty-second World Medical Assembly". *British Medical Journal*. Vol. 3. 1968. En Gafo, Javier (ed.). *Trasplante de órganos: Problemas técnicos, éticos y legales*. Op. Cit. Pág. 56.

⁴¹⁹ S. A. "Harvard Criteria: A definition of irreversible coma. Report of Ad Hoc Committee of Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death". *JAMA*. Vol. 6. No. 205. Agosto 1968. Págs. 337 a 340. Ese comité propone establecer el coma irreversible coma. Report of Ad Hoc Committee of Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death". *JAMA*. Vol. 6. No. 205. Agosto 1968. Págs. 337 a 340. Ese comité propone establecer el coma irreversible como un criterio de muerte en razón de los siguientes criterios: a) Que la muerte encefálica correspondía al cese irreversible y completo de todas las funciones encefálicas, b) que la muerte encefálica podía ser diagnosticada, y c) que un paciente en muerte encefálica podía ser considerado muerto.

Los “Criterios de Harvard” se basan en la consideración de que el tronco del encéfalo es el centro de la función nerviosa y, por tanto, si está destruido, no existe vida. En síntesis dichos criterios exigen: 1) Pérdida completa de la conciencia (*coma*) con ausencia de movimientos y de respuesta a cualquier tipo de estímulos. 2) Ausencia de ventilación (*apnea*) comprobada después de pasar al menos tres minutos de desconexión del respirador para comprobar que el centro respiratorio no responde ni siquiera tras un estímulo intenso por concentración elevada de anhídrido carbónico. 3) Ausencia total de reflejos que tienen su base en el tronco del encéfalo: a) Pupilar, disminución del tamaño de las pupilas ante un estímulo luminoso; b) corneal, movimientos oculares ante el giro de la cabeza; c) oculocefálico y oculovestibular, inyección de agua fría en el conducto auditivo; y d) tusígeno, aparición de tos al aspirar la tráquea o mover el tubo endotraqueal. Los reflejos espinales pueden persistir después de la muerte cerebral. 4) Ausencia de actividad eléctrica cerebral confirmada veinticuatro horas más tarde. Y 5) Todos los signos deben ser contrastados en ausencia de hipotermia o de administración de fármacos depresores del sistema nervioso central y persistir veinticuatro horas más tarde.⁴²⁰

En 1976 el Real Colegio de la Medicina del Reino Unido publicó un estatuto sobre el diagnóstico de muerte cerebral la cual se definía como la pérdida completa e irreversible de las funciones tronco encefálico. También propone recomendaciones para poder determinar mejor la apnea (*test* de apnea) haciendo énfasis en que el troncoencéfalo es esencial para el funcionamiento del cerebro: sin troncoencéfalo, la vida no existe.⁴²¹

Poco después, en 1981 la Comisión del Presidente de los Estados Unidos estableció el “Estatuto de muerte” en los siguientes términos: Un individuo en el que se

⁴²⁰ Tres años después se dieron a conocer los “Criterios de Minnesota” que, entre otras variantes, no exigían el electroencefalograma y excluyeron las situaciones de *shock* ya que puede provocar una inhibición del conjunto de funciones que simule el cuadro clínico de muerte cerebral. Véase Mohandas, A. et al. “Brain death: A clinical and pathological study”. *Journal of Neurosurgery*. No. 35. 1971. Además, inicio la tendencia a considerar que la pérdida irreversible de la función del tronco encefálico era sinónimo de muerte, surgiendo así el criterio de muerte del tronco encefálico. Gafo, Javier (ed.). *Trasplante de órganos: Problemas técnicos, éticos y legales*. Op. Cit. Pág. 65.

⁴²¹ Trueba Gutiérrez, Juan Luis. *La muerte clínica*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 447 y 448.

mantiene un cese irreversible de todas las funciones del encéfalo, incluyendo el tronco cerebral, está muerto.⁴²²

Por su parte, la *American Academy of Neurology* en 1995 establece unos “Criterios para la determinación de la muerte cerebral en adultos” en los cuales se define a la muerte cerebral, encefálica o neurológica como la pérdida irreversible de la función del cerebro y del troncoencéfalo.⁴²³

Esa academia estableció directrices (*guidelines*) que actualmente tienen gran vigencia para el diagnóstico clínico de muerte encefálica.⁴²⁴ Éstas se dividen en dos momentos: En pre-requisitos y en hallazgos cardiales.

⁴²² President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. *Defining death. Medical, legal and ethical issues in the determination of death*. Julio 1981. En http://www.bioethics.gov/reports/past_commissions/defining_death.pdf Consultada el 19 de diciembre de 2008. El informe de esa comisión recomendaba la realización de pruebas de confirmación de la muerte encefálica y la conveniencia de esperar 24 horas en los casos de anoxia cerebral antes de establecer la muerte clínica. Las recomendaciones parecían razonables y prudentes cuando se diagnosticaba la muerte clínica “para desconectar el respirador” o “para enterrar”, pero representaba un conflicto moral cuando era “para la donación de órganos”. Cfr. Trueba Gutiérrez, Juan Luís. La muerte clínica, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Pág. 448.

⁴²³ S.A. “Practice parameters: Determining brain death in adults. Report of the Quality Standards Subcommittee of the American Academy of Neurology”. *Neurology*. Vol. 45. 1995. En <http://www.aan.com/globals/axon/assets/4462.pdf> Consultada el 16 de diciembre de 2008. Las causas más comunes de la muerte cerebral son: a) Traumatismos craneales, b) aneurisma con hemorragia subaracnoidea, c) en UCI’s isquemia-hipoxia cerebral y fracaso hepático fulminante. En cuanto a la definición de la AAN, Juan Luís Trueba apunta: a) No es un concepto que se defina por criterios estructurales o anatomopatológicos, sino por criterios de función o de posibilidades funcionales del encéfalo, b) la pérdida irreversible de esas funciones debe ocurrir en todo el encéfalo (cerebro y troncoencéfalo), y c) el planteamiento holístico de la definición como un “todo funcional” con soporte estructural encefálico, pero sin especificar cuáles son las funciones imprescindibles que definirán al encéfalo como “un todo”. Trueba Gutiérrez, Juan Luís. “La muerte clínica: un diagnóstico y un testimonio”. Op. Cit. Págs. 57 a 70. Ya en 1981 se había propuesto la definición de muerte como la suspensión permanente del funcionamiento del organismo como un todo, entendiendo como un todo no sólo la totalidad estructural del organismo, sino más bien como aquella característica que hace que el funcionamiento del organismo vivo sea mayor que la suma de sus partes. Véase Bernat, J. K. y Culver, G. “On the definition and criterion of death”. *Annals of Internal Medicine*. Vol. 94. 1981. Citado por Echeverría, Carlos et al. Op. Cit. Pág. 101.

⁴²⁴ En la actualidad existen algunas diferencias entre los protocolos de acuerdo a cada país, especialmente al número de facultativos que han de participar en el diagnóstico, en la duración de la observación clínica del paciente y la confirmación diagnóstica; sin embargo, generalmente los criterios para el diagnóstico son: Coma, ausencia de respuestas motoras, ausencia de reacción pupilar, ausencia de reflejo corneal, ausencia de respuesta a la estimulación calórica auditiva, ausencia de reflejos oculocefálicos, ausencia de reflejo de la tos tras la estimulación traqueal y *test* de apnea positivo. Trueba Gutiérrez, Juan Luís. La muerte clínica, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Pág. 450. El diagnóstico de muerte se hace al comprobar signos negativos de vida y no signos positivos de muerte toda vez que éstos son más tardíos y, si se espera su aparición para diagnosticar la muerte, se crearían una serie de problemas de orden higiénico y epidemiológico. Echeverría, Carlos et al. Op. Cit. Pág. 97. En ese trabajo se citan varios artículos que documentan diversas situaciones en las que pacientes diagnosticados con muerte encefálica continúan con cierta actividad cerebral. Por ello, los autores llegan a la conclusión de que la especificidad de las pruebas que actualmente se utilizan no parecen ser tan óptimas para documentar la pérdida

En el primer momento, la muerte encefálica es la ausencia de las funciones cerebrales detectables clínicamente cuando existe una causa próxima reconocida demostrable como irreversible: a) Evidencia clínica o por neuroimagen (electroencefalograma) de una catástrofe aguda neurológica del sistema nervioso central que es compatible con el diagnóstico clínico de muerte encefálica, b) exclusión de complicaciones médicas que puedan enmascarar los signos clínicos (alteraciones severas de electrolitos, ácido-base, o endocrinas), c) no existir intoxicación por drogas o venenos, y d) temperatura corporal mayor o igual a 32° Celsius para descartar hipotermia.

En el segundo momento, los hallazgos cordiales para determinar la muerte encefálica son tres, ninguno por sí solo es evidencia de muerte pues se necesita la concurrencia de los tres para ascender a un segundo nivel para diagnosticar la muerte encefálica irreversible, tales hallazgos son: 1) Coma arreactivo (ausencia de respuesta motora cerebral al dolor en todas las extremidades [presión en la raíz de las uñas y supraorbital]). 2) Ausencia de reflejos troncoencefálicos: a) Pupilas: Ausencia de respuesta a la luz brillantes y, además, tamaño intermedio (4mm) o dilatado (9mm); b) movimientos oculares: Ausencia de reflejos oculocefálicos (realizados sólo cuando se ha descartado fractura o inestabilidad de la columna cervical) y ausencia de desviación de los ojos tras la irrigación de cada oído de 50ml de agua fría (esperar un minuto después de la primera inyección para valorar el resultado y cinco entre la irrigación de un lado a otro); c) análisis de sensaciones y respuesta motora de la cara: Reflejo corneal ausente, reflejo maseterio ausente y ausencia de respuestas motoras en la cara tras estimulaciones dolorosas; y d) reflejos faríngeo y traqueal: Ausencia de reflejo faríngeo estimulando la faringe posterior con un depresor de lengua, y ausencia de tos en la aspiración bronquial. Y 3) Apnea comprobada: a) Pre-requisitos: Temperatura igual o inferior a 36.5° Celsius, presión arterial sistólica igual o menor a 90 milímetros de mercurio (mm Hg), euvolemia (volumen sanguíneo normal), presión de bióxido de carbono normal y presión de oxígeno normal; b) conectar un oxímetro y desconectar el respirador; c) oxigenación traqueal (oxígeno al 100% a 6 l/min; d) mirar con cuidado la aparición de movimiento respiratorios; e) medir presión de oxígeno, de bióxido de

completa, total e irreversible de las funciones encefálicas. También abordan algunos enfoques alternativos al criterio de muerte encefálica.

carbono y presión arterial, después de ocho minutos de espera reconectar el respirador; f) si no hay movimientos respiratorios y la presión arterial de bióxido de carbono es menor o igual a 60 milímetros de mercurio el *test* de apnea es positivo y permite el diagnóstico de muerte cerebral; y g) si se presentaron movimientos respiratorios el *test* de apnea es negativo y tendrá que ser repetido más tarde.

Desde la descripción del “coma *depassé*” hasta los recientes protocolos o *test* para diagnosticar la muerte encefálica han sido muchos los cuestionamientos morales al respecto: ¿Un paciente con el sistema nervioso central destruido está realmente muerto? ¿Cuándo está permitido retirar el soporte vital a pacientes con daño neurológico irreversible? ¿Es moralmente correcto retirar o no la respiración artificial? ¿Reanimar o no en caso de paradas cardíacas? ¿Limitar o no el esfuerzo terapéutico? ¿Al mantener las medidas de soporte vital a pesar de la ausencia de función neurológica se está manteniendo una vida, se está practicando encarnizamiento terapéutico o es un tratamiento fútil?

En este punto, Gómez Rubí afirma que la definición de muerte encefálica, producto del consenso de la comunidad científica, resuelve dos grandes problemas que han aparecido como consecuencia del progreso médico actual: a) Retirar las medidas de soporte artificial de algunas funciones orgánicas, en especial la ventilación, en pacientes con destrucción de todo el encéfalo y con ninguna posibilidad de recuperación; y b) proporcionar la oportunidad de extraer determinados órganos para trasplante antes de que la abolición de la circulación disminuya su viabilidad. Para él, mantener las medidas de soporte vital, incluida la ventilación artificial, es una clara forma de ensañamiento terapéutico que vulnera el principio de no maleficencia.

De este modo, el filósofo australiano Peter Singer afirma que la muerte encefálica no es más que una ficción práctica que permite salvar órganos para su trasplante que de otra forma se desperdiciarían y, además, suprimir la ventilación mecánica por considerarse inútil.⁴²⁵ El filósofo alemán Hans Jonas, acepta el término de muerte encefálica como motivo para retirar el respirador en un paciente con coma irreversible pero califica como “saqueo” a la conservación de las medidas de soporte

⁴²⁵ Singer, Peter. *Repensar la vida y la muerte: El derrumbe de nuestra ética tradicional*. Trad. Yolanda Fontal Rueda. Paidós. Barcelona. 1997. Pág. 47.

con el único objetivo de extraer los órganos.⁴²⁶ Por último, Robert D. Truog, profesor de Harvard, afirma que nuestra comprensión sobre la muerte es tan oscura que hace incoherente el concepto de muerte encefálica, el cual sólo sirve como criterio con el fin de obtener órganos para trasplante, a pesar de su amplia aceptación.⁴²⁷

Los criterios para diagnosticar la muerte en base a evidencia científica son muy importantes para la toma de decisiones clínicas y éticas en determinadas situaciones, especialmente cuando la muerte se produce en la UCI.

En suma, se puede considerar como éticamente correcto la LET en pacientes a quienes se les ha diagnosticado en muerte encefálica, todo tratamiento o medida de soporte vital se considera como fútil, o incluso maleficiente, pues no tendrán ninguna eficacia ni beneficio en el paciente. Quitar el respirador, no reanimar en caso de parada cardiorrespiratoria e, incluso, la nutrición e hidratación no pueden ser calificados como actos maleficientes y, por tanto, pueden ser recomendados por el equipo médico o solicitados previamente por el paciente siempre y cuando se puedan evidenciar científicamente los signos de muerte encefálica, incluido el tronco, y no sólo del cerebro.

3.5.2 Estado vegetativo persistente.

Existen algunos pacientes que han perdido la capacidad de relación con el medio y de integración social, pero conservan la capacidad de integración de los órganos y sistemas. A estos pacientes se les considera en “coma vigil” ya que pueden mantener los ojos abiertos, los ciclos de vigilia-sueño, reflejos de retirada al recibir un pinchazo, y las funciones vegetativas se conservan con normalidad (ventilan sin necesidad de un respirador, se alimentan por medio de sonda gástrica, defecan con normalidad...), pero han perdido por completo y de forma irreversible la capacidad de relación con el medio (no se comunican, no sienten, no experimentan dolor ni sentimientos...)⁴²⁸ Para

⁴²⁶ Jonas, Hans. *Técnica, medicina y ética: Sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Trad. Carlos Forteal Gil. Paidós. Barcelona. 1997. Págs. 145 y ss.

⁴²⁷ Truog, Robert D. “Is it time to abandon brain death?” *The Hastings Center Report*. Vol. 27. No. 5. Septiembre – Octubre 1997. En <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9017413> Consultada el 19 de diciembre de 2008.

⁴²⁸ Basándose en los hallazgos anatómicos en los cerebros de las autopsias de estos pacientes demuestran: a) Lesiones difusas y bilaterales de la corteza cerebral, b) daños difusos de las conexiones intracorticales

dichos pacientes se acuñó el término “estado vegetativo persistente” (EVP)⁴²⁹ o “síndrome apático” los cuales han perdido las funciones de la neocorteza cerebral, donde reside la cualidad esencial de la vida humana, la capacidad de integración social y, por tanto, pueden plantear dudas si se encuentran vivos o no. Para ellos se ha establecido una nueva categoría: “muerte neocortical”, aunque aún no ha tenido una aceptación generalizada.⁴³⁰ En la actualidad ningún país acepta como criterio legal de muerte el de muerte neocortical.

El estado vegetativo (EV) es el cuadro clínico caracterizado por inconsciencia completa del enfermo, tanto de sí mismo como del entorno, acompañado de ciclos de vigilia-sueño y con preservación completa o parcial de las funciones autonómicas hipotalámicas y troncoencefálicas.⁴³¹

Para Diego Gracia la búsqueda de precisión sintáctica puede ir seguida de una imprecisión semántica debido a que el llamado *persistent vegetative state* suele traducirse al castellano como “estado vegetativo persistente” (EVP); sin embargo, él considera más correcto usar el adjetivo permanente.⁴³² Asegura que el EV comienza siendo persistente y puede ser o no reversible, por tanto, distingue dos situaciones: EV permanente que le es consustancial la irreversibilidad y el EVP que es reversible. Cada uno afronta problemas éticos concretos.

y subcorticales de la sustancia blanca de los hemisferios cerebrales y, c) necrosis del tálamo, se acepta que estos pacientes no son capaces de experimentar dolor o sufrimiento, ya que han perdido la capacidad cognitiva para procesar y percibir el dolor. Kinney, H. C. y Samuels, M. A. “Neuropathology of the persistent vegetative state. A review.” *Journal of Neuropathology & Experimental Neurology*. Vol. 53. No. 6. Noviembre 1994. Págs. 548 a 558. Y Kinney, H. C. et. al. “Neuropathological Findings in the Brain of Karen Ann Quinlan”. *The New England Journal of Medicine*. Vol. 330. No. 21. Mayo 1994. Págs. 1469 a 1475. Ambos en Campos Romero, J.M. *El estado vegetativo*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 129.

⁴²⁹ Jennett, Bryan y Plum, Fred. “Persistent vegetative state after brain damage: a syndrome in search of a name”. *Lancet*. Vol. 1. No. 7753. Abril 1972. Págs. 734 a 737.

⁴³⁰ Gómez Rubí, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Op. Cit. Pág. 113.

⁴³¹ Multi-Society Task Force on PVS. “Medical aspects of the persistent vegetative state”. *The New England Journal of Medicine*. Vol. 331. No. 20. Noviembre 1994. En <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/7818633> Consultada el 13 de enero de 2009.

⁴³² Esta postura es compartida también por el intensivista español José María Campos Romero, véase Campos Romero, J.M. *El estado vegetativo*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 128. El estado vegetativo persistente (EVP) es un diagnóstico mientras que el estado vegetativo permanente (EV permanente) es un pronóstico. Cal, de la M. A. et. al. “Recomendaciones de la 6ª Conferencia de Consenso de la SEMICYUC. Estado vegetativo persistente postanoxia en el adulto”. *Medicina Intensiva*. Vol. 27. No. 8. 2003. Pág. 545.

Para que un EV sea permanente es preciso que esa situación clínica se mantenga por más de doce meses en los casos de etiología traumática y de tres meses en los anóxicos-isquémicos.⁴³³ Pasados estos plazos la posibilidad de recuperación de la conciencia es muy improbable y menor la de recuperación de la función.⁴³⁴ No obstante, han existido casos de recuperación pasados dichos plazos aunque han estado poco verificados.⁴³⁵ La expectativa de vida según el nivel de cuidados se sitúa entre los 2 y 5 años, siendo extremadamente raros los casos que llegan hasta 10 años. No existe un tratamiento específico, los únicos tratamientos que se pueden aplicar son los de mantenimiento de las funciones vitales y el tratamiento de las complicaciones que se vayan presentando en la evolución.⁴³⁶

Los pacientes en EV permanente se hallan en una situación desconcertante por varias razones: a) No cumplen los criterios de muerte cerebral (tienen reflejos del tronco y respiración espontánea) ni los de muerte cardiopulmonar, en consecuencia, hay que considerarlos como personas vivas; b) han perdido de modo irreversible la conciencia (reconocimiento de sí mismo y del entorno); y c) su expectativa de vida es en la mayoría de los casos muy superior a los seis meses o un año, con lo cual tampoco pueden considerarse enfermos terminales, deben ser incluidos en la categoría de enfermos crónicos no terminales y, por tanto, poner todos los medios terapéuticos y de cuidado

⁴³³ Alcalá Zamora y Montans señalan un tiempo de 90 días para los isquémicos-anóxicos. Alcalá Zamora, J. y Montans, M. *Las secuelas de los medios de soporte vital: Estado vegetativo persistente*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 128. Los tiempos de espera para diagnosticar que el EV es permanente que van de los 3 a los 12 meses son prudenciales, por tanto, no deben ser tomados como categorías absolutas e irrefutables. Cal, de la M. A. et. al. Op. Cit. Pág. 548.

⁴³⁴ El pronóstico vital del EV permanente es malo y el funcional funesto. El pronóstico del traumático es algo mejor que el del isquémico-anóxico. En el primero se puede esperar una mejoría hasta los tres meses de su evolución; mientras que en el segundo, la recuperación parcial es casi inespereable después de los treinta días, a partir de esos momentos sólo varían las cifras hacia un incremento de la mortalidad. Multi-Society Task Force on PVS. Op. Cit. La muerte en los EV permanente no traumáticos se produce por complicaciones respiratorias, fracaso renal o fallo cardiaco. Alcalá Zamora, J. y Montans, M. *Las secuelas de los medios de soporte vital: Estado vegetativo persistente*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 124. En un adulto con EVP de un mes de evolución, la probabilidad de recuperación de la conciencia al año del episodio de anoxia cerebral se ha estimado en 11% con grave discapacidad (consciente pero dependiente), en 3% con discapacidad moderada (discapacitado pero independiente para la vida diaria) y en 1% con mínima discapacidad. Multi-Society Task Force on PVS. Op. Cit. La escala pronóstica de Glaslow es la que se usa para el pronóstico de los enfermos en coma postanóxico, dicha escala comprende: Muerte, EVP, discapacidad grave, discapacidad moderada y buena recuperación. Véase Jenneth, B. y Bond, M. "Assessment of outcome after severe brain damage". *Lancet*. Vol. 1. 1975. En Cal, de la M. A. et. al. Op. Cit. Pág. 547.

⁴³⁵ Hay casos aislados de recuperación neurológica después de los plazos señalados; sin embargo, el paciente queda con graves secuelas por lo que constituyen verdaderas excepciones.

⁴³⁶ Campos Romero, J.M. *El estado vegetativo*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 129. Este autor sostiene que las órdenes de no-RCP como las de no iniciar tratamiento sustitutivo de las funciones vitales o de procesos oncológicos se pueden considerar correctas.

como a cualquier otro proceso patológico.⁴³⁷ De tal forma, la atención de este tipo de pacientes resulta muy complicada para el equipo de salud, por ejemplo, ¿si sufre para cardiorrespiratoria hay obligación de reanimar o no?⁴³⁸

Campos Romero clasifica en cuatro grupos los tratamientos que se les pueden ofrecer a los pacientes en EV, cualquiera de ellos debe justificarse y respetar los cuatro principios éticos ya conocidos.⁴³⁹ Los tratamientos son: 1) Soporte total, se incluye

⁴³⁷ Cfr. Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Págs. 337, 341 y 342. Nuestras obligaciones morales para con las demás personas dependen en gran medida, aunque no totalmente, de las condiciones biológicas en las que se encuentren; por ejemplo, nuestras obligaciones morales para con quienes cumplen los criterios de muerte no son las mismas que para aquellos que nos las cumplen, de modo similar nuestras obligaciones morales no son las mismas para los enfermos agudos o para los enfermos crónicos. Cfr. *Ibidem*. Pág. 341.

⁴³⁸ El EV es una de las situaciones clínicas que más inquietud y desasosiego produce a los médicos, no sólo desde el punto de vista clínico por las graves connotaciones pronósticas de la enfermedad, sino también desde el punto de vista ético por las dudas que se presentan en cuanto a cuál debe ser la conducta en relación a ese tipo de pacientes: ¿Se les puede considerar muertos? ¿Siguen siendo personas? ¿Se pueden suspender tratamientos médicos? ¿Se puede suspender la alimentación y la hidratación? Campos Romero, J.M. *El estado vegetativo*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 127. ¿Qué función es tan importante y especial para la vida humana que al individuo que la pierde se le debe considerar muerto? Veatch, Robert M. "The definition of death: ethical, philosophical and policy confusion". *Annals of the New York Academy Sciences*. Vol. 315. Noviembre 1978. Págs. 307 a 317. Los pacientes en EV permanente van a plantear problemas éticos concretos cuyas soluciones pueden resumirse en tres: Aplicar alguna medida que cese las funciones torácicas, enterrarlos latiendo o mantenerlos como almacenes latientes de órganos para trasplante. Alcalá Zamora, J. y Montans, M. *Las secuelas de los medios de soporte vital: Estado vegetativo persistente*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 126.

⁴³⁹ Campos Romero, J.M. *El estado vegetativo*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 130. Además, en esa obra Campos Romero formula una serie de recomendaciones prácticas para el tratamiento del EVP tales como mantener reuniones con la familia una vez que se tiene el diagnóstico de EVP, tomar decisiones de forma compartida, solicitar ayuda al comité de ética asistencia, conocer los deseos o decisiones del paciente, garantizar una serie de cuidados médicos y de enfermería, no mantener al paciente en UCI, etc. Alcalá Zamora y Montans proponen los siguientes niveles de tratamientos: 1) Máximo esfuerzo terapéutico. 2) Medicación (incluye antibióticos y transfusión de sangre y hemoderivados, atención de complicaciones, etc.). 3) Nutrición e hidratación. Y 4) Cuidados mínimos o de dignidad (aseo, prevención de escaras, etc.). La disminución de nivel de tratamiento en el tiempo es obligada. Además, sostienen que es correcto mantener el nivel de máximo esfuerzo terapéutico hasta establecer el diagnóstico de EV el cual se logra entre los 7 y 14 días desde la agresión y, una vez alcanzado y el paciente no necesite soporte vital, pasar al segundo nivel previa traqueotomía. Cuando se diagnostica el EV permanente recomiendan descender al tercer o cuarto nivel. Alcalá Zamora, J. y Montans, M. *Las secuelas de los medios de soporte vital: Estado vegetativo persistente*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Págs. 125, 127 y 128. Por otra parte, bajo la citada clasificación de tratamientos se hizo una encuesta a 220 médicos intensivistas, 150 médicos de urgencias, 58 enfermeras de UCI, 18 enfermeras de urgencias y 96 alumnos del último curso de medicina en cinco casos diferentes, uno de ellos relativo a EV permanente. Se pedía la elección entre 3 alternativas: 1) Soporte total (intubación, ventilación mecánica y máximo esfuerzo terapéutico). 2) Tratamiento conservador (oxigenoterapia, fisioterapia y movilización de secreciones, antibióticos, broncodilatadores, etc.). Y 3) Medidas paliativas (medidas para evitar el sufrimiento, procurar el confort e higiene). Los resultados en el caso de un paciente en EV permanente por traumatismo tras sufrir un accidente de tráfico un año antes fueron los siguientes: 1) Soporte total, el 7.3% de los médicos intensivistas, el 12.7% de los médicos de urgencias, el 15.5% de las enfermeras de UCI, el 16.6% de las enfermeras de urgencias y el 10.4% de los estudiantes. 2) Tratamiento conservador, el 49.3% de los médicos intensivistas, el 61.3% de los médicos de urgencias, el 46.5% de las enfermeras de UCI, el 61.1% de las enfermeras de urgencias y el 51% de los estudiantes. Y 3) Medidas paliativas, el

ventilación mecánica, diálisis, RCP, etc. 2) Tratamiento conservador, incluye antibióticos, oxígeno, sangre; excluye RCP. 3) Medidas paliativas, comprenden aseo personal, prevención de escaras, hidratación y alimentación. Y 4) Medidas paliativas sin alimentación ni hidratación.⁴⁴⁰

Diego Gracia propone sacarles de esa clasificación e incluirles dentro de la de muerte cerebral ya que al perder de modo total e irreversible la conciencia, se puede

43.4% de los médicos intensivistas, el 26% de los médicos de urgencias, el 37.9% de las enfermeras de UCI, 22.2% de las enfermeras de urgencias y el 38.5% de los estudiantes. Según los resultados de dicho estudio la enorme variabilidad en la toma de decisiones de LET sugiere que las decisiones de limitación de medidas son difícilmente aceptadas por los profesionales, incluso en situaciones de calidad de vida bajo mínimos, como EV permanente o cuando el tratamiento representa vulnerar los deseos previamente expresados por el enfermo. Véase Gómez Rubí, J. A. et. al. “Conflictos éticos en la instauración de la ventilación mecánica: Análisis de la actitud de los profesionales de Cuidados Críticos, Emergencia y Estudiantes”. *Revista Clínica Española*. Vol. 201. No. 7. Julio 2001. Págs. 371 a 377. En http://www.elsevier.es/revistas/ctl_servlet?_f=7016&articuloid=13015705 Consultada el 13 de enero de 2009.

⁴⁴⁰ Como se ha dicho anteriormente también a pie de página, la nutrición y la hidratación normalmente tienden a considerarse más como tratamientos que como cuidados; sin embargo, hay quienes opinan lo contrario. La Congregación para la Doctrina de la Fe se ha pronunciado en el siguiente sentido: Suministrar alimento y agua, incluso por vía artificial es, en principio, un medio ordinario y proporcionado para la conservación de la vida de pacientes en EV; por tanto, mientras se demuestre que cumple con su finalidad es de aplicación obligatoria. De este modo se evita el sufrimiento y la muerte derivados de la inanición y la deshidratación. Véase “Eutanasia solapada”, en <http://www.diocesispalencia.org/cartas/Eutanasia%20solapada.doc> Consultada el 5 de febrero de 2009. Es conocido el principio moral según el cual incluso la simple duda de estar en presencia de una persona viva implica ya la obligación de su pleno respeto y de la abstención de cualquier acción orientada a anticipar su muerte. En consecuencia, la administración de agua y alimento, aunque se lleve a cabo por vías artificiales, representa un medio natural de conservación de la vida, no un acto médico. Discurso de S.S. Juan Pablo II sobre el estado vegetativo y eutanasia en el Congreso sobre Tratamientos de Mantenimiento Vital y Estado Vegetativo el 20 de marzo de 2004, en <http://www.unav.es/capellania/fluvium/textos/lectura/lectura534.htm> Consultada el 5 de febrero de 2009. Las directrices anticipadas no deberán incluir declaraciones que exprese que uno no desea recibir ni agua ni alimento en la eventualidad de que uno sea diagnosticado en un EV permanente. Mindling, J. Daniel. “El Papa S.S. Juan Pablo II: La muerte con dignidad”. <http://www.usccb.org/prolife/programs/rlp/mindling05spfinal.pdf> Consultada el 5 de febrero de 2009. En ese mismo sentido, el profesor de ética médica y director del *Center for Medical Ethics and Health Policy* del *Baylor College of Medicine* en Houston, Texas, Baruch Brody quien sostiene que es ilícito privar a los pacientes en EV permanente de la nutrición y la hidratación. Brody, B. “Cuestiones éticas que plantea el paciente en estado vegetativo permanente”. *The Hastings Center Report*. 1985. Págs. 29 a 47. Consúltese también Congregación para la Doctrina de la fe. “Respuestas a algunas preguntas de la Conferencia Episcopal Estadounidense sobre la Alimentación e Hidratación Artificiales”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. XIX. No. 65. Enero – abril 2008. En Alcalá Zamora, J. y Montans, M. *Las secuelas de los medios de soporte vital: Estado vegetativo persistente*, en Cabré Pericas, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 127. Alcalá Zamora y Montans a su vez, sostienen que los pacientes en EV permanente no experimental sufrimiento y, manteniendo las medidas de dignidad (humidificación de labios y boca, cuidado del aseo personal, etc.), no se producen los síntomas descritos como sequedad y resquebrajamiento de mucosas. Pero se cuestionan si al tomar esa medida ¿el paciente fallece por la supresión de la hidratación y alimentación o por causa de su patología de base? Estos autores consideran que las directrices previas, las voluntades anticipadas, las órdenes de no-RCP o los testamentos vitales son la solución a la gran parte de estos problemas. Véase también S.A. “Reflections on artificial nutrition and hydration colloquium of the Canadian Catholic Bioethics Institute”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. 18. No. 62. Págs. 117 a 121. En <http://www.aebioetica.org/rtf/05-BIOETICA-62.pdf> Consultada el 26 de febrero de 2009.

afirmar que están cerebralmente muertos.⁴⁴¹ Ello supondría cambiar la definición de muerte cerebral que pasaría a ser la pérdida total e irreversible de las funciones neocorticales en vez de la pérdida total e irreversible de las funciones del encéfalo, incluido el tronco encefálico. Se pregunta, además, quién se atrevería a enterrar a una persona que tiene los ojos abiertos, duerme, despierta, le late el corazón... Sin duda nadie, pero afirma que el hecho de que no debemos enterrarlos no quiere decir que estén vivos. En conclusión, considera que en el EV permanente hay más razones que en la parada cardiorrespiratoria para diagnosticar la muerte, aun prohibiendo la inhumación hasta la concurrencia de otro factor que, como en el caso de la muerte encefálica, debería ser la parada cardiorrespiratoria.⁴⁴²

Es generalizada la idea de que los medios de soporte vital pueden sustituir las funciones vegetativas del encéfalo, pero no es posible la sustitución tecnológica de la conciencia, y al ser ésta tan esencial para caracterizar al ser humano, su pérdida significa la muerte del individuo. Sin embargo, la sociedad aun no está preparada para definir, diagnosticar y aceptar una definición de muerte basada en la ausencia irreversible del contenido de la conciencia cuando esta función desaparece aisladamente.⁴⁴³

José Luís Escalante enlista una serie de obstáculos que hacen difícil la aceptación generalizada de una “formulación neocortical de la muerte” en los pacientes en EV permanente: 1) Requeriría un cambio radical en la definición de muerte. 2) Las

⁴⁴¹ La pérdida irreversible de las funciones corticales superiores, la conciencia y las funciones cognitivas son necesarias y suficientes para diagnosticar la muerte. Véase Veatch, Robert M. Op. Cit. Youngner, S. J. y Bartlett E. T. “Human death and high technology: the failure of the whole-brain formulations”. *Annals of Internal Medicine*. Vol. 99. No. 2 Agosto 1983. Págs. 252 a 258. Cranford, R. E. y Smith, D. R. “Consciousness: the most critical moral (constitutional) standard for human personhood”. *American Journal of Law and Medicine*. Vol. 13. 1987. Wikler, D. y Weisbard, A. J. “Appropriate confusion over 'brain death'”. *JAMA*. Vol. 261. No. 20. Noviembre 1989. Pág. 2246. Truog, Robert D. y Flacker, J. C. “Rethinking brain death”. *Critical Care Medicine*. Vol. 20. No. 12. Diciembre 1992. Págs. 1705 a 1713. Wikler, Daniel. “Not dead, not dying? Ethical categories and the persistent vegetative state”. *The Hastings Center Report*. 1998. Págs. 41 a 47. Green, Michael, B. y Wikler, Daniel. “Brain death and personal identity”. *Philosophy and public affairs*. Vol. 9. No. 2. 1980. Págs. 105 a 133. En http://philosophy.rutgers.edu/COURSES/COURSE-SYNOPSIS/SPRING-2008/SYLLABI/249/Green_Wikler.pdf Consultada el 7 de enero de 2009. Todos en Escalante Cobo, José Luís. *La definición de muerte*, en Gafo, Javier (ed.). *Trasplante de órganos: Problemas técnicos, éticos y legales*. Op. Cit. Pág. 67.

⁴⁴² No comparto la postura de Diego Gracia debido a que dos situaciones clínica y médicamente distintas (muerte encefálica y EV permanente) no pueden tener el mismo tratamiento médico, ético y legal. Sin embargo, el factor tiempo si es un factor a considerar para descender en el nivel de tratamiento que se les ofrece a los pacientes en EV permanente.

⁴⁴³ Ibidem. 68 y 70.

funciones cognitivas son difíciles de explorar; además, si el contenido de la conciencia es por naturaleza una experiencia subjetiva, ¿cómo podemos estar seguros de que esta función está preservada o se encuentra ausente? 3) No se cuenta con criterios que incluyan pruebas confirmatorias para confirmar el diagnóstico de EV permanente. 4) Se desconoce con certeza el sustrato morfológico sobre el que se asienta la función conocida como “contenido de conciencia”; por ello, la extensión de la lesión cerebral hemisférica necesaria para diagnosticar la muerte es arbitraria. 5) Dificultad de precisar la irreversibilidad de la pérdida del contenido de la conciencia en el EV permanente. Y 6) Pueden surgir problemas prácticos con respecto a las prácticas necrológicas en pacientes “fallecidos” que todavía respiran, tienen latido cardíaco, pueden tener náuseas, tos y que parpadean.⁴⁴⁴

En suma, la asistencia para el paciente en EV deberá tener en cuenta siempre diversos aspectos, con arreglo al siguiente orden jerárquico: a) La evaluación médica de la irreversibilidad de su estado neurológico y la morbilidad asociada al proceso, incluyendo las secuelas y disfunciones que pudiera acarrear la comorbilidad existente, b) la voluntad del paciente expresada previamente en un documento de voluntad anticipada, c) las opiniones de familiares o personas vinculadas con el enfermo y, d) razones de interés sociosanitario con relevancia en el caso concreto.

Además, en la actualidad no hay alguna directriz profesional sobre EVP que permita la decisión unilateral del médico de limitar el tratamiento de soporte vital basándose en argumentos de futilidad o de recursos sociosanitarios existentes. Sin embargo, en situación irreversible confirmada, sin tratamiento curativo, es posible su limitación; además, ésta tiene justificación ética suficiente y parece legítimo pensar en ella.⁴⁴⁵

3.6 Eutanasia y suicidio médicamente asistido.

En el primer apartado de este capítulo me he valido del tema de la eutanasia y también del suicidio para hacer un análisis introductorio a modo de ejemplificar las posiciones y argumentos éticos que a lo largo de la historia han existido en relación con

⁴⁴⁴ Ibidem. Pág. 69.

⁴⁴⁵ Cal, de la M. A. et. al. Op. Cit. Pág. 550.

el final de la vida humana. Ahora es tiempo de hacer un estudio bioético más profundo tanto de la eutanasia como del suicidio médicamente asistido y, sobre todo, de la relación de éstos con las voluntades anticipadas. Para ello, y a modo de continuar con lo dicho al inicio del capítulo, considero necesario partir del análisis de las mentalidades que se han dado a propósito de la eutanasia. Con ese fin expondré el trabajo que al efecto ha hecho Diego Gracia con el nombre *Historia de la eutanasia*.⁴⁴⁶

Él señala que es a partir de los años sesenta cuando temas tabú en nuestra cultura como la sexualidad y la muerte comienzan a discutirse abiertamente, consecuencia de ello surge lo que se conoce como “revolución sexual” y una nueva cultura de la muerte o, con mayor precisión, del morir.

Considera que las mentalidades que han existido en torno a la eutanasia han sido tres: Ritualizadora, medicalizadora y autonomizadora.

En cuanto a la primera mentalidad, Gracia sostiene que hay momentos de una especial trascendencia cultural como son el nacimiento, la pubertad, el matrimonio y la muerte. La cultura de cualquier pueblo necesita un proceso ritual muy formalizado para adoptar esos momentos, por ello todo grupo social tiene sus propios ritos para cada uno de esos momentos. Por ejemplo, uno de los siete sacramentos, la unción de los enfermos, constituye un rito teológico de paso, es decir, permite un salto cualitativo de una situación a otra, parece ser eutanásico porque su objetivo es ayudar a morir o hacer posible una buena muerte. Los ritos que cada cultura ha configurado en torno a la muerte han tenido como finalidad humanizar el proceso de morir, evitar el sufrimiento, prolongadas y penosas agonías, etc. Parece que las culturas no han encontrado otro modo de humanizar la muerte que acelerando directa y voluntariamente su llegada.

De acuerdo con la segunda mentalidad, Gracia afirma que la medicina occidental ha sido desde sus orígenes una ciencia eutanásica.⁴⁴⁷ Como se ha señalado en el primer apartado de este capítulo, Platón considera que la función del médico en la ciudad es

⁴⁴⁶ Véase Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Págs. 267 y ss.

⁴⁴⁷ Véase Gracia, Diego. “Morir a tiempo. La eutanasia y sus alternativas”. Op. Cit. Págs. 10 y ss. En ese artículo Diego Gracia aborda diversos temas relacionados con la eutanasia, tales como: La construcción cultural de la muerte desde la Grecia clásica hasta nuestros días; la jubilación; la ancianidad; el control en la duración de la vida; el desahucio; el tiempo biológico, psicológico y vital; el proyecto de vida según el pensamiento de Ortega y Gasset; la autonomía del ser humano en Kant; etc.

una función política y, por tanto, estrictamente eutanásica porque las reglas de la medicina han de aplicarse solamente a aquellos cuerpos sanos por naturaleza y en virtud de su régimen de vida han contraído una enfermedad determinada, no así en relación a personas crónicamente minadas por males internos, pues no considera correcto prolongar y amargar su vida, considera que quien no es capaz de vivir desempeñando las funciones que le son propias no debe recibir cuidados por ser una persona inútil para sí misma y para la sociedad.⁴⁴⁸

Por su parte, los *Tratados Hipocráticos* sostienen que la medicina consiste en apartar por completo los padecimientos de los que están enfermos y mitigar los rigores de sus enfermedades, y el no tratar a los ya dominados por las enfermedades, conscientes de que en tales casos no tiene poder la medicina.⁴⁴⁹ De este modo, el desahucio ha sido la práctica eutanásica por antonomasia.

Para dar mayor sustento a su afirmación, cita a Averroes⁴⁵⁰ uno de los médicos más encumbrados de toda la Edad Media. Él dice que la sociedad modelo necesitará a los médicos para diferenciar a quienes tienen un defecto curable de los que poseen otro incurable; el primero será curando en tanto que al segundo se le dejará morir aunque exista la posibilidad de prolongarle la vida mediante la medicación, pero a costa de no poder participar en ninguna de las actividades de la comunidad. Los médicos deben separar del cuerpo (la sociedad) aquellos miembros que están enfermos.

Según la mentalidad medicalizada de la eutanasia, esta consiste en el acto de morir pacíficamente y el arte médico de lograrlo; ese había sido su sentido desde la época del emperador Augusto hasta finales del siglo XIX.

Esta forma de ver la eutanasia y la práctica médica están presentes en muchos pensadores posteriores, tal es el caso de Francis Bacon en *Avance de la ciencia*, Tomás Moro en *Utopía*, Nicolás Paradays en *Oratio de euthanasia naturali*, Karl Friedrich Marx en *De euthanasia medica*, Heinrich Rohlf's en *Geschichte der deutschen Medizin*, Adolf Jost en *Das Recht auf den Tod*, etc.

⁴⁴⁸ Cfr. Platón. *La República*. Libro III. XV. 407 c-e. Op. Cit. Pág. 218.

⁴⁴⁹ Hipócrates. *Tratados Hipocráticos*. Trad. C. García Gual. Gredos. Madrid. 1983. Pág. 111. En Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Pág. 275.

⁴⁵⁰ Averroes. *Exposición de la República de Platón*. Tecnos. Madrid. 1886. Pág. 32. En Ibidem. Pág. 274.

En 1920 el jurista y filósofo Karl Binding y el médico psiquiatra Alfred Hoche publican el libro titulado *Die freigabe der vernichtung lebensunwerten leben* (El permiso para destruir las vidas carentes de valor vital). En él, los autores profesionalizan y medicalizan completamente el concepto, dándole un contenido estrictamente terapéutico. Destruir la vida sin valor vital es sólo un tratamiento sanador y una obra higiénica. Binding estudia los aspectos legales de las prácticas eutanásicas, concretamente las posibles responsabilidades legales de quienes practiquen lo que denomina “muerte asistida” y “el homicidio de los participantes voluntarios”. Para él la decisión de poner fin a la vida de una persona debe ser tomada por el médico general, un psiquiatra, un abogado y el paciente quien puede retirar su consentimiento en cualquier momento. Hoche, por su parte, insiste en que esa política de matar es compasiva y acorde con la ética médica. Invoca el concepto de “muerte mental” en varios tipos de desórdenes psiquiátricos, lesiones cerebrales y retrasos mentales. Dice que matar a esas personas no se puede identificar con el asesinato porque es un hecho permisible y provechoso dado que esas personas ya están muertas. Sostiene que el Estado es un organismo en el que los miembros no valiosos y más débiles deben ser abandonados y expulsados. Las ideas de estos autores tuvieron gran resonancia en Alemania durante el periodo nazi.⁴⁵¹

⁴⁵¹ En el artículo *Hitler's long shade: A contribution to the current debate on the euthanasia* se explica con bastante detalle la aplicación de las ideas eutanásicas de Binding y Hoche en Alemania a partir de 1933, año en que Hitler llega al poder. Se destacan varias acciones encaminadas a la aceptación social de la eutanasia, tales como: La propaganda en revistas y publicaciones que mostraban la vida de personas con deficiencias mentales que vivían cómodamente haciendo la comparación con personas “sanas” que vivían en condiciones de miseria; la disminución terrible y sistemática de la atención a enfermos mentales; el comparativo económico entre el coste de la construcción de una casa de salud mental, o de varias destinadas a la juventud; la publicación en revistas sobre el derecho de los padres de matar a sus hijos minusválidos; creación de comisiones para que tenían el poder para ordenar la vida o la muerte en los niños; la filmación de la película *Ich klage an*, o en su traducción, *Yo acuso* (antecedente de *Mar adentro*), etc. Todas estas acciones tenían por objeto manipular a la población para la aceptación de la eutanasia bajo el argumento siguiente: ¿Por qué la sociedad debe asumir las cargas por la vida humana de personas que precisamente carecen de una vida auténticamente humana? Véase Lugmayr, Martin. “La larga sombra de Hitler: Una contribución al debate actual sobre la eutanasia”. Trad. José María Barrio Maestre. *Cuadernos de Bioética*. Vol. 19. No. 64. 2008. Págs. 147 a 152. ¿Acaso éstas acciones no las hemos vivido de alguna forma o de otra en éstas últimas décadas cuando ya se supone ha terminado el holocausto europeo? Al respecto Robert Spaemann cita al novelista estadounidense Walker Percy, quien escribe: ¿Sabe Usted a dónde conduce el sentimentalismo? A la cámara de gas. El sentimentalismo es la primera máscara de los asesinos. También cita al médico norteamericano Leo Alexander, asesor en los juicios de Nuremberg y participante en la redacción del famoso Código Nuremberg, quien afirma: Todos los que se ocuparon del origen de esos delitos manifestaron con toda claridad que fueron desarrollándose poco a poco a partir de detalles insignificantes. Al comienzo se apreciaban sutiles modificaciones de acento eutanásico en la actitud fundamental. Se empezaba diciendo que hay circunstancias en las que ya no se puede considerar que una persona lleva una vida digna, consideración ésta que es primordial para el movimiento pro eutanasia. En un estadio inicial esa postura se refería solamente a los enfermos graves y

Por último, la mentalidad autonomizadora pone en relieve un elemento olvidado en el debate de la eutanasia: la voluntad del paciente. Hasta la Segunda Guerra Mundial, apunta Gracia, las prácticas eutanásicas se realizaban en la mayoría de los casos sin el consentimiento de quienes la sufrían; además, se basaron en motivos sociales, políticos, médicos, eugenésicos, etc. La voluntariedad del enfermo da un giro a la discusión ya que no interesa, en principio, si el Estado tiene derecho o no a eliminar a los enfermos y minusválidos; sino si existe la posibilidad ética de dar una respuesta positiva a quienes desean morir y piden ayuda para tal efecto.⁴⁵²

La salud puede ser definida como la capacidad de posesión y apropiación por parte del hombre de su propio cuerpo; cuanta mayor sea tal capacidad, mayor salud tendrá; y cuanto menor sea su capacidad, es decir, cuanto más desposeído se sienta de su propio cuerpo, mayor será su enfermedad. El culmen de la desposesión y expropiación del cuerpo lo constituye la muerte. La dialéctica apropiación-expropiación es particularmente importante en el periodo final de la vida de las personas. No hay duda de que la enfermedad mortal va poco a poco expropiando el cuerpo hasta acabar con él. Diego Gracia sostiene que hay expropiaciones peores que la muerte, precisamente porque distorsionan aún más el proceso de apropiación. Es preferible no poder apropiarse nada (morir), que verse obligado a asumir como propio un modelo de vida que se pudiese considerar humillante, indigno o inhumano. Esto explica que a

crónicos. Cada vez se fue ensanchando más el campo de quienes caían bajo esa categoría, y así se extendió a los socialmente improductivos, a los indeseables desde el punto de vista ideológico, a los que eran clasificados como racialmente indeseables. Spaemann, Robert. “¿Matar o dejar morir?” Trad. José María Barrio Maestre. *Cuadernos de Bioética*. Vol. 18. No. 62. 2007. Págs. 110 y 111.

⁴⁵² Parece lógico que los grandes protagonistas de la reivindicación del “derecho de morir” hayan sido los movimientos civiles a favor de la eutanasia de sociedades liberales como la de Estados Unidos. Cfr. Gafo, Javier. *La eutanasia: El derecho a una muerte digna*. Temas de hoy. Madrid. 1989. Págs. 153 a 168. El hombre contemporáneo, especialmente el norteamericano, parece querer ampliar los límites de su autonomía. La muerte, por tanto, debe incorporarse al ámbito de las nuevas libertades. De ahí que el “*right to death with dignity*” signifique un intento de ejercer cierto control sobre el hecho ineludible de morir. Polaino-Lorente, Aquilino. “Ansiedad ante la muerte y actitudes ante la eutanasia. Revisión crítica de un estudio experimental”. *Persona y Derecho*. No. 8. 1981. Pág. 271. El proceso que va desde la muerte a petición hasta la muerte sin ella, por lo demás tiene la misma lógica que el paso de la aceptación social del suicidio a la legalización de la muerte a petición. Ésta última se presenta con la apariencia del derecho a la libre decisión. Pero si se tomara en serio, entonces habría que ejecutar cualquier deseo de morir de un hombre adulto, responsable de sus actos e informado. Esto realmente nadie lo quiere. Siempre se establecerá la restricción de que la eutanasia activa sólo podrá ser admitida cuando los motivos de quienes desean morir sean “racionales”. “Racional” quiere decir la posibilidad de hacer efectiva esa ayuda a quienes deban prestarla. Y para ejecutar esa ayuda a no pocos les bastaría la justificación de una enfermedad incurable. Sin embargo, tal restricción no tiene nada que ver con el principio de autodeterminación, incluso la contradice. Spaemann, Robert. “¿Matar o dejar morir?” Op. Cit. Págs. 111 y 112.

partir de las últimas décadas del siglo XX los enfermos exijan cada vez con mayor rigor respeto a sus propias decisiones sobre el proceso de su muerte.⁴⁵³ A partir de esto, surgen documentos y legislaciones que se ocupan de este tipo de decisiones.

La bioética no sólo se cuestiona si el paciente puede rechazar determinados tratamientos propios a su padecimiento, sino también si puede pedir que se ponga fin de modo directo y activo a su vida. Es decir, si las personas que viven una vida que consideran peor que la muerte pueden poner término a sus sufrimientos (suicidio) o, si están imposibilitadas físicamente para realizarlo, pueden pedir a otras, especialmente médicos, que pongan término a su vida (eutanasia).

El problema de la eutanasia está en el nivel de los principios de no maleficencia y de justicia. Ayudar a otro a quitarse la vida puede ser un acto de beneficencia cuando el paciente solicite esa ayuda o, por el contrario, puede ser maleficente si el paciente es víctima de ese acto por intereses económicos, sociales, familiares, etc.⁴⁵⁴ Sin embargo, la línea divisoria no es tan clara pues la voluntad del paciente no es el único valor implicado, por ello casi ningún sistema jurídico se ha atrevido a despenalizar la eutanasia.⁴⁵⁵ La preocupación de la sociedad de proteger la vida de las personas demuestra que es un problema de justicia.

⁴⁵³ Según Sans-Sabrafen la ciencia médica en las últimas décadas afanosamente se ha ocupado por vencer a la muerte y lograr la inmortalidad de la especie humana; sin embargo, considera que para la vitalidad de las especies y su continuidad es necesaria la existencia de la muerte, por tanto, el objetivo básico de la medicina no sólo es el mantenimiento de la vida, sino también todos los requerimientos humanos y científicos que necesitan las personas que se hallan en el período que antecede a la muerte o se están muriendo. Sería grave que las pretensiones científicas de inmortalidad se uniformaran porque conduciría a una despersonalización progresiva de la muerte. Véase Sans-Sabrafen, Jordi. “Entre la muerte inevitable y la búsqueda de la inmortalidad”. *Medicina Clínica*. Vol. 119. No. 3. 2002. O bien, Sans-Sabrafen, Jordi. “Entre la muerte inevitable y la búsqueda de la inmortalidad”. *Jano*. Vol. LXV. No. 1495. Noviembre 2003.

⁴⁵⁴ La fundadora y directora del *McGill Centre for Medicine, Ethics and Law* en Montreal, Margaret Somerville, engloba los problemas del suicidio médicamente asistido y de la eutanasia porque sostiene que los valores éticos compartidos de nuestra sociedad al respecto son básicamente los mismos en ambos casos. Cfr. Somerville, Margaret. “The song of death: The lyrics of euthanasia”. *The Journal of Contemporary Health Law and Policy*. Vol. 9. No. 1. 1993. Pág. 75. En Siturana, Juan Carlos. “Lo que ya compartimos sobre la eutanasia”. *Jano*. Vol. 68. No. 1561. 2005.

⁴⁵⁵ Los argumentos esgrimidos para fundamentar la negativa a aceptar la despenalización tanto de la eutanasia como del suicidio médicamente asistido son tres: 1) El que afirma que la vida humana es inviolable. 2) El que se basa en la “pendiente resbaladiza” (efectos indeseables de la despenalización). Y 3) La carencia de los cuidados paliativos. En la actualidad solamente en Suiza se permite en suicidio asistido; en el estado norteamericano de Oregon, el suicidio médicamente asistido; en Bélgica, la eutanasia y; en Holanda tanto la eutanasia como el suicidio médicamente asistido. Sobre el argumento de la “pendiente resbaladiza” véase Sánchez, Miguel. *Calidad de vida de enfermos terminales y eutanasia*, en Urraca Martínez, Salvador (ed.). Op. Cit. Pág. 367. Según el médico español miembro de la Academia Pontificia para la vida, Gonzalo Herranz, la despenalización de la eutanasia provocará una decadencia

A partir de los sesenta y cinco años el hombre va sufriendo una serie de muertes progresivas, laboral, social, familiar... hasta llegar a un estado de invalidez y dependencia, en muchos casos considerando que esa situación es peor que la propia muerte. Gracia concluye diciendo que la sociedad tiene obligación moral de reparar tremenda injusticia haciendo todo lo que esté en sus manos, pues hay muchas cosas que se pueden hacer: La compañía, la amistad, la psicoterapia, la medicina paliativa, etc. Probablemente si todos estos métodos se pusieran en práctica nadie pediría morir; pero cuando no es así, dice, es dudosa la legitimidad moral para negarles una muerte rápida y digna.⁴⁵⁶ La eutanasia propiamente dicha, es decir, actuar en el cuerpo de otra persona

ética progresiva; además, destaca varias situaciones que se vivirían en caso de tal despenalización: 1) La eutanasia será un tratamiento que sólo podría aplicarse en situaciones clínicas extremas reguladas estrictamente por la ley. 2) La reiteración de casos irá privando a la eutanasia de su carácter excepcional. 3) La eutanasia le ganará falazmente la batalla a los cuidados paliativos por ser más indolora, rápida, estética y económica. 4) La eutanasia se convertiría en un derecho que el paciente puede exigir y, para las personas más próximas, en una salida cómoda, sencilla, y que ahorra tiempo y esfuerzo. 5) Para aquellos profesionales que acepten la eutanasia voluntaria, la involuntaria se convertiría, por razones de coherencia moral, en obligación indeclinable. Y 6) Se generalizará ese concepto a otros enfermos y la eutanasia sustituirá a la medicina. Cfr. Prólogo escrito por Gonzalo Herranz en Fibla, Carla. *Debate sobre la eutanasia*. Planeta. Barcelona. 2000. Págs. 11 y ss. Por su parte, Diego Gracia sostiene que el interés mediático y político en cuanto a la eutanasia no es parejo que el que se refleja en las revistas especializadas como las de ética y bioética. Gracia, Diego. “Morir a tiempo. La eutanasia y sus alternativas”. Op. Cit. Pág. 10. Para Spaemann, dos han sido los factores que han contribuido al renacimiento del pensamiento eutanásico y la exigencia de su despenalización: 1) Las nuevas prácticas de prolongación de la vida y, consecuencia de esto, la eclosión de los costes sanitarios. Y 2) La mentalidad propia de la civilización occidental que considera que el fin último de la vida es pasarla bien y, por tanto, el más alto deber moral estriba en optimizar el mundo mediante el incremento de la cantidad de sensaciones placenteras. Para él, los argumentos en los que se basa la petición de despenalización son dos y son opuestos entre sí: a) Que los hombres son personas y, por tanto, con autodeterminación incondicional; y b) determinados seres humanos no son personas y, por tanto, han de sobrellevar su eliminación por su propio interés o por el interés de otros. La eutanasia activa es el reverso de un activismo que hace algo hasta el último momento y, de no conseguirse que la persona viva, entonces hay que hacer que muera. Spaemann, Robert. “¿Matar o dejar morir?” Op. Cit. Págs. 108, 112, 114 y 115. Azucena Couceiro y Pablo Simón hicieron un estudio bastante detallado sobre la situación legal de la eutanasia y del suicidio asistido en Holanda y en Estado Unidos, en él explican todo el proceso judicial en ambos países, las resoluciones judiciales que se han dado, las comisiones que se integraron, los informes que al efecto se rindieron y su repercusión en el ámbito internacional. Simón Lorda, Pablo y Couceiro Vidal, Azucena. *La eutanasia en Holanda y el suicidio asistido en EEUU*, en Urraca Martínez, Salvador (ed.). Op. Cit. Págs. 137 a 168.

⁴⁵⁶ Una sociedad civilizada y decente no puede descuidar sus obligaciones de justicia y no maleficencia con los enfermos y ancianos hasta el punto de colocarles en situaciones que les hacen preferir la muerte y después atender solícitamente su petición. Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Pág. 310. Considero que la importancia de los cuidados paliativos y de la atención médica en pacientes con alguna enfermedad terminal o padecen un dolor o sufrimiento insoportable a causa de una enfermedad ha tenido mucha fuerza en el debate bioético cuando se discute la conveniencia o no de despenalizar la eutanasia y el suicidio médicamente asistido. Al efecto, comparto las palabras de Elizari Basterra cuando dice que una ley permisiva no es la prioridad ya que no enfocarse en la atención y cuidados que reciben las personas al final de su vida, tal como lo hace gran parte de la sociedad y los medios de comunicación, constituye una inmoralidad; sería como comenzar la casa por las ventanas. La posición de ese autor se sintetiza en dos afirmaciones: 1) Los cuidados paliativos están excesivamente marginados del debate jurídico. Y 2) Los intentos de despenalización no son éticos si previamente no se pone esmero en los

con la intención directa de poner fin a su vida a petición explícita de esta, será simplemente una excepción y que lo realmente importante no es la excepción sino la regla.⁴⁵⁷

La palabra “eutanasia” proviene del griego *eû*, lo bueno; y *thanatos*, muerte; por tanto, significa buena muerte. Sin embargo, tal como ha quedado de manifiesto, ha sido utilizada en muchos sentidos provocando una confusión generalizada. Lo que originalmente se refería a los deberes del médico de hacer más fácil y confortable la agonía, posteriormente se usó como sinónimo de “muerte piadosa” para referirse al acto de provocar la muerte de una persona que sufre directa y deliberadamente para aliviar su dolor.

La inquietud de la sociedad en general por discutir el tema de la eutanasia, la exigencia en reconocer la voluntad del individuo en la toma de decisiones, el afán democrático y la explosión de los derechos fundamentales han sido factores que han provocado que la eutanasia sea un concepto polisémico y, además, íntimamente vinculado con las voluntades anticipadas.

En relación al tema central de esta investigación, por eutanasia puede entenderse a toda conducta realizada por un médico, u otro profesional sanitario bajo su dirección,

cuidados paliativos. Los cuidados paliativos son un magnífico aliado del bienestar y de la libertad de la persona en la fase final de la vida. En el mismo sentido, la OMS en su programa de los cuidados paliativos, ha pedido a los gobiernos que no piensen en legislar a favor del suicidio médicamente asistido y de la eutanasia mientras no estén satisfechas las necesidades de sus ciudadanos con servicios de cuidados paliativos. Cfr. Elizari Basterra, Francisco Javier. *Eutanasia*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 345 y ss. En palabras de Diego Gracia, en el momento actual hay dos posturas extremas de perfiles muy marcados. La primera, a favor de la eutanasia que se desentiende de los cuidados paliativos y; la segunda, ha promovido estos y no quieren oír hablar de eutanasia. En este sentido, el paliativismo y la eutanasia son en alguna medida dos estrategias no sólo distintas sino contrapuestas. Las posturas mayoritarias son las intermedias, es decir, aquellas que consideran que hay que mejorar las condiciones de las personas que están en situaciones peores que la muerte, sobre todo las de los enfermos terminales, y que además estarían dispuestas a justificar la eutanasia o el suicidio asistido en situaciones excepcionales. Gracia, Diego. “Morir a tiempo. La eutanasia y sus alternativas”. Op. Cit. Pág. 10. Él se ubica en este tipo de posturas intermedias. El intensivista y bioeticista español Koldo Martínez describe esa misma situación al asegurar que la sociedad está dividida en tres grupos: Un grupo minoritario que considera a la eutanasia como al suicidio médicamente asistido como prácticas siempre aceptables, otro grupo minoritario que las considera siempre inaceptables, y un tercer grupo mayoritario en el que su aceptación depende de la presencia de determinados factores de los enfermos. Además, señala dos aspectos muy importantes: Cuanto menor es la responsabilidad del profesional en la toma de decisiones, mayor es su apoyo a la despenalización de esas prácticas y; los medios parecen sentirse más confortables con el suicidio médicamente asistido, mientras que los ciudadanos parecen preferir la práctica de la eutanasia. Martínez-Urionabarrenetxea, Koldo. “Sobre la moralidad de la eutanasia y del suicidio asistido”. *Revista de Calidad Asistencial*. Vol. 20. No. 7. 2005. Pág. 405.

⁴⁵⁷ Gracia, Diego. “Morir a tiempo. La eutanasia y sus alternativas”. Op. Cit. Pág. 10.

que causa de forma directa la muerte de una persona que padece una enfermedad o lesión incurable de acuerdo con los conocimientos médicos actuales, la cual le provoca un padecimiento insoportable que le llevará en poco tiempo a la muerte. Esa conducta tiene la intención de librarle de su padecimiento, procurarle un bien y respetar la voluntad del paciente expresada de forma libre y reiterada.⁴⁵⁸

Cuando se abordó el concepto de futilidad, se dijo que esta suele relacionarse con la eutanasia porque se piensa que la interrupción de las medidas de soporte vital tiene un propósito eutanásico, pero ya se ha concluido que no es así. Sin embargo, erróneamente en el término “eutanasia” se articulan toda serie de actos u omisiones relacionadas con el fin de la vida humana,⁴⁵⁹ por ello ha surgido una amplia gama de adjetivos en forma de binomios: activa/pasiva, directa/indirecta, positiva/negativa y

⁴⁵⁸ Cfr. Declaración del Instituto Borja de Bioética “Hacia una posible despenalización de la eutanasia”. En http://www.asociacionbioetica.com/documentos/Eutanasia-IBB_URL.pdf Consultada el 21 de enero de 2009. La definición que propone ese instituto excluye el suicidio médicamente asistido, enfermedades irreversibles que no conducen a la muerte inminente y conductas que pretenden evitar el encarnizamiento terapéutico o que son consideradas como fútiles. Además, la intención de esa declaración es dar algunos argumentos a favor de la despenalización de la eutanasia una vez que concurran ciertos requisitos, los cuales son: 1) Que la enfermedad conduzca a la muerte en un plazo razonablemente corto. 2) Que el sufrimiento sea insoportable. 3) Que se dé cumplimiento a la voluntad del enfermo. 4) El asesoramiento sanitario amplio e interdisciplinario previo a la decisión. Y 5) Contar previamente con el visto bueno del Comité de Ética Asistencial y, una vez realizado el acto, notificar a la autoridad para comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos. En relación a la definición de eutanasia, Elizari Basterra señala cinco elementos comunes en las definiciones que se dan en torno a ella: 1) Se busca la muerte de una persona. 2) La persona que solicita se le prive de la vida debe cumplir determinado perfil, que sea un enfermo desahuciado o incurable y padezca sufrimientos insoportables; en ocasiones se hace alusión también a una enfermedad terminal, pero no hay uniformidad en ese criterio. 3) El modo de provocar la muerte que sea directo. 4) El móvil de la acción reside en acabar con los sufrimientos del paciente. Y 5) El agente de la muerte normalmente es el médico o algún otro miembro del equipo sanitario bajo dirección de aquél. Cfr. Elizari Basterra, Francisco Javier. *Eutanasia*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 350 a 352. Javier Gafo por su parte define a la eutanasia como la *acción* médica que tiene como consecuencia primera y primaria la supresión de la vida del enfermo próximo a la muerte, y que lo solicita. Gafo, Javier. *10 palabras clave en bioética*. 4ª ed. Verbo Divino. Navarra. 1998. Pág. 100. Otro tipo de definiciones equiparan las omisiones a las acciones así, por ejemplo, Aquilino Polaino define a la eutanasia como el conjunto de acciones u omisiones que por su naturaleza e intención, causan la muerte con el fin de suprimir cualquier dolor. Polaino-Lorente, Aquilino. “Ansiedad ante la muerte y actitudes ante la eutanasia. Revisión crítica de un estudio experimental”. Op. Cit. Pág. 271

⁴⁵⁹ Según la filósofa y bioeticista australiana Helga Kuhse hay una coincidencia generalizada de criterio de que tanto las omisiones como las acciones pueden constituir eutanasia. El debate de la eutanasia se centra en las acciones y omisiones intencionadas, es decir, en la muerte ocasionada de manera deliberada y consciente en una situación en la que el agente podría haber obrado de otro modo. Apoyando la postura adoptada en este trabajo, señala la necesidad de unos criterios para distinguir entre omisiones permisibles y no permisibles de medios para mantener a una persona con vida, ya que no todos están de acuerdo en que la interrupción de un tratamiento extraordinario o desproporcionado (no indicado) constituya un caso de eutanasia pasiva. En este orden de ideas, el administrar una inyección letal o retirar medidas ordinarias (indicadas) son casos de terminación intencionada de la vida; en consecuencia, retirar medidas extraordinarias (no indicadas) y permitir morir al paciente, no lo es. Cfr. Kuhse, Helga. *La eutanasia*, en Singer, Peter (ed.). *Compendio de ética*. Alianza. Madrid. 1995. Págs. 408 a 412

combinaciones entre ellos.⁴⁶⁰ También son utilizados neologismos, tales como: Distanasia, para referirse a la prolongación artificial de la vida biológica de un paciente con enfermedad terminal o irreversible; ortotanasia, para aludir a la muerte en el momento biológico adecuado y; cacotanasia, que se refiere a acelerar deliberadamente la muerte de un enfermo sin que este haya expresado su voluntad.⁴⁶¹ En este sentido, conviene fijar una postura al respecto.

Para evitar confusiones terminológicas innecesarias que conlleven a problemas o conflictos éticos inexistentes cabe establecer las siguientes premisas aplicables en la actualidad en relación con las voluntades anticipadas:

1) Sólo se puede hablar de eutanasia a la acción directa de poner fin a la vida de una persona que lo solicita en el ejercicio de su derecho de autodeterminación (con total libertad, competencia, información y responsabilidad) por padecer una enfermedad terminal, incurable o irreversible que le producen dolores o sufrimientos insoportables.⁴⁶²

⁴⁶⁰ Albert R. Jonsen señala la distinción entre eutanasia voluntaria, no voluntaria e involuntaria; la primera, consiste en la solicitud de muerte que hace el paciente de manera consciente y deliberada; la segunda, se refiere a situaciones en las que el paciente está incapacitado para tomar decisiones y, por tanto, no hace ninguna solicitud y; la tercera, es cuando se causa la muerte del paciente en contra de su voluntad. Esta última siempre ha sido condenada y la primera es el objeto de la mayoría de los debates en la actualidad. Cfr. Jonsen, Albert R. "Ética de la eutanasia". *Humanitas. Humanidades Médicas*. Vol. 1. No. 1. Enero – marzo 2003. Pág. 108. Esa misma distinción la hace Helga Kuhse en Singer, Peter (ed.). *Compendio de ética*. Op. Cit. Págs. 406 a 408. Hans Küng considera adecuado que los médicos hagan una distinción conceptual entre eutanasia activa y pasiva; sin embargo, en la práctica son cada vez más las zonas grises entre ellas. Küng, Hans y Jens, Walter. *Morir con dignidad: Un alegato a favor de la responsabilidad*. Trad. José Luís Barbero. Trotta. Madrid. 1997. Pág. 42.

⁴⁶¹ Hans Küng señala tres cuestiones indiscutibles en relación con la eutanasia: 1) El rechazo moral a toda forma de eutanasia impuesta, una pseudo-ayuda a morir o una pseudo-eutanasia. 2) La aceptación ética responsable de una auténtica ayuda a morir o eutanasia sin acortamiento de la vida. En la actualidad es moralmente aceptado que el paciente reciba medicamentos que le ayuden a soportar los dolores corporales, además de psicofármacos que le permitan superar emocionalmente el último tramo de la vida. Tal eutanasia no encuentra reparos jurídicos, es éticamente responsable y médicamente indicada. La conservación de la vida debe conjugarse con la atenuación de los dolores y el mantenimiento de la libertad. Salvar la vida no significa alargar la muerte. Y 3) La aceptación éticamente responsable de la ayuda a morir pasivamente o eutanasia con acortamiento de la vida como efecto secundario. Es una ayuda indirecta a morir mediante la interrupción de una prolongación artificial de la vida. Nadie está obligado moralmente en una situación determinada a aceptar que se le practique cualquier operación o tratamiento que pueda alargarle la vida. Es una eutanasia en la que el médico permanece pasivo y el acortamiento de la vida se sigue indirectamente. Al respecto, concluye que sí es vivamente discutida la ayuda a morir activa o eutanasia activa que pretende directamente acorta la vida. Cfr. *Ibidem*. Págs. 32 a 35.

⁴⁶² En este punto coinciden Azucena Couceiro y Pablo Simón. Véase Simón Lorda, Pablo y Couceiro Vidal, Azucena. *La eutanasia en Holanda y el suicidio asistido en EEUU*, en Urraca Martínez, Salvador (ed.). Op. Cit. Pág. 140.

2) La voluntariedad en el paciente es un requisito *sine qua non* en la eutanasia; sin él, el acto sería un homicidio por razones médicas, culturales, políticas, económicas, etc.⁴⁶³

3) La LET no es un tipo de eutanasia por omisión; porque en aquella se retiran o no se inician tratamientos destinados a prolongar la vida, ya sea por indicación médica o por solicitud del paciente, por considerarlos inútiles (fútiles) o maleficentes (no indicados o contraindicados); además, el resultado fatal sobreviene por la patología que el paciente sufre, no hay intención de terminar con la vida del paciente sino de no hacerle daño por aplicar tratamientos que en otras situaciones se considerarían indicados. La consecuencia de la LET es lo que se ha llamado últimamente como ortotanasia.

4) No aplicar tratamientos considerados médicamente indicados a un enfermo con altas probabilidades de éxito con el fin de que la enfermedad siga su curso natural hasta que produzca la muerte, aun con el consentimiento del enfermo, se asemeja a la eutanasia (la llamada eutanasia pasiva), pero todavía más al homicidio por incumplimiento de un deber o simplemente al suicidio.⁴⁶⁴

5) La eutanasia es una y consiste dar fin a la vida de una persona que lo solicita y cumple con determinados requisitos; por tanto, no es preciso añadir adjetivos tales como: voluntaria, involuntaria, directa, indirecta, activa, pasiva, etc.⁴⁶⁵

⁴⁶³ En relación con este asunto tan controvertido, el Informe Rimmelink (producto de la Comisión Rimmelink creada en 1990 para el estudio de la eutanasia en Holanda), sostuvo que para entender la eutanasia tal y como es practicada en ese país es esencial saber que la solicitud por parte del paciente no es la única base en la que se apoya la decisión del médico ya que debe existir, además, la convicción en este de que la eutanasia es la única salida aceptable para el sufrimiento del paciente. También afirma que los propios médicos son agentes morales responsables y no meros instrumentos de la voluntad del paciente; por tanto, la eutanasia se basa en los principios de autonomía y beneficencia. Sin embargo, dicho informe afirma que si bien el deseo autónomo del paciente y su sufrimiento son condiciones para dicho acto, en caso de extremo sufrimiento está justificado acabar con la vida del paciente aunque este no lo haya solicitado explícitamente. Cfr. Van Delden, J. J. M. et al. "The Rimmelink Study. Two years later". *The Hasting Center Report*. Vol. 23. No. 6. Noviembre 1993. En <http://www.articlearchives.com/government-public-administration/government-bodies-offices/1025165-1.html> Consultada el 23 de enero de 2009.

⁴⁶⁴ Para Aquilino Polaino, el término eutanasia pasiva es un término gastado, vago y difuso; por ello, es preferible usar el de "muerte natural" u otro similar que ofrezca menos confusión o al menos con mejor estimación en la práctica. De este modo, "eutanasia" quedaría reservado solamente a otras condiciones que él considera antinaturales. Cfr. Polaino-Lorente, Aquilino. "Antinaturalidad y eutanasia". *Persona y Derecho*. No. 2. 1975. Pág. 425.

⁴⁶⁵ En el debate bioético actual ha quedado desfasado el uso de adjetivos o de neologismos para referirse a la eutanasia. La eutanasia es una y consiste en la realización de un acto deliberado para producir la muerte

6) No se puede debatir la moralidad o licitud de la eutanasia si antes la sociedad, la medicina, la ética y el derecho no hay garantizado unos mínimos decentes en la atención integral del enfermo terminal o incurable.

De acuerdo a lo que se ha dicho hasta ahora, es posible revisar algunas posturas en torno a la moralidad de la eutanasia y, además, analizar la conveniencia o no de contemplar dicho acto en un documento de voluntades anticipadas.

En primer lugar, el polémico teólogo católico Hans Küng⁴⁶⁶ formula una serie de interrogantes respecto al tema: ¿Pertenece a una muerte digna el que una persona pueda disponer, si es capaz de ello en alguna medida, sobre el momento, modo y manera de muerte? Y desde la perspectiva cristiana: ¿Tiene el hombre algún derecho a disponer por sí mismo sobre el ser o no ser de su vida? ¿Existe un derecho a la autodeterminación tanto en la vida como en la muerte? ¿Le está permitido a una persona disponer de su vida cuando está próxima su muerte?

Küng inicia su razonamiento diciendo que nadie ha de ser obligado ni animado a morir de determinada manera o época, pero tampoco se puede obligar a alguien a seguir viviendo en cualquier circunstancia. El derecho a prolongar la vida no es de cumplimiento obligado, el derecho a la vida no es imposición de la vida.

Es de todo urgente una regulación jurídica de este tema y es responsabilidad de médicos y juristas elaborarla. Unas normas jurídicas claras podrían despejar los miedos existenciales de muchas personas y contribuir a evitar conflictos de conciencia a muchos médicos. Según su postura crítica, es falso identificar sin más con el asesinato cualquier forma de eutanasia activa, como si se tratase de un acto de violencia impuesto al enfermo contra su voluntad y no de un “acto de gracia” pedido expresamente por el interesado. Precisamente porque la persona humana es persona y lo sigue siendo siempre, también cuando está mortalmente enferma o moribunda, tiene derecho a una

de un paciente que experimenta como insoportable su enfermedad y que ha solicitado de forma reiterada, clara, informada, libre y capaz que se ponga fin a su vida. Todo tipo de adjetivos o “distinciones” ha sido un auténtico lastre en el escenario ético y jurídico sobre la eutanasia. Cfr. Carta enviada por Pablo Simón-Lorda al editor de la revista Medicina Clínica el 25 de septiembre de 2006. En <http://www.bioetica-debat.org/modules/news/article.php?storyid=109> Consultada el 8 de junio de 2009.

⁴⁶⁶ Cfr. Küng, Hans y Jens, Walter. Op. Cit. Págs. 36 y ss.

muerte y a una despedida digna de seres humanos, no sólo a una vida digna como persona.

En siglos pasados lo importante era la protección contra un acortamiento prematuro de la vida, pero en la actualidad ocurre lo contrario, es decir, evitar una prolongación exagerada de la vida, ya sea porque el paciente se crea con derecho para solicitarla, o los familiares la exijan a toda costa, o el médico la imponga al moribundo. No es de extrañar que muchas personas tengan miedo no sólo al dolor y al sufrimiento, sino además a quedar atrapadas en un sistema médico tecnificado, a la dependencia total y a la pérdida de control sobre el propio yo, drogadas a la fuerza de calmantes, en sopor, ya sin pensar ni beber ni vivenciar nada.

Con la libertad Dios ha confiado a los hombres el derecho a la plena autonomía la cual no equivale a arbitrariedad, sino a decisión de conciencia. La autonomía incluye siempre responsabilidad propia y ésta, a su vez, tiene un componente social (respeto a los demás), además del individual. Tal responsabilidad respecto al comienzo y final de la vida humana ha adquirido una nueva dimensión, la humanidad se halla en una época nueva para la cual no podemos sin más buscar simples recetas en la Biblia. Una ética que procure ser fiel a la Escritura y a la época ha de repensar su posición en esos temas.

En este orden de ideas, cita al teólogo protestante Harry H. Kuitert para señalar algunas condiciones compartidas en cuanto a una legítima eutanasia: 1) La solicitud ha de hacerla el propio enfermo personalmente, no los familiares o personal que lo atiende. El médico le ha de constar que es una solicitud adecuada, meditada y consistente. 2) El estado vital insoportable y doloroso ha de justificar esa solicitud. 3) La eutanasia está reservada sólo al médico, que podrá ayudar a una muerte dulce y no fracasada o dolorosa. 4) El médico ha de consultar previamente con un colega sobre la seriedad de la solicitud, el acierto en la apreciación del estado del paciente y la mejor forma de llevar a cabo responsablemente la terminación de la vida. Y 5) El médico habrá de redactar un informe sobre estas condiciones.

Finalmente, él se sitúa en una posición que denomina: “media, cristiana y humanamente responsable” entre un libertinaje religioso (derecho ilimitado a la muerte voluntaria) y un rigorismo reaccionario desprovisto de compasión (aun lo insoportable

hay que soportarlo por provenir de Dios). Así como Dios ha dado libertad al hombre y, por tanto, le exige responsabilidad, también el ser humano moribundo tiene responsabilidad sobre la decisión en conciencia sobre el modo y momento de su muerte, una responsabilidad que nadie le puede arrebatar. La gracia de Dios y la libertad humana no se excluyen mutuamente, tampoco la predestinación divina y la autodeterminación humana. La autodeterminación es delimitación frente a los demás.

Coincide con Diego Gracia cuando afirma que además de un tiempo de vivir hay un tiempo de morir y uno no debe pretender retrasarlo artificial y angustiosamente. No se puede reducir la cuestión de la muerte humanamente digna a la pregunta por la eutanasia, pero tampoco se puede seguir prescindiendo de ella. Cada ser humano muere en una primordial soledad su muerte propia y original. De este modo Küng está a favor de la eutanasia, no guiada puramente por la autonomía del paciente sino, además, por el beneficio que se le pretende hacer al evitarle sufrimientos innecesarios por el avanzado estado de su enfermedad, destacando que la tarea teológica para con los moribundos no es la espiritualización o mitificación del sufrimiento, ni su aprovechamiento pedagógico (purgatorio sobre la tierra), sino más bien reducir y eliminar el sufrimiento en lo posible siguiendo las huellas del Jesús sanador de los enfermos.⁴⁶⁷

Por otra parte, para Diego Gracia⁴⁶⁸ la vida no puede establecerse con criterios meramente físicos o biológicos sino morales y biográficos. El tiempo de la vida humana es el tiempo biográfico. Cuando ese tiempo se ha cumplido, cuando alguien ha cumplido con su proyecto de vida (ha alcanzado la plenitud en sentido aristotélico), o también, cuando por las causas que sean ya no puede llevarlo más a cabo, no puede decirse que no tenga derecho a una muerte rápida y a una muerte digna.

La autogestión del final de la vida tiene grados, el primero consiste en decidir sobre las acciones que vayan a realizarse en el propio cuerpo, aun en el caso de que procedan de profesionales y tengan por objeto promover la vida y la salud. Eso es lo que ha dado lugar a la doctrina del consentimiento informado. También existe la posibilidad de emitir la voluntad ante acontecimientos futuros por medio de los documentos de

⁴⁶⁷ La idea de dignidad humana en Küng consiste en la capacidad de decidir el momento oportuno de la propia muerte.

⁴⁶⁸ Cfr. Gracia, Diego. "Morir a tiempo. La eutanasia y sus alternativas". Op. Cit. Pág. 17.

voluntades anticipadas, o bien por el nombramiento de sustitutos que puedan decidir cuando la persona ya no está en condiciones de hacerlo. Por ello, resulta imposible prohibir un espacio de autogestión de la vida y de la muerte de las personas.

Sin embargo, como lo hace ver Gracia, no hay duda de que el espacio de autogestión habrá de tener límites, pero en la definición de esos límites deberá de participar toda la sociedad. No son los médicos, ni los jueces, ni tampoco los sacerdotes los que han de establecerlos, esos límites los hemos de marcar todos.⁴⁶⁹

Además, lo deberes primarios para con la vida que existen y se nos imponen hoy, a diferencia de otras épocas, son dos: Conseguir que todo el mundo goce de un tiempo biológico para llevar a cabo su proyecto de vida, por ejemplo, canalizando los recursos económicos en la prevención de enfermedades que provocan muertes prematuras y; restringir la utilización de medios extraordinarios o desproporcionados y técnicas de soporte vital cuando la vida biológica se prolonga más allá de la vida biográfica, limitando las actuaciones a los cuidados básicos y las medidas de confort.

Bajo esa misma línea está el filósofo del derecho Ronald Dworkin quien también se ha ocupado de estudiar con profundidad dos de los temas bioéticos más complicados de la medicina y del derecho contemporáneo: el aborto y la eutanasia.⁴⁷⁰ En su libro *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*,⁴⁷¹ analiza diversos argumentos filosóficos y prácticos que se han formulado principalmente en las últimas décadas del siglo XX.

⁴⁶⁹ No todo es autónomo en el hombre, la propia autonomía humana tiene un límite heterónimo. El ser humano no se da a sí mismo su propia vida, sino que la recibe, le viene dada. De ahí que tampoco esté de todo claro que se la pueda quitar. El ser humano puede disponer de su vida (gestión de la vida y de la muerte) pero no de modo absoluto. La gestión de la muerte tiene un límite fijado prudencialmente por nuestra sociedad que consiste en respetar la autogestión y prohibir la heterogestión. Todo ser humano tiene derecho de gestionar, al menos dentro de ciertos límites, su vida y su muerte, por ello es necesario tener un procedimiento que permita conocer con antelación la voluntad de las personas en situaciones críticas o terminales. Esto permitiría un mayor respeto a los derechos humanos de las personas; además, incrementaría la calidad técnica y humana de las instituciones sanitarias Cfr. Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Págs. 305 y 309.

⁴⁷⁰ El aborto es una pérdida en el inicio de la vida humana, la muerte sobreviene antes de que la vida en serio haya comenzado. La eutanasia es el otro extremo de la vida, consiste en la muerte después de que la vida en serio ha terminado. Cfr. Dworkin, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ariel. Barcelona. 1994. Pág. 233.

⁴⁷¹ Idem.

En lo que toca a la eutanasia, afirma que las batallas en este tema no son tan encarnizadas ni de tanta trascendencia política como las relativas al aborto.

Dworkin sostiene que es muy popular la idea de que no es de incumbencia del Estado dictar lo que sus ciudadanos deben pensar acerca de los valores éticos y espirituales. Dice que hace algunos siglos las personas se mataban unas a otras porque creían que algunas formas de herejía o de incredulidad eran demasiado perversas y constituían un gravísimo insulto a la base fundamental del orden moral como para que pudieran ser toleradas. Ahora creemos que es una forma terrible de tiranía, destructora de la responsabilidad moral, que la comunidad imponga a los individuos artículos de fe espiritual o de convicción.

En el tema que nos ocupa inicia planteando dos cuestionamientos: a) ¿Se satisfacen los mejores intereses del paciente al mantenerlo vivo, por ejemplo, en un estado de coma? Y b) ¿es inmoral dejar morir a dicho paciente, incluso si satisfacen sus mejores intereses, porque el respeto por la santidad de la vida humana requiere que se haga todo el esfuerzo necesario para prolongar la vida? Si a la primera pregunta se responde de modo afirmativo, los médicos tienen una razón que él llama de carácter derivado para no retirar las medidas de soporte vital, es decir, presupone y se deriva de derechos e intereses que tienen todos los seres humanos.⁴⁷² Si se responde afirmativamente a la segunda pregunta, los médicos tienen una razón de carácter autónomo para no retirar el soporte vital, es decir, no depende o presupone ningún interés o derecho particular.⁴⁷³

A partir de esto sigue preguntándose: ¿Debería cualquier comunidad política hacer de los valores intrínsecos objeto de decisión colectiva en lugar de dejarlos a la

⁴⁷² Esto es lo que Dworkin denomina *objeción de carácter derivado* y la ilustra con el aborto: Los fetos son criaturas con intereses propios, incluyendo el interés a mantenerse vivos; por tanto, los fetos tienen el derecho que tienen todos los seres humanos a proteger estos intereses básicos, incluido el derecho a que no los maten. En consecuencia, el aborto es inmoral porque viola el derecho de alguien a que no lo maten, así como matar a un adulto es normalmente inmoral porque viola su derecho a la vida. Quien acepte esta objeción, dice Dworkin, y crea que por esta razón el Estado debería prohibir o regular el aborto, cree que el Estado tiene una responsabilidad de *carácter derivado* de proteger al feto. Cfr. Ibidem. Pág. 19.

⁴⁷³ La *objeción de carácter autónomo* es llamada así porque no se sirve de ningún interés o derecho. Por ejemplo, quien considera que la vida es un valor intrínseco, innato, que la vida humana es sagrada en sí misma. En el caso de aborto, dice Dworkin, quien acepte esta objeción y arguya que el aborto debería ser prohibido o regulado por la ley, cree que el Estado tiene una responsabilidad de *carácter autónomo* de proteger el valor intrínseco de la vida. Cfr. Ibidem. Págs. 19 y 20.

elección individual? ¿Debería la ley permitir a los médicos matar a pacientes terminales que sufren graves dolores y que piden morir? ¿Debería permitir a los familiares de los pacientes, que son vegetales inconscientes, decidir que se desconecten las máquinas que pueden mantener a las personas en esa condición durante muchos años? ¿Debería permitir que médicos y parientes no atiendan a personas que en etapas avanzadas de enfermedad de Alzheimer (u otras formas irreversibles de demencia) contraigan neumonía o cáncer? Estas cuestiones se discuten más abiertamente en el presente; sin embargo, la discusión se resiste por falta de reflexión acerca de hasta qué punto estas cuestiones sobre la muerte nos exigen pensar también en la vida ya que somos éticamente responsables de hacer algo valioso con nuestras vidas.

De este modo, tres elementos se dan cita en las decisiones relativas a la eutanasia: Respetar de la mejor manera posible la autonomía del paciente, considerar sus intereses y el valor intrínseco o santidad de su vida.⁴⁷⁴ Para entender adecuadamente estas cuestiones, primero debemos comprender por qué algunas personas quisieran permanecer biológicamente vivas el mayor tiempo posible, incluso en circunstancias espantosas, y por qué otras personas en tales apremiantes condiciones desean morir tan pronto como sea posible.

⁴⁷⁴ El primer elemento se refiere a la autonomía. Los partidarios a permitir que los pacientes competentes que lo deseen puedan acortar su vida con la asistencia de médicos dispuestos para ello, invocan arduamente a ese principio; sin embargo, los opositores también lo hacen, afirmando que sería posible privar de la vida a personas que realmente quieren continuarla. El caso que presenta mayores problemas para respetar la autonomía del paciente alude a su propia incompetencia o inconsciencia, pero este se vuelve relativamente fácil cuando ha suscrito un testamento vital o documento de voluntades anticipadas; no obstante, no existe ninguna garantía de que no podría haber cambiado su idea después de esa declaración, o que no habría cambiado su opinión si hubiera repensado la cuestión. De no haber manifestado sus deseos ni formal ni informalmente, entonces es posible que nunca haya tenido una opinión al respecto, y lo que se hace en casos es que los parientes se preguntan qué habría querido el paciente. Argumento, que a decir de Dworkin, tiene sus trampas porque puede ser usado antagónicamente. El segundo elemento se ocupa de los mejores intereses del paciente. Los que se oponen a la eutanasia suelen invocar fundamentos paternalistas, pues piensan que aun las personas que han decidido deliberada y conscientemente morir (es decir, de las que se conocen exactamente cuáles son sus deseos) han optado por mal para ellos mismos. Esas personas no conocen cuáles son sus propios intereses, otros son los que conocen mejor qué es lo mejor para ellos. Dworkin plantea las siguientes preguntas: ¿Cómo podría ser la muerte lo mejor para alguien que no tiene ninguna conciencia de la condición en la que se encuentra? ¿Por qué hay que tomarse la molestia de suscribir un testamento de vida para estas circunstancias? Para el tercer elemento, la santidad de la vida, formula la siguiente pregunta: ¿Es la eutanasia inmoral porque inevitablemente vulnera el valor intrínseco y la santidad de la vida humana, incluso si el paciente desea morir y la muerte satisface sus mejores intereses? La convicción de que la vida humana es sagrada lleva a muchos individuos a considerar que la eutanasia es inmoral en todas las circunstancias. Ibidem. Págs. 248 y ss.

Para Dworkin la toma de decisiones sobre el final de la vida tiene dos sentidos; el primero, meramente individual, se refiere a la importancia de decidir por adelantado acerca del modo en que uno quiere ser tratado y; el segundo, colectivo, en tanto que la comunidad debe decidir en qué medida va a permitir a sus miembros una elección a favor de la muerte.

Pero, ¿cuál es el límite entre lo que cualquiera puede solicitar para sí mismo o para otros y lo que el Estado puede rechazar? ¿En qué punto se tiene que establecer la línea divisoria entre no mantener con vida y matar? ¿Cuáles son los riesgos de que la gente pueda solicitar morir a causa de un diagnóstico errado y qué sucede si los pacientes mueren antes de que se descubran nuevos tratamientos o se desarrollen algunos que podrían haber salvado su vida si hubieran esperado? ¿Podría una profesión que ayuda a la gente a morir, aunque sea por los mejores motivos, volverse más descuidada o menos entusiasta con respecto a la actividad de salvar vidas? Es importante pensar quién debería tomar las decisiones de vida o de muerte, con qué garantías y requisitos formales y de qué manera y cómo estas decisiones, una vez tomadas deberían ser revisadas por otros.⁴⁷⁵

Las decisiones de muerte en la propia persona y en otros, según Dworkin, se dan en tres situaciones: El primero, de conciencia y competencia, que se refiere principalmente a las personas que son conscientes y competentes mentalmente pero que requieren de la ayuda para morir, tal es el caso de suicidio asistido. Dworkin pone el ejemplo del derecho estadounidense en el cual, salvo ciertas excepciones, los individuos que se encuentren en pleno uso de sus facultades mentales pueden negarse a recibir un tratamiento médico a pesar de que puedan morir si no se les aplica el mismo; a pesar de ello, una vez que han sido conectados a un aparato para mantenerlos con vida, no tienen derecho a que se les desconecte cuando lo soliciten, porque esto implicaría una asistencia a su muerte. De este modo, el derecho produce una situación aparentemente irracional de que la gente puede elegir morir lentamente negándose a comer, rehusando los tratamientos propios de su enfermedad, o aquellos que lo mantienen con vida; pero no pueden elegir la muerte rápida e indolora que los médicos podrían proveer fácilmente.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ Ibidem. Págs. 236 y 237.

⁴⁷⁶ Ibidem. Págs. 239 y ss.

El segundo, de inconsciencia, cuyos casos más ejemplificativos son el estado de coma y el EV en el que los médicos deben decidir qué tratamientos deben recibir estos pacientes, cómo y hasta cuándo. Por esta razón, la mayoría de los jueces de los Estados Unidos han admitido que los individuos competentes tienen un derecho constitucional a ordenar que los apoyos vitales no sean utilizados en caso de que se encuentren en un EV permanente.⁴⁷⁷ En esas situaciones, según el razonamiento de Dworkin y la práctica judicial de ese país, los *living wills* son fundamentales para comprender los intereses de los enfermos.

La tercera y última situación que señala el autor en comentario es la de conscientes pero incompetentes que apunta específicamente a las personas de la tercera edad afectadas por algún tipo de demencia y, principalmente, al Alzheimer.⁴⁷⁸ En los estados más avanzados de la enfermedad las personas pierden toda su memoria y sentido de continuidad de su propia identidad, también carecen de competencia para atender cualquiera de sus necesidades o funciones propias. Al respecto plantea varios cuestionamientos: ¿Deberían las personas competentes tener el poder de especificar qué clase de tratamientos médicos desean recibir si se convierten en individuos totalmente incapaces? ¿Deberían tener el poder de establecer que no quieren que se les mantenga con vida o, incluso, que se les mate? ¿Cómo se le puede permitir a alguien que acuerde por adelantado que se le mate años más tarde, cuando entonces puede manifestar su deseo de vivir? ¿Deberíamos ocuparnos de la dignidad de un paciente demente si él mismo no tiene conciencia de su dignidad?⁴⁷⁹ Dworkin parece indicar que la

⁴⁷⁷ Ibidem. Págs. 243 y ss.

⁴⁷⁸ El demente está, en muchos aspectos, en la misma posición que un paciente inconsciente en EVP. Pero Dworkin señala que existe una diferencia importante. Cualquier persona puede pensar acerca de cuáles serán sus mejores intereses en caso de encontrarse en un EV permanente sin la preocupación de que exista un conflicto de intereses, por tanto, puede suscribir un testamento que establezca que se le permita morir. En cambio, en el caso de padecer una enfermedad mental existe la posibilidad de que una persona desee seguir viviendo a pesar de lo que haya establecido previamente. Cfr. Ibidem Pág. 301.

⁴⁷⁹ Ibidem. Págs. 247, 248 y 289. La explicación de la dignidad a partir de intereses de experiencia hace dudoso pensar que el demente tenga un derecho general a la dignidad porque no explica los rasgos centrales de nuestras creencias acerca de la dignidad. Sin embargo, la dignidad se convierte en el valor central en la importancia intrínseca de la vida humana a partir de los intereses críticos genuinos; es decir, se reconoce el derecho de una persona a que se la trate con dignidad y, por tanto, se exige que la comunidad disponga de cualquier recurso que sea necesario para asegurarlo. Cfr. Ibidem. Págs. 306 a 309.

conveniencia de establecer por anticipado el modo y tipo de tratamientos tiene un límite natural, la propia libertad en el futuro.⁴⁸⁰

Según Dworkin, existen peligro tanto en despenalizar la eutanasia y el suicidio médicamente asistido como en rechazar la legalización, estos peligros tienen que equilibrarse y ninguno debe ser ignorado.

Dworkin destaca dos clases de razones que hacen que las personas tomen una determinada dirección en lugar de otra. Las razones de la primera clase consisten en lo que él llama intereses de experiencia y se basan en la dicotomía agradable/desagradable o placentero/no placentero, es decir, queremos hacer las cosas porque gozamos con la experiencia de hacerlas; en tanto que las segundas, las llama intereses críticos⁴⁸¹ mediante el binomio bueno/malo, es decir, intereses cuya satisfacción hace que las vidas sean genuinamente mejores, intereses cuyo no reconocimiento sería erróneo y las

⁴⁸⁰ El derecho de una persona competente a la autonomía requiere que se respeten sus decisiones pasadas acerca de cómo quiere que sea tratado en el caso de volverse demente, incluso si ello contradice los deseos que pueda tener en un momento posterior. Si nos negamos a respetar sus decisiones pasadas porque, aunque fueron realizadas cuando era competente, no se adecuan a sus deseos actuales de la persona incompetente, entonces estamos vulnerando su autonomía. Ni la concepción de la autonomía basada en la evidencia (deben ser respetadas las decisiones personales precisamente porque cada persona conoce mejor que nadie sus mejores intereses), ni la sustentada en la integridad (reconoce que los individuos competentes no siempre tienen valores consistentes, por tanto, hay que diferenciar entre el valor de autonomía y sus consecuencias en una persona particular o situación concreta) recomiendan conceder algún derecho de autonomía a personas seriamente afectadas de demencia. Cfr. *Ibidem*. Pág. 291, 293, 295 y 298. En relación con la autonomía basada en la evidencia, Dworkin afirma que las personas no son los mejores jueces de lo más beneficioso para ellos bajo circunstancias en las que nunca se han encontrado y en las que sus deseos y preferencias pueden haber cambiado drásticamente. *Ibidem*. Pág. 296. Para ilustrar este punto y en relación al valor de las experiencias personales y las actitudes ante la muerte, el ya citado catedrático de psicopatología de la Universidad Complutense de Madrid, Aquilino Polaino, hace una crítica al estudio realizado por el médico del *Ontario Cancer Institute*, Gerald M. Devins, en 1979 sobre la ansiedad ante la muerte y eutanasia; en esa crítica se destaca, entre otras cosas, el resultado que afirma que en los jóvenes la ansiedad y el temor ante la muerte es mucho más frecuente que en los ancianos y, además, que los aspectos circunstanciales de cuándo, cómo, dónde y por qué tienen suma importancia. Para Polaino eso tiene dos explicaciones: a) La joven generación es radicalmente hedonista y, b) los ancianos han superado los fines hedonistas, a la vez que han asumido, con todas sus consecuencias, la radicalidad de una muerte personal. O bien: a) Los más jóvenes no tienen tan clara una experiencia ante la muerte (la angustia desencadenada ante lo desconocido), y, b) los ancianos han asumido la condición ineludible de la muerte humana (su propia experiencia vital les ha llevado a la conclusión del sentido sagrado de la vida y, por tanto, de la muerte). En suma, las formas de afrontar el tema de la muerte, y en su caso la eutanasia, son variables y se modifican de acuerdo al grado de “conocimiento” de lo desconocido: la muerte. En otras palabras, somos mejores jueces de lo más beneficioso para nosotros, más no infalibles, cuando más nos acercamos (“conocemos”) a algo que por sí mismo nunca podremos conocer de todo. Véase Polaino-Lorente, Aquilino. “Ansiedad ante la muerte y actitudes ante la eutanasia. Revisión crítica de un estudio experimental”. *Op. Cit.* Págs. 277 a 282.

⁴⁸¹ Las convicciones de alguien acerca de sus intereses críticos constituyen opiniones acerca de qué significa conducir bien su propia vida, y estas convicciones pueden, en consecuencia, comprenderse mejor como una aplicación especial de su compromiso general con la santidad de la vida. Dworkin, Ronald. *Op. Cit.* Pág. 282.

empeoraría. Se refieren a las convicciones acerca de qué ayuda a conducir una vida buena, representan juicios críticos y no meras experiencias. De este modo, es necesario distinguir entre intereses de experiencia e intereses críticos para comprender muchas de las convicciones propias acerca de cómo deben ser tratada la gente; en otras palabras, se tiene que dar una explicación intelectual de los intereses críticos para poder comprender introspectivamente cómo se conectan con otras creencias más amplias que se tienen tanto de la vida como de la muerte, y de por qué la vida humana tiene un valor intrínseco.

En cuanto a los intereses críticos hay dos ideas inaceptables. Los intereses críticos son personales, es decir, derivan en gran medida de la personalidad del individuo; pero esto puede empujarnos a la aniquiladora idea de que estos intereses son solamente subjetivos. La segunda nos conduce a la inaceptable idea de considerar que los intereses críticos de todos son los mismos a lo largo de la historia, que existe una sola manera de vivir y que ésta es la mejor. Lo necesario, apunta Dworkin, no es el descubrimiento de una fórmula atemporal, buena para todo tiempo y lugar, sino una respuesta directa a nuestras circunstancias específicas de espacio, cultura y capacidad.

A veces las personas desean continuar viviendo aunque sea con sufrimiento o terriblemente lisiadas por el propósito de hacer algo que creen importante,⁴⁸² piensan que mientras quede alguna sensibilidad, el mero hecho de vivir es algo bueno en sí mismo. Pero también hay personas que piensan que tienen suficientes razones para no permanecer con vida por las desagradable experiencias previsibles: Sufrimientos terribles, náuseas constantes, el horror de una intubación, confusión provocada por sedantes, etc.

Las concepciones de las personas acerca de cómo vivir colorean sus convicciones acerca de cuándo morir y el impacto se intensifica cuando se toman en cuenta los intereses críticos. No hay duda que para la mayoría de las personas la forma

⁴⁸² La forma de morir ya sea en batalla o en una cama no se agota con la idea de una buena o mala muerte, sino que también incluye su duración. Ello explica el hecho de que los individuos se esfuercen en vivir hasta “ver” algún acontecimiento especial después del cual la idea de su propia muerte les parece menos trágica. El propósito de vivir realmente para un suceso, y no hasta que éste ocurra, tiene un poder expresivo muy grande. Ibidem Págs. 276 y 277. Esta idea coincide con la vida biográfica que explica Diego Gracia.

de cómo morir es algo de vital importancia; quieren, de ser posible, que su muerte exprese y confirme los valores que consideran los más importantes en sus vidas.⁴⁸³

De este modo, Dworkin hace varios señalamientos concluyentes muy importantes para el tema en estudio. En primer lugar, la cuestión de si satisface los mejores intereses de alguien el hecho de que su vida finalice de una manera y no de otra depende de tantos factores que son especiales para él que no se puede esperar que alguna decisión colectiva sirva a todos, ni siquiera como un mínimo de decencia. En segundo lugar, hay razones de beneficencia y de autonomía que explican por qué el Estado no debe imponer ninguna concepción general y uniforme mediante una norma imperativa, sino que debe alentar a los individuos a adoptar decisiones con respecto a su futuro por sí mismos y de la mejor manera que puedan hacerlo.⁴⁸⁴ En tercer lugar, si la persona no ha dejado alguna disposición para el futuro en relación a su vida o muerte el derecho debe, en la medida de lo posible, dejar las decisiones en manos de sus parientes o de otras personas cercanas a ellos con la finalidad de atender a sus mejores intereses en lugar de un juicio universal teórico y abstracto emitido en los edificios gubernamentales donde maniobran los grupos de intereses y se realizan las transacciones políticas. En cuarto lugar, las opiniones en relación con la eutanasia se dividen no porque algunas personas desprecian unos valores que otras aprecian, sino porque los valores en cuestión se encuentran en el centro de la vida de cualquiera y porque nadie puede tratarlos de modo trivial como para aceptar órdenes de otras personas acerca de lo que esos valores significan. Hacer que alguien muera en una forma que otros aprueban pero que él cree que es una contradicción horrorosa con su propia vida, constituye una devastadora y odiosa tiranía. En quinto lugar, la pregunta que provoca la eutanasia no es si la santidad de vida debería ceder ante algún otro valor, como la humanidad o la compasión, sino cómo se debería entender y respetar la santidad de vida.⁴⁸⁵ En sexto lugar, la discusión en torno a la eutanasia remite

⁴⁸³ Muchos tienen una razón añadida para querer morir si una vida vegetativa e inconsciente fuese todo lo que quedara. Para algunos se trata de una preocupación comprensible acerca de cómo serán recordados. Pero, para la mayoría, dice Dworkin, se trata de una preocupación más abstracta y autodirigida de que su muerte, más allá de lo que pueda parecer, exprese su convicción de que la vida ha tenido valor debido a lo que les ha posibilitado hacer y sentir. *Ibidem* Pág. 277.

⁴⁸⁴ La pregunta crítica es si una sociedad decente elegiría la coerción o la responsabilidad, si procurará imponer a todos un juicio colectivo sobre asuntos de índole más profundamente espiritual, o si permitirá y pedirá a sus ciudadanos realicen por sí mismos juicios trascendentales, definitorios de su propia personalidad, sobre sus propias vidas. *Ibidem*. Pág. 282.

⁴⁸⁵ Aquellos que desean una muerte temprana y pacífica para sí mismos o sus parientes no rechazan o denigran la santidad de la vida; al contrario, creen que una muerte más rápida muestra mayor respeto por

invariablemente a la vida, es decir, al dominio de la vida más que al de la muerte.⁴⁸⁶ El significado de la muerte depende de cómo y por qué nuestras vidas son sagradas. Los intereses de las personas no se agotan en el deseo de placer o disfrute, también incluyen un deseo de hacer que vivir constituya un éxito, de hacer algo valioso con sus propias vidas. En séptimo lugar, dice Dworkin, las decisiones relativas a la vida y a la muerte son de la mayor importancia, son las más cruciales en la formación y expresión de la personalidad de las que cualquiera pueda realizar. Es de vital importancia tomar decisiones correctas, pero es igualmente importante tomarlas de forma personal de acuerdo con el propio carácter. Las personas que pretenden imponer sus condiciones mediante el derecho penal limitan gravemente la libertad de las personas. Una constitución genuina y honorable garantizará el derecho a decidir por nosotros mismos. Y, en octavo lugar, si la gente conserva la autoconciencia y el autorespeto, lo que constituye el logro más importante de nuestra especie, no dejará que ni la ciencia ni la naturaleza sigan simplemente su curso, sino que lucharán por expresar en las leyes que elaboren como ciudadanos y en las elecciones personales la mejor comprensión que puedan lograr de por qué la vida humana es sagrada y acerca de cuál es, bajo su dominio, el lugar adecuado de la libertad.

Por último, una postura que es imprescindible considerar es la de la iglesia católica. En 1980 la Congregación para la Doctrina de la Fe emitió una Declaración sobre la Eutanasia donde hace algunos señalamientos muy puntuales en relación el tema.⁴⁸⁷ Las premisas de las que parte son dos: a) Reconoce que la medicina ha aumentado su capacidad de curar y prolongar la vida lo cual conduce en no pocas ocasiones a problemas de carácter moral y, b) afirma que la vida humana es el fundamento de todos los bienes, la fuente y condición necesaria de toda actividad humana y de toda convivencia social.

la vida que una muerte prolongada. Los contrincantes en el debate de la eutanasia comparten una preocupación por la santidad de la vida, están unidos por ese valor y su desacuerdo sólo versa de cuál es la mejor manera de interpretarlo y respetarlo. El insulto más grande a la santidad de la vida es la indiferencia o la pereza a enfrentarse a su complejidad. Ibidem Págs. 312 y 314.

⁴⁸⁶ La muerte hoy parece interesar tanto o más que la propia vida. Polaino-Lorente, Aquilino. "Eutanasia y actitudes sociales". Op. Cit. Pág. 317.

⁴⁸⁷ La Congregación de la Doctrina de la Fe es un órgano colegiado del Vaticano cuya principal función consiste en vigilar la correcta aplicación u observancia de la doctrina católica. El documento puede verse en <http://www.muertedigna.org/textos/euta41.html> Consultada el 5 de febrero de 2009. Muchos de los puntos abordados en esa declaración ya habían sido claramente expuestos en su momento por el Papa Pío XII, éstos pueden consultarse en Polaino-Lorente, Aquilino. "Antinaturalidad y eutanasia". Op. Cit. Págs. 419 a 423.

A partir de ello, rechaza la muerte voluntaria o el suicidio por considerar tal acción tan inaceptable como el homicidio ya que constituye un rechazo a la soberanía de Dios y a de su designio de amor. Además, la eutanasia es definida como la acción u omisión que por su naturaleza, o en la intención, causa la muerte con el fin de eliminar cualquier dolor; por tanto, se sitúa en el nivel de las intenciones o de los métodos usados.⁴⁸⁸

Las súplicas de los enfermos muy graves que alguna vez invocan a la muerte no deben ser entendidas como expresión de una verdadera voluntad de eutanasia, estas son en la mayoría de los casos peticiones angustiadas de asistencia y afecto y; en consecuencia, la atención a estas personas no debe ser solamente médica.⁴⁸⁹

El dolor físico es una condición inevitable de la condición humana es un signo biológico de gran utilidad, pero debido a que atañe también la vida psicológica del hombre, a menudo supera su utilidad biológica asumiendo tal dimensión que se suscite el deseo de eliminarlo a cualquier precio.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ León R. Kass, profesor de la Universidad de Chicago, concibe dos razones por las que la eutanasia es contradictoria cuando es realizada por los médicos: Por las desastrosas consecuencias sociales que comportaría y porque matar a un paciente, incluso cuando lo pida, viola el significado esencial del arte de curar. Debemos rechazar la postura de quienes, metiendo una cuña entre la dignidad y la sacralidad de la vida, postulan la necesidad de la eutanasia activa en pro de la muerte digna. Los partidarios de la eutanasia no comprenden lo que es la dignidad humana. Ese profesor se hace la siguiente pregunta: ¿Cómo puedo honrarme a mí mismo suprimiendo mi propio ser? La actual situación crítica que lleva a algunos a reivindicar la eutanasia activa, es ciertamente una oportunidad para ser más conscientes de los límites de la medicalización de la vida y de la muerte, y para recobrar el verdadero sentido de vivir con y contra la mortalidad. Kass, R. León. "Eutanasia y autonomía de la persona: Vivir y morir con dignidad". *Human Life Review*. Vol. XVI. No. 2. También en Kass, R. León. "Eutanasia y autonomía de la persona: Vivir y morir con dignidad". *Cuadernos de Bioética*. Vol. 1 No. 4. 1990.

⁴⁸⁹ Ni siquiera cuando el enfermo solicita la eutanasia invocando la piedad debe ser practicada, pues esa petición surge casi siempre como un acceso pasajero, como un grito de desesperación que se traduce en la petición angustiada de cuidados médicos y de afecto familiar. El médico no puede secundar esas peticiones, pero sí está obligado a satisfacer las demandas, conscientes o inconscientes, que aquéllas encierran. Cfr. Polaino-Lorente, Aquilino. "Ansiedad ante la muerte y actitudes ante la eutanasia. Revisión crítica de un estudio experimental". Op. Cit. Pág. 272. La solicitud de la eutanasia que haga un paciente conlleva la gran derrota familiar, social, médica y política que debe invitar a reflexionar sobre esa petición. Cuando se dice: "Doctor quiero morir", más bien significa: "Doctor quiero vivir, pero ¿estará aquí conmigo cuando no pueda más?" Cfr. Asociación Catalana de Estudios Bioéticos. Op. Cit. Pág. 254. El deseo de muerte en la mayoría de los casos no es consecuencia de achaques corporales o dolores extremos, sino la expresión de sentirse abandonado. Ante el paciente la presencia del médico evoca la aprobación de su existencia por parte de la comunidad de los vivos, aun cuando no se le obligue a vivir. Spaemann, Robert. "¿Matar o dejar morir?" Op. Cit. Pág. 113.

⁴⁹⁰ Robert Spaemann condena enérgicamente la mentalidad que tiende a predominar en nuestros días: El sufrimiento debe ser alejado a cualquier precio. Si no hay otra forma de eliminarlo, hay que eliminar al enfermo; en ese caso su eliminación está plenamente justificada. Ibidem. Pág. 108. Sobre el dolor en la concepción cristiana véase Carta Apostólica *Salvifici Doloris* de S.S. Juan Pablo II del 11 de febrero de

Esa Declaración señala que dentro de la doctrina cristiana, el dolor, y principalmente el que se padece en los últimos momentos de la vida, tiene un significado particular en el plan salvífico de Dios por la participación en la pasión de Cristo. Sin embargo, el uso de medicamentos con el propósito de aliviar o suprimir el dolor aunque con ello se produzcan, como efectos secundarios, entorpecimientos, menor lucidez o la pérdida de la conciencia es totalmente aceptable siempre que no existan otros medios disponibles ni se violen otros deberes religiosos o morales. Incluso en personas que no estén en condiciones de expresar su voluntad se les pueden suministrar presumiendo razonablemente que desean hacerlo y, además, existe indicación médica para hacerlo.

Hace especial referencia a que las decisiones serán tomadas por el enfermo o por las personas cualificadas para hablar por él, o incluso por los médicos, a la luz de las obligaciones morales y de los distintos aspectos del caso.

Producto de estas consideraciones establece unas reglas muy concretas: a) Es lícito contentarse con los medios normales (proporcionados, ordinarios o indicados) que la ciencia médica puede ofrecer; b) no hay obligación alguna de someterse a un tratamiento que no esté libre de peligro, o bien sea demasiado costoso (desproporcionado, extraordinario o no indicado), interrumpir dichos tratamientos es rechazar el encarnizamiento terapéutico⁴⁹¹ y; c) ante la inminencia de una muerte

1984, en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_letters/documents/hf_jpii_apl_11021984_salvifici-doloris_sp.html Consultada el 5 de febrero de 2005. Y Carta Encíclica *Evangelium Vitae* de S.S. Juan Pablo II del 25 de marzo de 1995, en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/enciclicas/documenta/hf_jpii_enc_25031995_evangelivtae_sp.html Consultada el 5 de febrero de 2005. En este sentido es importante destacar la virtud de la fortaleza en las voluntades anticipadas. Santo Tomás Moro hace una interesante reflexión del papel que representa la fortaleza en la vida del cristiano que se refleja en la siguiente pregunta: ¿Cómo puedes estar desamparado en cualquier tribulación cuando Cristo y el Espíritu Santo, y con ellos su Padre inseparable, nunca están más lejos de ti que el ancho de un dedo ni más de un minuto de tiempo si pones plena confianza en ellos? Nunca pidamos a Dios, dice el santo, nuestro propio alivio librándonos de la tribulación, sino su ayuda y fortaleza de la forma que quiera. Así como nos pide paciencia con el dolor y exhorta a nuestro prójimo a hacer lo mismo, nos manda también que no dejemos de hacer lo que podamos para quitar el dolor. La tribulación debe ser considerada como un don divino, como algo grandioso que Dios reserva para sus mejores amigos. Concluye su reflexión diciendo que cuando nos sintamos demasiado atrevidos, recordemos nuestra fragilidad; cuando nos sintamos demasiado desmayadizos, recordemos la fortaleza de Cristo. No tenemos que dudar nunca de que nos guardará de una muerte cruel o no dejará de fortalecernos en ella, y por ella nos llevará alegremente al cielo. Véase Moro, Tomás santo. *Diálogo de la fortaleza contra la tribulación*. Rialp. Madrid. 1999.

⁴⁹¹ El rechazo del ensañamiento terapéutico no es un rechazo del paciente ni de su vida, el objeto de la deliberación sobre la conveniencia de iniciar o continuar una práctica terapéutica no es el valor de la vida

inevitable es lícito renunciar a tratamientos que únicamente prolongan la vida de una forma precaria y penosa (tratamientos contra indicados); sin embargo, no se deben interrumpir los tratamientos o cuidados médicamente recomendados para esos casos (cuidados paliativos).⁴⁹²

Así, por ejemplo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su sesión del 25 de junio de 1999 ha aprobado la recomendación 1418 (1999) sobre la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de los Enfermos Terminales y Moribundos,⁴⁹³ en la cual se sostiene que los cuidados paliativos constituyen un derecho subjetivo del paciente; además, subraya que el deseo de morir no genera un derecho legal del paciente ni una justificación jurídica para que un tercero practique la eutanasia. La Asamblea insta a los Estados miembros del Consejo de Europa para que se respete y proteja la dignidad de los enfermos terminales y moribundos en tres aspectos generales: a) Afirmando y protegiendo el derecho de los enfermos terminales y moribundos a cuidados paliativos integrales, b) proteger el derecho de las personas en fase terminal o moribundas a la autodeterminación, y c) respaldando la prohibición de poner fin a la vida intencionalmente de los enfermos terminales o las personas moribundas.

En base a las posturas planteadas y mediante su análisis en relación con las voluntades anticipadas es posible hacer algunos señalamientos o formular algunas

del paciente, sino el valor de la intervención médica en el paciente. La decisión de no emprender o de interrumpir una terapia será éticamente correcta cuando esta resulte ineficaz o claramente desproporcionada para sostener la vida o recuperar la salud. El rechazo del ensañamiento terapéutico es expresión del respeto que en todo momento se le debe al paciente. Discurso de S.S. Juan Pablo II en la XIX Conferencia Internacional del Consejo Pontificio para la Pastoral de la Salud el 12 de noviembre de 2004, citado por Mindling, J. Daniel. Op. Cit. En la etapa final de la vida son aconsejables tratamientos paliativos, evitando el ensañamiento terapéutico; además, es ilícita la acción u omisión que por su naturaleza o intención vaya dirigida a procurar la muerte. El sufrimiento es un hecho fundamental de la vida humana. Véase mensaje de S.S. Juan Pablo II para la X y XI Jornada Mundial del enfermo, los días 11 de febrero de 2003 y 2004, respectivamente; en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/sick/documents/hf_jpii_mes_20030207_world-day-of-the-sick-2003_sp.html Y http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/sick/documents/hf_jp-ii_mes_20010813_world-day-of-the-sick-2002_sp.html Consultadas el 5 de febrero de 2009. Interrumpir una terapia y permitir que sobrevenga la muerte puede ser en algunas circunstancias perfectamente comprensible con el respeto que se debe a la vida; porque se puede respetar la vida no sólo preservándola, sino también permitiendo que llegue a su término de modo natural. Kass, R. León. Op. Cit.

⁴⁹² Toda persona cualquiera que sea su situación debe recibir unos cuidados médicos básicos, deber se mantenido cómodo, limpio, en ambientes templados y se procurará que no tengan las complicaciones asociadas con el confinamiento en la cama. Las familias que se enfrentan con esta pesada responsabilidad deberán ser asistidas por el resto de la sociedad, como lo exige la verdadera solidaridad. Mindling, J. Daniel. Op. Cit.

⁴⁹³ El texto de la recomendación puede verse en http://www.abimad.org/DocumentosLegales/Consejo_Europa_Dignidad_Enfermos_Terminales.pdf Consultada el 5 de febrero de 2009.

recomendaciones que deben considerarse por el médico y por la sociedad al momento de discutir el tema de la eutanasia:

a) La petición de muerte que haga todo enfermo, especialmente el que se encuentra en fase terminal con terrible sufrimiento, debe ser entendida, además, como una angustiosa llamada de afecto, asistencia y no abandono.

b) La asistencia a ese tipo de enfermos no solamente es médica, también incluye asistencia social, económica, psicológica, familiar, espiritual, etc.⁴⁹⁴ Sólo cuando esa asistencia ha alcanzado un grado de universalidad (asequible para todos y para cada uno) y un cierto nivel de calidad (establecido por la propia sociedad) será posible reflexionar o discutir la moralidad de la eutanasia.

c) Los cuestionamientos sobre muerte conllevan necesaria e indefectiblemente a repensar sobre el dominio de la propia vida antes que el dominio de la propia muerte. Las preguntas de cuándo, por qué y cómo dependen de la forma en como se ha vivido la propia vida, pues todas las personas tenemos la obligación moral de hacer algo valioso con nuestras vidas. Para saber morir antes debemos saber vivir. Para afrontar la muerte primero debemos de afrontar la vida.

d) Las decisiones sobre la vida y la muerte son de tal magnitud como para abstenerse de reflexionar al respecto esperando obtener ya sea del derecho, de la medicina o de la sociedad la respuesta correcta.

e) La autogestión de la vida y de la muerte tiene límites los cuales deben ser establecidos por toda la sociedad por medio de una deliberación moral comprometida y prudente.

f) El derecho no puede sustraer a la persona del territorio de la moralidad, es decir, cada persona debe decidir en conciencia, de modo libre y responsable la manera de afrontar o vivir su vida, además de la forma de afrontar o vivir su muerte.

⁴⁹⁴ La solución ante la eutanasia está en proporcionar un cuidado integral a las personas que están muriendo, tratando tanto los sufrimientos físicos como los sufrimientos psíquicos, sociales y espirituales. Cfr. Asociación Catalana de Estudios Bioéticos. Op. Cit. Pág. 250.

g) No existe el derecho a la muerte ya que tanto la vida como la muerte se gestionan de modo privado; es decir, existen deberes morales para consigo mismo de acuerdo con el propio y personal sistema de valores, deberes que no pueden elevarse a la categoría de derechos ni, en consecuencia, exigirse coactivamente. Por tanto, una petición o solicitud de muerte no obliga al médico o a la sociedad, ni jurídica ni éticamente, a practicar la eutanasia.⁴⁹⁵

h) La obligación irrenunciable que tiene el médico para con el paciente, más allá de la estimación moral hacia la eutanasia, es la de acompañarlo y procurar calmar su dolor aunque con ello se produzca indirectamente el acortamiento de la vida.

g) Los cuidados paliativos no son opcionales ni discrecionales para el médico ni para el Estado, constituyen el mínimo decente que un sistema sanitario justo puede ofrecer a la persona que está muriendo.

⁴⁹⁵ El hecho de morir, más que un derecho el cual puede ser renunciable o no, es un fenómeno inevitable e ineludible, un deber emanado de la naturaleza del hombre. Lo único que puede regular el derecho en ese campo son algunas de las condiciones que rodean a la vida humana en esa importante circunstancia. El derecho no puede regular el término de la vida humana en el sentido de que cada hombre ponga fin a su vida cuando se le antoje. Polaino-Lorente, Aquilino. “Ansiedad ante la muerte y actitudes ante la eutanasia. Revisión crítica de un estudio experimental”. Op. Cit. Pág. 272. El derecho a la vida y el derecho a la muerte no son simétricos, aunque la sociedad actual tiende a igualarlos. Polaino-Lorente, Aquilino. “Eutanasia y actitudes sociales”. Op. Cit. Pág. 321. El hombre no puede disponer a capricho de la duración de la vida, como tampoco puede señalar el comienzo de esta. La eutanasia contradice inevitablemente la naturaleza, más aún, se opone a ella, haciéndose sinónima de antinaturaleza y en esas circunstancias no puede tener ya fuerzas para alzar su voz y hacerse oír. Polaino-Lorente, Aquilino. “Antinaturaleza y eutanasia”. Op. Cit. Pág. 425. El derecho a morir no está regulado constitucionalmente, no existe la disponibilidad de la vida como tal. Si existiera también existirían otros derechos como el de vender los propios órganos o someterse voluntariamente a la esclavitud. La libertad no es absoluta siempre queda conectada a la responsabilidad de todos aquellos que nos rodean y por la humanidad entera. Asociación Catalana de Estudios Bioéticos. Op. Cit. Págs. 248 y 249. En este mismo sentido, el catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Pompeu Fabra, Pablo Salvador Coderch, sostiene que no existe nada parecido a un derecho a la muerte, ni nadie en su sano juicio puede pretender que el Estado reconozca a alguno de sus ciudadanos la facultad de exigir ante un tribunal que un funcionario inyecte una sustancia letal. Matar es una solución demasiado sencilla, cuesta muy poco y está al alcance de cualquier incompetente. Coderch, Pablo Salvador. “Ministros de muerte”. *La Vanguardia*. Opinión. 27 de febrero de 1998. Pág. 21. En <http://hemeroteca.lavanguardia.es/preview/1998/02/27/pagina-21/33812881/pdf.html?search=ministros%20de%20muerte> Consultada el 25 de febrero de 2009. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en 2002 rechazó el recurso presentado por Diane Pretty contra la Alta Corte Británica por no haberle concedido la eutanasia. Los siete jueces del Tribunal consideraron de forma unánime que no se puede deducir del derecho a la vida un derecho a morir, ya sea por la mano de un tercero o por la asistencia de una autoridad pública; además, puso acento en la obligación del Estado de proteger la vida. Asociación Catalana de Estudios Bioéticos. Op. Cit. Pág. 256. Véase también Hurtado Oliver, Xavier. *El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, suicidio asistido y aborto. Problemas éticos, legales y religiosos*. Porrúa. México. 2008.

i) Un documento de voluntades anticipadas no puede establecer la opción o posibilidad de la eutanasia. La disposición que haga una persona en el sentido de autorizar o solicitar la práctica de la eutanasia bajo ciertas circunstancias no obliga individualmente ni socialmente a cumplirla, aun cuando exista una persona dispuesta a ejecutarla. La eutanasia es un acto reprochable moralmente y sancionado jurídicamente.

Ahora es tiempo de analizar lo relativo al suicidio médicamente asistido.

Los partidarios de legalizar la participación del médico en el suicidio médicamente asistido argumentan que en la eutanasia el paciente le solicita al médico la administración de una droga o sustancia letal, en tanto que en aquel el paciente se auto-administra una droga o sustancia letal que el médico prescribe previamente.⁴⁹⁶ De este modo, en el primer supuesto existe homicidio pero en el segundo no pues la auto-administración libera al médico de una participación directa.⁴⁹⁷

El suicidio asistido consiste en proporcionar a un paciente los medios adecuados para que él mismo, en el momento que lo desee, ponga fin a su vida. Para realizar un suicidio asistido el paciente debe tener intactas sus capacidades mentales y un grado de autonomía física suficiente para llevarlo a cabo.

⁴⁹⁶ La eutanasia y el suicidio médicamente asistido tienen dos rasgos comunes aunque con matices diferentes: 1) Ambas acciones suponen la colaboración de otra persona en la muerte del enfermo, más remota en el segundo; mientras que en la primera, es directa e inmediata. Y 2) En ambas acciones el enfermo dispone de su vida. En estos dos rasgos los problemas éticos son mucho y muy variados. Cfr. Elizari Basterra, Francisco Javier. *Eutanasia*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 372 y 373.

⁴⁹⁷ Cfr. Jonsen, Albert R. “Ética de la eutanasia”. Op. Cit. Págs. 108 y 109. En ese trabajo el autor hace una revisión histórica de lo que se ha entendido por eutanasia desde el estoicismo romano pasando por el Holocausto hasta llegar a las legislaciones norteamericanas de los años 90’s. Por otro lado, como lo hace notar Diego Gracia, el concepto de suicidio médicamente asistido nace en el seno de la tradición moderna de corte autonomista y liberal, en donde la transitividad del acto queda reducida a su mínima expresión; pero a pesar de ello, para la sociedad mediterránea toda acción transitiva de poner fin a la vida de otra persona ya sea bajo la forma de suicidio asistido o de homicidio por compasión, es vista como inmoral o al menos sumamente peligrosa. Cfr. Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Págs. 294 y 301. Para Pablo Simón y Azucena Couceiro tanto la eutanasia como el suicidio asistido se agrupan genéricamente bajo el nombre de “muerte médicamente asistida”, puesto que ambos tienen el común el ser actos deliberados que tratan de poner fin a la vida del sujeto a petición de éste, aunque se diferencian uno de otro, lo que no es poco, en el agente que los realiza. Simón Lorda, Pablo y Couceiro Vidal, Azucena. *La eutanasia en Holanda y el suicidio asistido en EEUU*, en Urraca Martínez, Salvador (ed.). Op. Cit. Pág. 140.

Para Quill,⁴⁹⁸ Cassel y Meier, el suicidio médicamente asistido es proporcionar por parte del médico un método para el suicidio al paciente quien es físicamente capaz de llevarlo a cabo y, en consecuencia, actúa bajo su propia responsabilidad. El suicidio asistido por el médico se diferencia de la eutanasia en que en ésta última el médico no sólo le proporciona al paciente un modo de suicidarse, sino que además, en caso de que el paciente se lo pida, el médico actúa como causante real de la muerte.⁴⁹⁹

La tesis de esos autores es que uno de los más importantes objetivos de la medicina es conseguir que las personas enfermas sin esperanzas de cura puedan morir con comodidad, control y dignidad.⁵⁰⁰ Para ellos son más importantes los cuidados paliativos que las técnicas médicas curativas; sin embargo, hay ocasiones en aquellos no consiguen evitar el sufrimiento. Por tal motivo, el médico por razones de beneficencia debe ayudar a los pacientes que deseen suicidarse, pero en vista del principio de no maleficencia se debe evitar cualquier tipo de eutanasia. Su argumento va más allá de esto cuando afirman que el suicidio médicamente asistido no debe ser visto nunca como un sustituto de cualquier tipo de cuidado cuyo objeto sea hacer más agradable la existencia del paciente y, sobre todo, al decir que no puede ser nunca una norma, sino una mera excepción a ella. Es el último escalón de un *continuum* de opciones que comienza por la eliminación del dolor y sigue con los cuidados paliativos, y la retirada

⁴⁹⁸ Timothy Quill, actual director del programa de cuidados paliativos de la Universidad de Rochester en New York, EEUU, publicó en 1991 en *The New England Journal of Medicine* un polémico caso de suicidio asistido en el que él después de dialogar con su paciente con leucemia mielomonocítica grave le facilitó los medios necesarios para terminar con su vida. Los planteamientos del doctor Quill han tenido bastante buena acogida entre ciudadanos, bioeticistas y personal sanitario de Estados Unidos, y ha influido de manera importante en el contenido y aprobación de la ley que permite el suicidio médicamente asistido en el Estado de Oregon. Véase Quill, T. E. "Death and dignity. A case of individualized decision making". *The New England Journal of Medicine*. Vol. 324. 1991. Págs. 691 a 694. Citado en *Ibidem*. Pág. 161.

⁴⁹⁹ Para Elizari Basterra, en el suicidio médicamente asistido el enfermo pone fin a su vida con medios dados por un médico, sabedor éste del fin para el que se buscan o piden dichos medios. Elizari Basterra, Francisco Javier. *Eutanasia*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Pág. 346. Quill considera que el término "suicidio" no es el adecuado para referirse a pacientes moribundos enfrentados a la desintegración y humillación irreversibles y que sólo puede terminar con la muerte. Asegura que en la mayoría de las definiciones de suicidio está inmersa la idea de que ese acto conlleva la destrucción de la esencia misma de la persona. Ese es el motivo por el que se le considera una indignidad y hacemos tantos esfuerzos por impedirlo. Sin embargo, para enfermos para los que no es posible la recuperación, y para los que lo único que les queda por delante es una mayor desintegración, lo que les lleva a elegir la muerte es salvaguardar lo que les queda en su condición de personas. Ellos no desean morir, pero vivir en las condiciones a que se ven obligados a causa de su enfermedad es un destino peor que la muerte. Quill, T. E. *La muerte médicamente asistida: ¿Progreso o peligro?*, en V.V.A.A. *Morir con dignidad: Dilemas éticos al final de la vida*. Actas de la jornada organizada por la Fundación de Ciencias de la Salud. FCS – Doce calles. Madrid. 1996. Pág. 23.

⁵⁰⁰ Para con las personas a las que le falta poco para morir el médico tiene la esencial responsabilidad de ayudarles a que tengan una buena muerte que no carezca de sentido o, al menos, a paliar el sufrimiento de una mala muerte, si esto es lo mejor que se les puede ofrecer. *Ibidem*. Pág. 16.

de las terapias de soporte vital.⁵⁰¹ El suicidio médicamente asistido puede y debe verse como un paso más en el proceso de asistencia médica al paciente terminal en base al principio ético de no abandono del paciente.⁵⁰²

Los autores en comento establecieron unos criterios clínicos para el suicidio asistido⁵⁰³ en los siguientes términos: 1) El paciente tiene que expresar por propia iniciativa y de forma clara y reiterada que desea morir antes de continuar sufriendo. 2) El juicio del paciente no debe estar distorsionado; debe ser capaz de comprender la decisión, sus implicaciones y consecuencias. 3) El paciente tiene que padecer un proceso incurable y que esté asociado a un sufrimiento intenso, implacable e intolerable. 4) El médico tiene que asegurarse de que el sufrimiento y la petición del paciente no son el resultado de la ausencia de cuidados adecuados. 5) El suicidio médicamente asistido sólo debe ser llevado a cabo en el contexto de una relación médico-paciente significativa. Aunque pueda no ser posible una relación anterior, el médico tiene que llegar a conocer personalmente al paciente para que las razones de la petición sean totalmente comprendidas. 6) Se requiere la consulta de otro médico con experiencia en cuidados paliativos. Y 7) Debe requerirse una documentación clara que apoye cada una de las condiciones expuestas. Se desarrollará un sistema para comunicar, revisar, estudiar y distinguir claramente tales muertes de otras formas de suicidio.

⁵⁰¹ La muerte asistida ya sea con métodos directos o indirectos, apunta Quill, no es algo que deba llevarse a cabo sin una cuidadosa valoración del estado mental y una consideración de todas las alternativas posibles. La muerte asistida es una excepción y nunca debe ser vista como una alternativa a una asistencia sanitaria adecuada. Además, señala que los procedimientos más extendidos de muerte asistida consisten en suspender indirectamente o no iniciar un tratamiento potencialmente eficaz o usar grandes dosis de analgésicos sedativos para la mitigación del sufrimiento en el momento mismo del final. *Ibidem*. Págs. 18, 19 y 25.

⁵⁰² Quill, T. E.; Cassel, C. K. y Meier, D. E. "Care of the hopelessly ill. Proposed clinical criteria for physician-assisted suicide". *The New England Journal of Medicine*. Vol. 327. No. 19. Noviembre 1992. Citado en Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Op. Cit. Págs. 294 y ss.

⁵⁰³ Quill, T. E.; Cassel, C. K. y Meier, D. E. "Care of the hopelessly ill. Proposed clinical criteria for physician-assisted suicide". *The New England Journal of Medicine*. Vol. 327. No. 19. Noviembre 1992. Citado por Simón Lorda, Pablo y Couceiro Vidal, Azucena. *La eutanasia en Holanda y el suicidio asistido en EEUU*, en Urraca Martínez, Salvador (ed.). Op. Cit. Págs. 162 y 163. También pueden verse en Quill, T. E. *La muerte médicamente asistida: ¿Progreso o peligro?*, en V.V.A.A. *Morir con dignidad: Dilemas éticos al final de la vida*. Op. Cit. Pág. 32. Años más tarde Quill y cinco renombrados bioeticistas norteamericanos sostuvieron que lo decisivo en la evaluación ética y legal son los rigurosos criterios de control de los actos de muerte asistida y que la distinción entre eutanasia y suicidio asistido es poco relevante. Véase Quill, T. E. et al. "Regulating physician assisted death". *The New England Journal of Medicine*. Vol. 331. 1994. Págs. 119 a 123. Citado por Simón Lorda, Pablo y Couceiro Vidal, Azucena. *La eutanasia en Holanda y el suicidio asistido en EEUU*, en Urraca Martínez, Salvador (ed.). Op. Cit. Pág. 165.

Los objetivos de esos criterios que declaran sus autores son tres: 1) Proporcionar alguna orientación a los médicos y pacientes que están considerando la opción de suicidio asistido. 2) Promover una discusión abierta sobre los criterios clínicos potenciales y las salvaguardas para el suicidio médicamente asistido. Y 3) Orientar a políticos y legisladores que están considerando alguna modificación legal.

Por su parte, Albert R. Jonsen considera que no es razonable debatir los pros y contras del suicidio médicamente asistido sin tener en cuenta la situación social en la que las personas gravemente enfermas reciben asistencia médica. El suicidio médicamente asistido no sólo es una cuestión ética o legal, también es un asunto de justicia social.

Para él, los que se oponen al suicidio médicamente asistido basan sus argumentos en que la dedicación de la profesión médica al bienestar de los pacientes y a la promoción de la salud podría resultar seriamente dañada a los ojos del público y de los pacientes por la complicidad de los médicos en la precipitación de la muerte de los gravemente enfermos, aunque exista solicitud de por medio, pues provocaría muy posiblemente cambios en la relación médico-enfermo. Además, esas solicitudes de una muerte rápida se hacen a menudo en circunstancias de extrema tensión que pueden ser aliviadas por un concienzudo control del dolor y de otras intervenciones positivas. Por último, sostienen que si la tolerancia inicial del suicidio médicamente asistido se limita a la voluntariedad del paciente, probablemente su práctica posterior involucraría también a los pacientes involuntarios que “la habrían solicitado en caso de haber podido”. De manera similar, la opción de una muerte rápida y sin dolor puede comportar coerción para las personas que sienten que su estado es de carga para los demás. En suma, a pesar de que procurar una muerte rápida por la solicitud de un paciente que sufre parece piadoso y benevolente, la aceptación de la práctica como ética podría engendrar temibles consecuencias sociales.⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ Un ejemplo que apoya esos argumentos es el programa de la “eutanasia” iniciado en Alemania en la primera mitad del siglo XX que con el apoyo de muchos médicos benevolentes se dirigía, en un principio, exclusivamente a los enfermos incurables pero gradualmente devino en genocidio. Este es el argumento de “pendiente resbaladiza”, la tolerancia frente a una práctica cuestionable sobre la base de que es inofensiva, llegará gradualmente a la tolerancia de prácticas más agresivas pues la gente ya se ha acostumbrado a los valores relacionados con esa práctica. Cfr. Jonsen, Albert R. “Ética de la eutanasia”. Op. Cit. Pág. 110. A este respecto, el médico y bioeticista español Javier Júdez analiza con bastante detalle la evolución y los resultados de la Ley de Muerte con Dignidad (*Death with Dignity Act*) promulgada en el Estado de Oregon, EEUU, el 27 de octubre de 1997 en la que se permite que enfermos

En cambio los partidarios del suicidio médicamente asistido afirman que los individuos autónomos tienen autoridad moral sobre sus vidas y debería permitírseles acceder a los medios necesarios para poder poderle fin a su vida en caso de dolor y sufrimiento, por tanto, actúan éticamente quienes por compasión y respeto a la autonomía intervienen en tal acto. Además, aseguran que a menudo el dolor e incapacidad es resultado del “éxito” de una intervención médica que ha prolongado la vida, por ello el estado actual de la medicina no puede tener como referente moral el Juramento Hipocrático, sino más bien regirse por la autonomía de la persona.⁵⁰⁵

Para Jonsen, más allá de legalizar el suicidio médicamente asistido, el médico debe ser capaz de tomar decisiones en conciencia sobre la asistencia a los pacientes que desean acabar con su vida. La práctica del suicidio asistido conlleva a decisiones difíciles que involucran la capacidad del paciente, la enfermedad terminal y los medios para tratar el dolor. El médico puede en todo caso presentar una objeción de conciencia debiendo informar al paciente sobre su posición para discutir posibles opciones mutuamente aceptables; si el paciente insiste en su deseo de solicitar ayuda para el suicidio, el médico podrá renunciar al caso o proporcionar únicamente cuidado paliativo. En tanto que el médico que se halle más próximo a los argumentos a favor de

terminales pongan fin a sus vidas a través de la autoadministración de medicamentos letales expresamente prescritos por un médico para tal fin. Esa ley señala que la persona que desee acogerse a lo dispuesto por ella debe cumplir ciertos requisitos, tales como: Ser mayor de 18 años, residente del Estado, materialmente competente, padecer una enfermedad terminal, contar con la valoración de dos médicos y solicitar voluntaria y reiteradamente una prescripción para poner fin a su vida usando esa medicación lo considere oportuno. También establece una serie de salvaguardas para garantizar la legalidad del acto. Con base a los reportes anuales sobre la aplicación de esa ley, Júdez llega a la conclusión de que el suicidio médicamente asistido se ha desarrollado como un fenómeno muy minoritario y sin sobresaltos, además ha producido un efecto colateral al que denomina “fenómeno de lupa” ya que ha permitido mejorar la atención al final de la vida al corregir el sistema sanitario, al explorar y revisar la atención integral, al revisar las opciones y alternativas disponibles para la situación de cada paciente en concreto en cada momento, y al profundizar en los temores y deseos de aquellos que se interesan por el suicidio médicamente asistido. Pero se cuestiona si esos resultados son aplicables a otros contextos sociosanitarios que permitiesen ese acto. Véase Júdez, Javier. “Suicidio médicamente asistido en el final de la vida”. *Medicina Clínica*. Vol. 125. No. 13. 2005. Págs. 500 y 501. Para Koldo Martínez, las razones que aducen que las políticas de despenalización de la eutanasia y del suicidio médicamente asistido provocarían la pérdida de confianza en la relación clínica no tienen fundamento alguno e, incluso, ocurriría lo contrario pues los pacientes se sentirían más cómodos con un médico que saben que si se lo piden no les va a abandonar y va a intentar cumplir sus deseos. En cuanto al argumento de la “pendiente resbaladiza” Koldo sostiene que puede ser refutado a partir de la experiencia en la despenalización de la eutanasia en los Países Bajos ya que no se ha producido una carrera desbocada hacia la eutanasia por parte de los profesionales ni de los ciudadanos. Martínez-Uribebarrenetxea, Koldo. Op. Cit. Pág. 403.

⁵⁰⁵ Cfr. Jonsen, Albert R. “Ética de la eutanasia”. Op. Cit. Pág. 110.

esa práctica tiene que reconocer que en la mayoría de las legislaciones se trata de un acto criminal.

Antes de hacer algunas consideraciones concretas a modo de conclusión, es oportuno analizar la postura de Robert Spaemann. Este filósofo manifiesta su negativa a la despenalización del suicidio médicamente asistido en los mismos términos en como lo hizo con la eutanasia. Para él, del “derecho a suicidarse” derivaría entonces el derecho a dejarse matar. El suicidio no es un derecho, sino una acción que se disocia de la esfera del sistema jurídico. No se puede inferir la existencia de un derecho a matar a otra persona, o bien a ser muerto por ella. En la mayoría de los casos el suicidio no es sino la expresión de una debilidad extrema y del empobrecimiento en la capacidad de evaluar la realidad. En ese contexto, cita a Wittgstein quien sostiene que si se permite el suicidio, entonces todo será permitido.

Allá donde la ley permita o la moral apruebe el matarse o dejarse matar, los ancianos y enfermos pronto tendrán que responder ante sus cuidadores, parientes y conciudadanos por todos los desvelos, privaciones o cuidados que detraen en su beneficio. Ya no contará el destino, ni la moral, ni la solidaridad que exigen esos sacrificios; tan sólo interesará que quien demanda esos cuidados pueda exonerar a los demás del cumplimiento de sus obligaciones, y que para eso pueda encargar a otros que le quiten de en medio si por egoísmo o cobardía es incapaz de desocupar por él mismo la plaza que ocupa. Cuando se percibe que la vida carece de sentido para el que sufre, según Spaemann, entonces nos encontramos con una sociedad insolidaria como consecuencia de la rehabilitación moral del suicidio y de la muerte a petición, es decir, del silencioso gesto que sin palabras indica: “Por favor, ahí está la salida”.

La oferta del suicidio asistido sería la escapatoria más infame, puesto que así la sociedad se puede plantear la posibilidad de sustraerse al deber de solidaridad con los más débiles y, además, de la forma más barata. Una sociedad hipereconomicista como la nuestra finalmente escogerá, con toda seguridad, afirma Spaemann, la salida más barata, a no ser que la firmeza legal y moral desanime por completo a quienes preconizan la apertura de esas posibilidades.⁵⁰⁶

⁵⁰⁶ Spaemann, Robert. “¿Matar o dejar morir?” Op. Cit. Págs. 109 y ss.

Estas posturas teóricas vertidas en relación al suicidio médicamente asistido permiten afirmar que los señalamientos o recomendaciones que se hechas en torno a la eutanasia también son aplicables, en lo general, al tema en estudio. Sin embargo, conviene establecer algunas orientaciones éticas concretas por el tipo de problemas particulares que le atañen:

a) El médico no tiene un carácter instrumental dentro de la relación clínica. El médico, al igual que su paciente, es un agente moral con creencias, principios y valores propios, es un sujeto con responsabilidad ética y jurídica de todos sus actos; por tal motivo, ni el paciente ni la sociedad le deben considerar meramente como un instrumento que ha de cumplir ciegamente con la voluntad de otra persona que solicita su ayuda para morir.

b) No se puede discutir la moralidad o la legalidad del suicidio médicamente asistido en tanto no se hayan garantizado unos mínimos decentes en la atención médica, social, jurídica, económica, espiritual... de los enfermos terminales y de sus respectivas familias.⁵⁰⁷

c) Aunque en el suicidio médicamente asistido el médico no causa directamente la muerte del paciente, sí tiene una responsabilidad ética y jurídica cuando conoce y consciente su intención de morir y, en consecuencia, le prescribe los medicamentos o fármacos apropiados para tal fin.

d) La atención médica que se brinda a los enfermos terminales debe ser menos curativa y más paliativa, menos tecnificada y más humanizada. El transcurso del tiempo

⁵⁰⁷ Este principio que he formulado puede tener difícil acomodo en la práctica o poca aceptación social sobre todo en quienes tienen arraigada la idea de la permisión. Tal es el caso, por ejemplo, de Koldo Martínez para quien el suicidio médicamente asistido y los cuidados paliativos no son mutuamente excluyentes, por ende, a pesar de un esfuerzo en proporcionar cuidados paliativos efectivos y eficaces puede existir una petición a practicar tales actos la cual debe ser atendida. Véase Martínez-Urionabarrenetxea, Koldo. Op. Cir. Pág. 406. A este respecto, Javier Barbero afirma que establecer cuidados paliativos como alternativa a la eutanasia es un planteamiento equivocado, ya que pueden haber personas que prefieran la eutanasia o el suicidio médicamente asistido a pesar de tener a su alcance los mejores cuidados paliativos. Sin embargo, señala que esos actos serán siempre el último recurso, meras excepciones, como un mal menor; pues previamente debería existir una cobertura total y de alta calidad de cuidados paliativos. De no ser así, sería como construir una casa empezando por las ventanas. Barbero Gutiérrez, Javier. *Cuidados paliativos*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 112 y 113.

en una enfermedad terminal disminuye las posibilidades de curación y aumenta la sensación de angustia, dolor o disconfort; por tanto, el “estar” del médico, el “estar” de la familia y el “estar” de la sociedad con el enfermo sin duda es una exigencia moral en todo momento.

e) La vida y la muerte se gestionan de modo privado de acuerdo con el propio y personal sistema de valores, la protección que otorga el Derecho a esa autogestión no crea un derecho a la muerte del modo que se pueda exigir coactivamente a otro, en este caso al médico o al Estado, que le faciliten los medios adecuados para poner fin por sí mismo a la propia vida.

f) Un documento de voluntades anticipadas no puede establecer la opción o posibilidad del suicidio médicamente asistido; más allá del juicio moral o jurídico del acto, las disposiciones contenidas en ese documento invariablemente suponen el cumplimiento por parte de otra persona debido a que su autor es física y mentalmente incapaz de ejecutarlas por sí mismo.

3.7 Cuidados paliativos en pacientes en fase terminal.

A lo largo de la investigación se ha hablado mucho de los cuidados paliativos y de su importancia para la atención médica integral del paciente, sobre todo de aquél que se encuentra en la fase terminal de su vida. También se ha insistido en la necesidad médica y social de mejorar esa parte de la práctica médica en lugar de elegir una opción más fácil, rápida y económica consistente en la permisión de ciertos actos como la eutanasia y el suicidio médicamente asistido. Sin embargo, debido a la trascendencia del tema para el estudio bioético-jurídico de las voluntades anticipadas, no se puede dar por terminado este capítulo sin hacer varios señalamientos puntuales y concretos al respecto.

Según lo dicho hasta ahora, por cuidados paliativos se entiende a la asistencia total, activa y continua de los pacientes y de sus familias por un equipo multiprofesional cuando la expectativa médica no es la curación. La meta fundamental es dar calidad de vida al paciente y su familia sin intentar alargar la supervivencia. Debe cubrir las

necesidades físicas, psicológicas, espirituales y sociales del paciente y sus familiares. Si es necesario, el apoyo también debe incluir el proceso de duelo.⁵⁰⁸

Para el psicólogo clínico y bioeticista español Javier Barbero⁵⁰⁹ los cuidados paliativos nacen como una herramienta útil para conseguir que los enfermos, especialmente los terminales, obtengan el máximo bienestar posible en el proceso final de su vida, y que los familiares y allegados puedan recibir el apoyo que precisan. Una expresión prohibida en los cuidados paliativos es: “Ya no hay nada por hacer”; aun cuando una persona no tiene posibilidades de curarse, siempre se le podrá cuidar o proporcionar los mejores medios para hacer de su desenlace vital un suceso lo más humanamente posible.

El cambio de la actitud curativa a la actitud paliativa no se da de forma drástica. El binomio curar-cuidar no tiene un punto de corte tajante, aun cuando el objetivo puede ser fundamentalmente curativo en un primer momento de la enfermedad, el cuidado siempre está indicado; del mismo modo, cuando la dinámica de los cuidados paliativos da prioridad al cuidado no excluye que se pueden curar diferentes problemas que se convierten en síntomas que provocan un malestar significativo en los pacientes.⁵¹⁰

⁵⁰⁸ SECPAL. *Historia de los Cuidados Paliativos en España*. Op. Cit. En el 2002 la SECPAL formuló la “Declaración sobre la atención médica al final de la vida” en la que se advierten los objetivos de la atención médica en las enfermedades avanzadas y terminales. Según la declaración, los principios y objetivos fundamentales de la atención son los de promover la máxima calidad de vida, dignidad y autonomía a los enfermos teniendo en cuenta sus necesidades físicas, emocionales, sociales y espirituales, considerado al enfermo y a su familia como una unidad a tratar. El texto de la declaración puede verse en <http://www.unav.es/cdb/secpal1.html> Consultada el 12 de marzo de 2009. En este sentido, David Callahan considera que la muerte no debe ser el enemigo a vencer sino el dolor, la discapacidad y la baja calidad de vida previa a la muerte. Callahan, D. “Death and the research imperative”. *The New England Journal of Medicine*. Vol. 342. No. 9. Marzo 2000. En <http://content.nejm.org/content/vol342/issue9/index.dtl> Consultada el 18 de marzo de 2009. La OMS se refiere a los cuidados paliativos como un modo de abordar la enfermedad avanzada e incurable que pretende mejorar la calidad de vida tanto de los pacientes que afrontan una enfermedad como de sus familias, mediante la prevención y el alivio del sufrimiento a través de un diagnóstico precoz, una evaluación adecuada y el oportuno tratamiento del dolor y de otros problemas tanto físicos como psicosociales y espirituales.

⁵⁰⁹ Véase Barbero Gutiérrez, Javier. *Cuidados paliativos*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 68 y ss.

⁵¹⁰ Cuando se abordó el tema de la LET se llegó a la conclusión de que los cuidados intensivos y los cuidados paliativos no son excluyentes sino coexistentes; en otras palabras, los tratamientos curativos y los paliativos no son mutuamente excluyentes. Para José Manuel Núñez, la elección de un determinado tratamiento deberá estar condicionada por una adecuada identificación de la fase en la que se encuentra la enfermedad (curativa, paliativa o agónica); además, el progreso de la medicina modifica constantemente las fronteras entre esas fases. El conflicto en la elección entre tratamiento curativo y tratamiento paliativo se puede producir por varios motivos: Posibilidad de obtener idénticos resultados para el control de los síntomas con ambos tipos de tratamiento; posibilidad de prolongar la supervivencia con alguno de los dos tratamientos aunque éste no sea el objetivo principal; patologías para las cuales las mejores opciones de control de la sintomatología en la fase terminal residen fundamentalmente en tratamientos

En este orden de ideas, los cuidados paliativos se dirigen al paciente que sufre y que está muriendo, pero también a su familia. La familia no es sólo sujeto cuidador del enfermo, sino que también acaba siendo objeto de cuidados debido a que su participación no es meramente instrumental, también es afectiva y existencial. Con esto se evidencia la doble función de los cuidados paliativos. En un primer momento, se refiere a la asistencia integral proporcionada al paciente y a su familia y; en un segundo momento, en cuanto al acompañamiento de la familia en el duelo tras la muerte del paciente.⁵¹¹ Unos cuidados paliativos que tiendan a la excelencia han de cubrir esos dos momentos.

Debido a que no existen síntomas que supongan una amenaza universal de la misma intensidad para todos los enfermos, para los cuidados paliativos es importante explorar qué situación, síntoma, estímulo o estado (biológico, psicológico y/o social) percibe el enfermo como una amenaza importante para su existencia o integridad física o psicológica. La sensación de amenaza y el sentimiento de impotencia que conlleva la enfermedad terminal son subjetivos y, por tanto, el sufrimiento también lo es. De este modo, los cuidados paliativos parten de la experiencia vivencial de cada enfermo que vive su enfermedad.⁵¹²

Así como el ingreso de un paciente en la UCI no puede atender a criterios explícitos en función únicamente del tipo de patología, los cuidados paliativos no

activos/específicos/curativos, por ejemplo, sida, neoplasias, algunos tipos de insuficiencia cardíaca, etc.; dificultad para reconocer la transición entre la fase opción curativa y la fase de opción paliativa en la evolución de la enfermedad del paciente individual y; necesidad de replantear una opción curativa o de prolongación significativa de la supervivencia una vez diagnosticado un paciente como terminal. Núñez Olarte, José Manuel. *Una elección básica: Tratamiento ¿curativo? O tratamiento paliativo*, en Couceiro, Azucena. (ed.). *Ética en los cuidados paliativos*. Triacastela. Madrid. 2004. Págs. 110, 112 y 121.

⁵¹¹ Sobre el duelo véase Kübler-Ross, Elizabeth. *Una luz que se apaga*. Trad. Pilar Angulo. Pax. México. 1985. Kübler-Ross, Elizabeth. *La muerte: Un amanecer*. Trad. Paz Jauregui. Liciernaga. Barcelona. 1989. Barbero Gutiérrez, Javier. *Cuidados paliativos*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 87 y ss. Y Díaz, Nohemí. *Duelo*, en *Cuidados Paliativos. Guías para el manejo clínico*. OMS. 2004.

⁵¹² Barbero, como psicólogo, sostiene que el apoyo psicológico y el establecimiento de niveles adecuados de comunicación terapéutica van a ser imprescindibles. Limitar el apoyo psicológico especializado a casos de psicopatología supone un desconocimiento de la repercusión de las alteraciones emocionales inherentes al proceso de morir limitando una perspectiva fundamental de los cuidados paliativos: La prevención de aquella parte del sufrimiento que pueda ser evitable. Sostiene, además, que la tecnología punta de los cuidados paliativos se encuentra en el trabajo interdisciplinario. Cfr. Barbero Gutiérrez, Javier. *Cuidados paliativos*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 81 y 104.

pueden generalizar el tipo de cuidados, atención y acompañamiento⁵¹³ para todos los pacientes. El proceso de morir es único y diferente en cada persona. Los protocolos, criterios, recomendaciones, etc. no son una limitación para entender, comprender y atender al enfermo (no a la enfermedad) en los últimos días de su vida.⁵¹⁴

Para la bioeticista española Azucena Couceiro, es necesario recuperar la excelencia como *éthos* profesional de la medicina especialmente cuando la actividad humana consiste en la ayuda del otro. La aspiración a la excelencia debe ser parte de los cuidados paliativos porque la ayuda al otro no sólo es técnica sino también humana, y constituye el núcleo central de la actividad clínica.⁵¹⁵

Uno de los primeros y más importantes problemas de los cuidados paliativos ha sido y sigue siendo el de delimitar con claridad en qué consiste el bien específico que prestan a la sociedad. Cuando ese bien descansa en una serie de hechos técnicos, como

⁵¹³ El tema del acompañamiento del enfermo es esencial no sólo en medicina paliativa sino en la práctica de la medicina en general, sobre todo cuando aquél se enfrenta a los últimos momentos de su vida. En este sentido, se han establecido cuatro opciones a las que se puede ceñir la atención médica: el abandono, la lucha, la finalización y el acompañamiento. Ésta última se opone a las tres actitudes anteriores: “Curar a veces, aliviar a menudo, acompañar siempre”. El acompañamiento puede activo o pasivo. El activo se presta a que se tomen medidas de cierta “lucha” buscando un beneficio para el paciente, pero aquí es donde es conveniente buscar unos límites razonables para no excederse ni quedarse corto. El pasivo consiste en “estar ahí” sin participar ni influir en la evolución del proceso o involucrarse con las medidas que se crean oportunas. No se puede compatibilizar el acompañar y el dar fin. La actitud de acompañamiento no se limita a un plazo, de hacerlo, se convertiría en la antesala del abandono o en un abandono encubierto o, incluso, en un sistema de finalización con apariencia de cuidados paliativos. Véase Véase Sanz Rubiales, Álvaro et al. Op. Cit. Págs. 215 a 233.

⁵¹⁴ Se trata de no dar por supuesto, sino de tener en cuenta la idiosincrasia de cada persona, su particularidad, la percepción subjetiva de lo que está ocurriendo en su interior o viviendo en su experiencia. No hay un paciente igual al otro ni una forma de morir que se pueda generalizar de manera protocolizada para todo el mundo. Nos podemos preguntar si todo paciente al final de su vida es subsidiario de ser atendido por equipos específicos de cuidados paliativos, la respuesta es no. Habrá pacientes que por su complejidad clínica o por la desadaptación psicosocial precisarán la participación de equipos específicamente paliativos. Barbero Gutiérrez, Javier. *Cuidados paliativos*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 76 y 103. Cada individuo constituye un individuo con necesidades, deseos, esperanzas y circunstancias únicas, las aproximaciones terapéuticas deberían estar basadas en la evidencia pero individualizadas. Núñez Olarte, José Manuel. *Una elección básica: Tratamiento ¿curativo? O tratamiento paliativo*, en Couceiro, Azucena. (ed.). *Ética en los cuidados paliativos*. Op. Cit. Pág. 123.

⁵¹⁵ No cabe duda de la bondad moral que hay en la preocupación de un ser humano hacia ese otro que se encuentra en la fase terminal de su vida, pero eso no significa que a partir de ahí todo lo que sigue sea permitido. La relación entre el médico y el paciente que sufre no es de dominio sino de convivencia; el centro de esa relación no está ocupado por el *logos* o razón, sino por el *pathos* o sentimiento. En el ejercicio de cuidar es tan fundamental el cálculo racional de la situación del paciente y de sus posibilidades, como la *praxis* del sentimiento, la proximidad y la empatía con el enfermo. Nada es ético *per se*, por tanto, los cuidados paliativos no son éticos por sí mismos, pues necesitan muchos conocimientos, ciertas habilidades, el desarrollo de deliberación sobre todos y cada uno de los problemas que surgen en la *praxis* clínica. Couceiro, Azucena. “La ética de los cuidados paliativos”. *Jano*. Vol. 67. No. 1532. 2004. Pág. 99.

es el caso del cirujano que opera un apendicitis, la cosa parece estar más clara, pero cuando se introducen conceptos con un fuerte contenido valorativo las cosas se complican, y conviene al menos tener presente que lo que damos por objetivo contiene en muchas ocasiones una fuerte carga subjetiva.⁵¹⁶

Como lo apunta Barbero, los cuidados paliativos afirman la dignidad y la autonomía de la persona y; por tanto, siguen creyendo que el protagonista activo y decisor de lo que está ocurriendo es el propio paciente. No se trata de elaborar objetivos terapéuticos “para” ellos, sino “con” ellos. Si se afirma la vida en positivo y si la muerte no es concebida como un fracaso sino como un proceso normal inherente a la condición humana, será más fácil que la actitud terapéutica sea positiva y que no funcione a la defensiva. Se pueden hacer muchas cosas para acompañar y tratar al paciente en fase terminal, se pueden hacer como buenas y no sólo como un mal menor.

La expresión “control de síntomas” es característica de los cuidados paliativos la cual se refiere al control del dolor. Al respecto es necesario decir dos cosas: No es exacta la afirmación de que controlando el dolor se está disminuyendo el sufrimiento, pues el dolor u otros síntomas pueden estar enmascarando una realidad aún más sufriente para la persona; además, el control de síntomas no es un fin en sí mismo, sino un medio importante para conseguir el objetivo de que la persona enferma alcance los mayores niveles de satisfacción y de bienestar deseados por él.

Los cuidados paliativos requieren que su hacer asistencial se dé en un clima de respeto, tranquilidad, comunicación y apoyo mutuo. Esto depende de las actitudes del médico, del enfermo, de la familia, del enfermero, etc., pero también del contexto en el que se provea la asistencia. No se trata de afirmar de que sea preferible morir en casa o en un centro asistencial sino de procurar que, sea donde sea, el contexto sea lo menos depresógeno y más tranquilizador posible.⁵¹⁷

⁵¹⁶ Couceiro, Azucena. *Ética profesional y cuidados paliativos: En busca de la excelencia*, en Couceiro, Azucena. (ed.). *Ética en los cuidados paliativos*. Op. Cit. Pág. 35. Cuando las enfermedades son agudas es más importante el principio de no maleficencia, pero en el caso de las enfermedades crónicas, y sobre todo en la etapa terminal donde las relaciones humanas son de otro tipo y más prolongadas, la integración de la enfermedad en el proyecto de vida del paciente adquiere una importancia de primer orden, por lo que el profesional, además de no actuar maleficentemente, tiene la obligación ineludible de promover la beneficencia. Cfr. Ibidem. Pág. 41.

⁵¹⁷ Barbero Gutiérrez, Javier. *Cuidados paliativos*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 92 y ss.

Richard A. Parker, paliativista de la *Harvard Medical School*, menciona dos características fundamentales para la atención del enfermo terminal: La flexibilidad y las habilidades de comunicación. Flexibilidad para hacer frente a la gran variabilidad de situaciones que se producen en dicha atención. Habilidades de comunicación para poder conocer el mundo de los valores del paciente, conseguir un alto grado de comunicación con él y poder responder a sus preocupaciones y a las de sus familiares.⁵¹⁸

Para Diego Gracia,⁵¹⁹ la ética del cuidado surge en la idea de la verticalidad de las relaciones humanas basadas en el binomio autoridad/sumisión, o bien mandato/obediencia. Por esta razón los cuidados paliativos asumieron en sus orígenes ciertos rasgos propios de las éticas de la convicción, pero poco a poco han se están dirigiendo a los modelos propios de la ética de la responsabilidad.

La tesis de la ética de la convicción reside en que las consecuencias no son importantes, sólo los principios incondicionados y las intenciones deben guiar la acción moral. Es una ética del absoluto. En cambio, para la ética de la responsabilidad, las consecuencias son importantes para la vida moral, por ello es necesario equilibrar principios y consecuencias. Una ética que no ponga su atención a las consecuencias no es responsable. Cabe decir, además, que estas éticas son complementarias, pues no hay responsabilidad sin convicción.

De este modo, las circunstancias en las que una persona está enfrentando sus últimos días de vida son muy importantes para determinar el tipo de cuidado que se le puede ofrecer a esa persona. Los principios sin consecuencias son ciegos, y las consecuencias sin principios, vacías. La subjetividad, la individualidad, la experiencia de vida personal, el modo en que una persona asume la proximidad de su muerte y el sentido que le da al dolor inherente a su enfermedad no pueden ser ajenos para emitir un juicio moral o médico respecto de su atención.

⁵¹⁸ Cfr. Parker, R.A. "Caring for patients at the end of life: Reflexions after 12 years of practice". *Annals of Internal Medicine*. Vol. 136. No. 1. Junio 2002. Págs. 72 a 75. En <http://www.annals.org/cgi/content/abstract/136/1/72> Consultada el 18 de marzo de 2009.

⁵¹⁹ Véase Gracia, Diego. *Ética de los cuidados paliativos: De la convicción a la responsabilidad*, en Couceiro, Azucena (ed). *Ética en los cuidados paliativos*. Op. Cit. Págs. 363 a 393.

Si la bioética actual está orientada hacia la responsabilidad, los cuidados paliativos a la luz de sus principios deben ser conscientes de que el acompañamiento y el cuidado han de atender la “subjetividad del otro” como sujeto que sufre y que está muriendo de tal forma que permitan y promuevan la trascendencia del enfermo de lo relativo de su estructura biológica o natural, al sentido absoluto de su realidad biográfica o personal.

José Manuel Nuñez propone cinco etapas para la toma de decisiones clínicas en un paciente que precisa de cuidados intensivos con una anomalía clínica:

1) Delinear los problemas potenciales y los efectos adversos de la anomalía clínica motivo de estudio que puedan influir en la calidad de vida del enfermo.

2) Valorar el grado de sufrimiento asociado al problema específico dentro de la constelación sintomática del paciente, sabiendo que un mismo síntoma puede ser percibido con una importancia diferente a lo largo de la evolución de la enfermedad.

3) Identificar los problemas potenciales que se derivan de la corrección de la anomalía clínica, y cómo el intento de corrección puede influir en la calidad de vida del enfermo.

4) Análisis riesgo/beneficio con valoración de las ventajas/desventajas de intervenir o no al paciente.

5) Desarrollar un consenso con el paciente, la familia y otros miembros del equipo sobre la conducta a seguir.⁵²⁰

A modo de conclusión se pueden establecer algunos principios éticos que deben observarse tanto en la política sanitaria como en los servicios o unidades de cuidados paliativos:

⁵²⁰ Nuñez Olarte, José Manuel. *Una elección básica: Tratamiento ¿curativo? O tratamiento paliativo*, en *ibidem*. Pág. 123.

1) El derecho a la atención médica incluye invariablemente el acceso a los cuidados paliativos, independientemente de ser pública o privada la institución que preste la asistencia médica.

2) Los cuidados paliativos no son opcionales ni discrecionales para el médico ni para el Estado, constituyen el mínimo decente que un sistema sanitario justo puede ofrecer a la persona que está muriendo.

3) El objetivo fundamental de los cuidados paliativos debe ser la ayuda especializada y multidisciplinaria a los pacientes y sus familias en la fase final de una enfermedad terminal.

4) Los cuidados que tiendan a la excelencia técnica y ética deben acompañar, cuidar y procurar la mejor calidad de vida, es decir, han de controlar el dolor, el sufrimiento y la angustia no sólo del paciente sino también de su familia durante la terminalidad de la enfermedad y una vez que ocurra el desenlace final.

5) La vida no es un valor absoluto, por tanto, la muerte no debe ser considerada como el fracaso de la medicina. Los cuidados paliativos no deben acelerar el proceso de morir (aunque indirectamente se pueda acortar la vida por el tratamiento del dolor, por ejemplo, el caso de la sedación terminal) y tampoco deben prolongar la vida (aunque en ocasiones están indicados ciertos tratamientos curativos).

6) Son útiles y convenientes las recomendaciones, protocolos o guías en los cuidados paliativos; sin embargo, su éxito está en reconocer las necesidades y expectativas de cada paciente, en comprender y atender su grado de dolor, angustia y sufrimiento. Unos buenos cuidados paliativos no son para la mayoría (generalización), sino para todos y para cada uno (universalización).

7) Ni médica ni éticamente es posible hacer una diferencia tajante entre tratamientos curativos y tratamientos paliativos. Los cuidados intensivos y los cuidados paliativos lejos de ser excluyentes son coexistentes. El objetivo de la medicina no es sólo combatir la muerte allá donde exista una posibilidad de que ocurra, sino luchar

contra la muerte prematura y la muerte inoportuna y, cuando ello no es posible, evitar el dolor y el sufrimiento y permitir una muerte en paz.

8) Frecuentemente y con suficiente razón se alude al descuido de los cuidados paliativos por parte de las políticas sanitarias para defender la postura en contra de la despenalización de la eutanasia o del suicidio médicamente asistido. La puesta a punto de los cuidados paliativos no debe tener como objetivo primordial ese cambio legislativo sino brindar una mejor atención médica y acompañamiento para la persona que sufre.

9) Para la eficacia de los cuidados paliativos no es necesario que se contengan en un documento de voluntades anticipadas; sin embargo, deben ser considerados en su redacción porque forman parte de la planeación estratégica de la atención médica.

10) Una forma de garantizar el acceso a los cuidados paliativos de calidad es por medio de una ley que los regule y establezca los mecanismos adecuados para su organización y funcionamiento.

3.8 Recomendaciones para la toma de decisiones médicas, éticas y jurídicas en temas relacionados con las voluntades anticipadas.

Las decisiones sobre la vida, la salud o la muerte aunque en principio son fruto de una reflexión personal, implican una responsabilidad global y, por tanto, exigen compromiso social, no indiferencia; argumentación, no votación; fundamentación, no liberalismo ni paternalismo; inclusión, no discriminación; y prevención, no mera aceptación. En consecuencia y a modo de colofón, formulo una serie de recomendaciones para la toma de decisiones médicas, éticas y jurídicas en temas relacionados con las voluntades anticipadas.

1) Medicina basada en la evidencia. La toma de decisiones debe ajustarse al conocimiento biomédico que se tenga de la enfermedad en ese momento.

2) Individualización de la enfermedad. Las decisiones no son generales, sino concretas; por tanto, el diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento son individuales, la

enfermedad es un marco general de síntomas que cada persona padece o afronta de modo diferente.

3) Contextualización de la enfermedad. La enfermedad no sólo es una afectación fisiológica; perturba la vida y entorno de la persona que la sufre; por tanto, las decisiones deben involucrar, además de los factores biológicos, factores psicológicos, espirituales, económicos, emocionales, éticos, etc.

4) Ponderación de hechos y valores. Las decisiones deben armonizar el mundo de los hechos biológicos de la enfermedad en relación con un paciente concreto y los valores ético-jurídicos de los participantes de la relación clínica. Los hechos de las ciencias biomédicas sin valores son ciegos, y los valores sin hechos, resultan vacíos.

5) Probabilidad. Tanto en medicina como en ética no hay respuestas con certeza absoluta, solamente son probables. La atención médica pocas veces ofrece certeza en los resultados, lo que se tiene son meras probabilidades. La obligación en este caso no consiste en buscar la certeza ética y médica absoluta, sino en reducir lo más posible la incertidumbre mediante una adecuada evaluación de los factores, alternativas, circunstancias y consecuencias del caso concreto.

6) Deliberación. El diálogo, la información, el consentimiento, el consenso y la deliberación son una exigencia para el equipo médico. Cuando las circunstancias lo permitan las decisiones deben ser tomadas mediante un proceso deliberativo, es decir, mediante el estudio de los argumentos de las personas involucradas, del análisis de los valores en conflicto, de la justificación de los posibles cursos de acción, de la aclaración del marco legal, etc. Este método garantiza la prudencia y la calidad de la elección.

7) Respeto de la autonomía. Debe respetarse la decisión informada y consciente del paciente en lo relativo a la aceptación o rechazo que haga de los cuidados intensivos o paliativos, siempre y cuando no se violen los principios de no maleficencia y de justicia.

8) Planeación de la atención. Los profesionales de la salud, especialmente los médicos de cabecera, deben planear junto con el paciente la atención médica; una forma

de hacerlo es mediante la recomendación que hagan, especialmente a los pacientes con enfermedad crónica, de expresar su voluntad mediante un documentos de voluntades anticipadas.

9) La muerte no es un fracaso terapéutico. Según el principio de beneficencia, el médico no esta obligado a mantener la vida de su paciente a toda costa. La práctica de la medicina va más allá de evitar la muerte, debe aliviar, acompañar y, en la medida de lo posible, ayudar a una buena muerte.

10) No abandono del paciente. Si el paciente ha expresado su deseo no recibir medidas de soporte vital, o bien, se ha decidido no iniciarlas o retirarlas, esto no libera al equipo sanitario, ni a la familia, ni a la sociedad, ni al Estado de la obligación ética y jurídica acompañar y proteger al enfermo.

11) Aliviar el sufrimiento. Los cuidados intensivos y los cuidados paliativos no son opciones mutuamente excluyentes sino complementarias. Los servicios o unidades de cuidados intensivos tienen la obligación de proporcionar tratamientos que alivien el sufrimiento, deben proporcionar el mejor tratamiento posible a los pacientes moribundos y a sus familiares.

12) Responsabilidad. El equipo médico, la familia y el paciente, en su caso, no sólo deben ser conscientes que deben afrontar las consecuencias positivas o negativas producto de su elección, sino más aun deben prevenir sus resultados o efectos mediante un adecuado análisis bioético del caso en particular.

CAPÍTULO 4

REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS

Sumario: 4.1 Génesis y definición de las voluntades anticipadas. 4.2 Función médica de las voluntades anticipadas. 4.3 Contenido del documento de voluntades anticipadas. 4.4 Regulación jurídica de las voluntades anticipadas en España. 4.5 Regulación jurídica de las voluntades anticipadas en México. 4.6 Análisis jurídico de la regulación de las voluntades anticipadas en España y en México. 4.6.1 Concepto y definición. 4.6.2 La formalidad como elemento de validez. 4.6.3 Contenido del documento. 4.6.4 Capacidad del otorgante. 4.6.5 Límites para su otorgamiento y ejecución. 4.6.6 Revocación del documento. 4.6.7 Su inclusión en la historia clínica. 4.6.8 El registro de las voluntades anticipadas. 4.7 Conflictos jurídicos a partir del proceso legislativo en México. 4.8 Recomendaciones bioéticas para la elaboración y aplicación de los ordenamientos jurídicos que regulan las voluntades anticipadas.

CAPÍTULO 4

REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.

Nada es más difícil y, por tanto, máspreciado que el poder decidir.
Napoleón Bonaparte

4.1 Génesis y definición de las voluntades anticipadas.

Según el profesor de filosofía del derecho de la Universidad Complutense de Madrid José Miguel Serrano Ruiz-Calderón,⁵²¹ el origen de las instrucciones previas o voluntades anticipadas pueden vincularse a dos causas: Al desarrollo del consentimiento informado debido a la introducción de la idea de autonomía individualista a la medicina, y al temor generado en torno al encarnizamiento terapéutico y a la prolongación de los sufrimientos.

En el mismo sentido Miguel Ángel Sánchez González, profesor de historia y teoría de la medicina de la misma universidad, considera que las instrucciones previas han sido ideadas y promovidas en el seno de cierta cultura –la sociedad pluralista– que valora sobre todo la autonomía y los derechos de los individuos y, por ende, ha impuesto un modelo médico autonomista sobre el paternalismo médico tradicional al grado de considerarlas como meras condiciones que el paciente impone en un contrato al médico;⁵²² sin embargo, además de los factores culturales intervienen otros de tipo

⁵²¹ Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel. “La Ley 41/2002 y las voluntades anticipadas”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. XVII. No. 59. Enero-abril 2006. Págs. 69 y ss.

⁵²² En este orden de ideas, Armando Azulay afirma que legislar sobre las voluntades anticipadas podría dar a entender que el médico tiende a actuar sistemáticamente de una manera incorrecta y que el enfermo le está indicando cuál es la mejor forma de hacerlo. Las voluntades anticipadas son innecesarias cuando la práctica médica es correcta, rigurosa en la aplicación de los principios bioéticos y establecida en el marco de una estrecha relación con el paciente. Legislar sobre las voluntades anticipadas es una medida políticamente correcta pues refleja un respeto a la autodeterminación y libertad del individuo; sin embargo, deja muchas lagunas en el campo jurídico y muchas interrogantes desde el punto de vista práctico asistencial. Tal es el caso de la normativa aplicable al consentimiento informado que no mejora

médico-tecnológicos tales como el imperativo tecnológico (hacer todo lo técnicamente posible para alargar la vida al máximo a cualquier coste) que conducía en la mayoría de las ocasiones al encarnizamiento terapéutico.⁵²³

Al consentimiento informado otorgado anticipadamente previendo una posible pérdida de la conciencia o capacidad de manifestar la voluntad sobre la atención médica o sobre el tipo de tratamientos que se desean o no recibir, principalmente al final de la vida, originalmente se le denominó *living wills*, o bien testamentos vitales.⁵²⁴ Sin

el grado de información real que tiene el paciente ni la comunicación con el equipo sanitario. Véase Azulay Tapiero, Armando. “Voluntades anticipadas y práctica médica”. *Medicina Clínica*. Vol. 123. No. 15. 2004. Pág. 596. Por su parte, Koldo Martínez afirma que el testamento vital es una solución legal centrada en el médico, en el abogado y en intervenciones específicas distintas de las preocupaciones reales del paciente; son una lista de aprobación o rechazo de determinados tratamientos que no responde a las necesidades del enfermo. Cfr. Martínez Urionabarrenetxea, K. “Reflexiones sobre el testamento vital (I)”. *Atención primaria*. Vol. 31. No. 1. Enero 2003. Pág. 4. También véase Hickman, Susan E. et. al. *Hope to the future: Achieving the original intent of advance directives*, en Jennings, B., Kaebnick, G. y Murray, T. *Improving end of life care. Why has it been so difficult?* Hastings Center Report. New York. 2005. Págs. 26 a 30.

⁵²³ Véase Sánchez González, Miguel Ángel. *Informe sobre instrucciones previas*, en Sánchez, Isidoro Martín (Coord.). *Bioética, religión y salud*. Consejería de Sanidad y Consumo. Dirección General de Aseguramiento y Atención al Paciente. Madrid. 2005. Págs. 318 y ss. Ese autor señala, además, algunas consecuencias beneficiosas de las instrucciones previas, tales como: disminuir el temor a situaciones consideradas como inaceptables; aumentar la autoestima y el respeto a sí mismo; adquirir conciencia de la propia situación; aumentar la cooperación, comunicación y la confianza entre el médico y el paciente; tener orientación para la toma de decisiones en casos difíciles; protección para el médico ante posibles denuncias; alivio moral ante situaciones dudosas o potencialmente culpabilizadoras y; ahorro de recursos sanitarios. También plantea algunos problemas: muchos pacientes no desean hablar de su muerte ni dejar constancia escrita de esos temas; no todas las personas tienen preferencias claras y firmes; las decisiones se pueden tomar sin la suficiente información; es más fácil renunciar a tratamientos concretos que considerar los valores del paciente; las situaciones sanitarias futuras que se deben considerar son complejas y encierran factores imposibles de prever; el paciente no sabe cuáles van a ser exactamente sus estados de ánimo ni cómo van a evolucionar sus propios valores a medida que progresa su enfermedad; las preferencias expresadas de los enfermos son muy variables; las instrucciones no suelen contener indicaciones claras para situaciones concretas, dando paso a la interpretación y un amplio margen de ejecución e; igualmente importante, la poca relevancia práctica que esos instrumentos han tenido. Saralegui et. al. también señalan algunas ventajas y dificultades del documento de voluntades anticipadas. Véase Saralegui Reta, I. et. al. “Instrucciones previas en medicina intensiva”. *Medicina Intensiva*. Vol. 28. No. 5. 2004. Pág. 259.

⁵²⁴ En 1969 el abogado Luis Kutner propuso un tipo de documento en el que el propio individuo indicaba el tipo de tratamiento que deseaba recibir en caso de que su estado corporal llegase a ser completamente vegetativo y sea seguro que no va a poder recuperar sus capacidades mentales y físicas. A ese documento le llamó testamento vital. Dos años antes la *Euthanasia Society of America* propuso un documento de cuidados anticipados que permite al individuo especificar su voluntad de terminar las intervenciones médicas mantenedoras de la vida. A partir de entonces su desarrollo en EEUU ha ido creciendo. Sobre el desarrollo legislativo del *living will* en EEUU véase Sánchez González, Miguel Ángel. *Informe sobre instrucciones previas*, en Sánchez, Isidoro Martín (Coord.). Op. Cit. Págs. 300 a 305. También véase Emanuel, Ezekiel. L. y Emanuel, Linda L. *Living wills: Past, present and future*, en Shannon, Thomas A. (ed.). *Bioethics: Basic writings on the key ethical questions that surround the major modern biological possibilities and problems*. 4a ed. Paulist Press. New Jersey. 1993. Págs. 224 a 251. En http://books.google.es/books?id=aIIfbHzuO0sC&pg=PA224&lpg=PA224&dq=emanuel+living+wills:+past,+present+and+future+the+journal+of+clinical&source=bl&ots=7TG4BadsXT&sig=L31VYm0S8Mxw7L3V48wkytllLQ&hl=es&ei=s8AmSsP0BMGFtgeKvYXbBg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1#PPP1,M1 Consultada el 3 de junio de 2009.

embargo, dicho término resulta jurídicamente incorrecto principalmente en los sistemas jurídicos que se fundan en el antiguo Derecho Romano.

El derecho hereditario, según Antonio de Ibarrola,⁵²⁵ se caracteriza en que el patrimonio es lo esencial y la persona lo accidental; es decir, que el contenido de los derechos susceptibles de transmitirse *mortis causa* –por medio de testamento, por ejemplo,– son generalmente de contenido económico. El carácter eminentemente patrimonial es una de las principales características no sólo del derecho sucesorio, sino del derecho civil en general.⁵²⁶ De esta forma, el testamento constituye una forma –la más idónea– de transmitir el patrimonio (económico) de una persona al momento de su muerte.

El testamento regulado por el derecho común está sujeto a dos condiciones para su eficacia y obligatoriedad: La muerte del testador y, la existencia y capacidad de las personas con vocación para heredar (delación). En cambio, el llamado testamento vital tiene como condición la imposibilidad física y/o jurídica de una persona para manifestar su voluntad sobre su vida, salud y muerte en el momento de verificarse los supuestos descritos en el documento. Por tanto, una de las diferencias entre esos dos actos radica en que en el primero se realizan acciones sobre el patrimonio de una persona una vez que ha muerto con el propósito de darle continuidad tanto en sus relaciones activas como pasivas y, en el segundo, se realizan u omiten acciones médicas sobre una persona incapaz pero viva con el objeto de proteger su dignidad humana procurándole bienestar y la atención y cuidados debidos.

Además, en el primero, las dos condiciones no son dadas por el testador sino por la ley, es decir, no pueden ser reducidas o modificadas por el autor del acto; por ejemplo, el testador no puede ejecutar su testamento antes de morir. En cambio, en el testamento vital, existe una condición legal que consiste en la imposibilidad física y/o jurídica de manifestar la voluntad, y una condición subjetiva que consiste en la descripción que haga su autor de los supuestos o hechos biológicos a verificar para su

⁵²⁵ De Ibarrola, Antonio. *Cosas y sucesiones*. 15ª ed. Porrúa. México. 2006. Págs. 667 y ss.

⁵²⁶ Véase por ejemplo la Teoría General de las Obligaciones regulada por el Código Civil Federal en su Libro Cuarto.

ejecución; por ejemplo, en caso de *estado vegetativo permanente* deseo que..., o bien de sufrir *parada cardiopulmonar* quiero que..., etc.

Cabe señalar que en ambos casos el acto es un mero proyecto, una mera expectativa de derecho pues carece de obligatoriedad jurídica en tanto no se verifiquen las condiciones respectivas; asimismo, son esencialmente revocables pues su autor a nada se obliga. En cuanto a la formalidad, la ley es muy rigurosa al respecto pues el legislador es consciente de que los efectos jurídicos nacen cuando la persona ha muerto, o bien cuando está física y/o legalmente incapacitada; es decir, no hay posibilidad de convalidación.⁵²⁷

A pesar de guardar ciertas similitudes sobre todo en cuanto a que son actos de disposición sujetos a condición suspensiva y a la posibilidad de revocación, por pulcritud epistémica y terminológica, no pueden ni deben ser confundidos; uno y otro tienen contenido, función, naturaleza, objetivos y regulación distintos. Por ende, para referirse a los problemas bioéticos relacionados con las disposiciones al final de la vida es preferible usar términos como instrucciones previas, disposiciones previas o voluntades anticipadas en lugar de testamento vital.⁵²⁸

Existen autores⁵²⁹ que conciben a las instrucciones previas como un “proceso” y en este sentido pueden definirse como el proceso mediante el cual una persona planifica los tratamientos y cuidados de salud que desea recibir o rechazar en el futuro, en particular para el momento en que no sea capaz por sí misma de tomar decisiones.

Otros,⁵³⁰ en cambio, las consideran como un “documento”. Así, las disposiciones previas consisten en un documento por el que la persona mayor de edad, con capacidad suficiente y de manera libre, expresa las instrucciones a tener en cuenta

⁵²⁷ Paradójicamente los formalismos son más rígidos en tratándose del testamento (patrimonial) regulado por el derecho común que en el testamento vital.

⁵²⁸ A lo largo de este trabajo se usa el término “voluntades anticipadas” por considerarlo el más correcto; sin embargo, en el contenido se pueden encontrar otros términos debido a que son usados por los autores cuyas aportaciones se incluyen y que por respeto a la fuente he preferido no cambiar.

⁵²⁹ Singer, Peter. A. et al. “Bioethics for clinicians: 6. Advance care planning”. *Canadian Medical Association Journal*. Vol. 155. No. 12. Diciembre 1996. En http://ecmaj.com/misc/bio_advance.shtml#resume Consultada el 19 de mayo de 2009. Y Martínez Urionabarrenetxea, K. “Reflexiones sobre el testamento vital (II)”. *Atención primaria*. Vol. 31. No. 1. Enero 2003. Pág. 3.

⁵³⁰ Martínez Almazán, E. et. al. “Disposiciones previas: Experiencia piloto en una residencia de ancianos”. *Revista Española de Geriátria y Gerontología*. Vol. 37. No. 4. 2002. Pág. 204.

cuando se encuentre en una situación en la que las circunstancias no le permitan expresar personalmente su voluntad.

También hay quien las concibe por su carácter documental pero limitando su contenido a un alcance negativo: Es aquel documento en el que se declara el deseo de una persona de que, para que su propia muerte tenga total dignidad, no se le apliquen determinados cuidados médicos o medios extraordinarios en caso de padecer una enfermedad terminal. Es decir, cuando aun se tiene capacidad de decisión se expresa concretamente cómo morir dignamente, sin abusos de prácticas médicas exageradas o ensañamiento terapéutico que no pueden sacar adelante la vida del paciente sino sólo retrasar, en pésimas condiciones, una muerte segura.⁵³¹ Considero que esta definición es sumamente pobre por referirse solamente a aquello que no se desea que se haga y por ceñirlo únicamente al caso de enfermedad terminal; sin embargo, justifico la cita para ejemplificar los múltiples y diferentes sentidos en que son entendidas las voluntades anticipadas.

Una definición propiamente jurídica las considera como una declaración unilateral de voluntad emitida libremente por una persona mayor de edad y con plena capacidad de obrar, mediante la que se indican las actuaciones que deben seguirse en relación con los tratamientos y cuidados de su salud, solamente en los casos en que concurran circunstancias que no le permitan expresar su voluntad.⁵³²

Por lo antes expuesto, considero que las voluntades anticipadas deben ser producto un proceso de comunicación y deliberación entre todos los sujetos

⁵³¹ Cfr. Rives Seva, José María. “Testamento vital y objeción de conciencia”. *Diario La Ley*. Año. XXIX. No. 6898. Marzo 2008.

⁵³² Marcos del Cano, Ana María. *Voluntades anticipadas*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Pág. 399. La autora también refiere que las modalidades de las voluntades anticipadas vienen determinadas por el contenido del documento así, desde el punto de vista formal, aquél que sólo recoge una serie de instrucciones dirigidas fundamentalmente al médico que le vaya a atender en relación con los tratamientos y cuidados de su salud se consideraría como un documento “típico”. Pero también hay otras modalidades en función de la posibilidad de nombrar un representante; ya sea para comunicar la voluntad que una persona le manifestó en algún momento, lo que la literatura anglosajona llama *surrogate decision-maker*; o bien para determinar el contenido de las instrucciones en caso de que hubieran dado lugar a ambigüedad.

participantes de la relación clínica en el cual, por su trascendencia, se exigen ciertas formalidades, por ejemplo, que conste por escrito.⁵³³

De este modo, las voluntades anticipadas son parte del acto médico (de comunicación, entendimiento, ayuda, asistencia, acompañamiento...) las cuales se expresan o se exteriorizan por medio de un documento de voluntades anticipadas parte integrante de la historia clínica. En consecuencia, hay que distinguir dos aspectos diferentes pero íntimamente relacionados: El “proceso” (aspecto ético-médico) y el “documento” (aspecto jurídico). El primero le da contenido –moral– al segundo, y éste le da validez –jurídica– a aquél.⁵³⁴

En este punto se refleja la necesaria y natural confluencia entre la ética y el derecho. Es moralmente reprochable hablar de voluntades anticipadas refiriéndose a ellas meramente por su aspecto jurídico y; de igual forma, es socialmente cuestionable hablar de ellas prescindiendo de ese aspecto.⁵³⁵

Las voluntades anticipadas como documento sin una comunicación previa y comprometida entre los sujetos que intervienen en la relación clínica que tienda a la deliberación moral serán vacías y fuente de múltiples problemas tanto éticos como

⁵³³ En opinión de Koldo Martínez, elaborar un testamento vital sin una deliberación entre médico y paciente difícilmente es mejor que no tenerlo. Aunque los testamentos vitales surgieron para que médicos y pacientes se comunicaran de forma permanente, al refugio de una norma general, los primeros pueden utilizarlos para escapar y alejarse fácilmente de la situación particular del paciente concreto dejándolo abandonado. Si lo que se busca es proteger la autonomía del paciente no cabe duda que esto se consigue mejor en la consulta con un médico comprometido que en el despacho de un notario o de una oficina de un funcionario del Estado. Cfr. Martínez Urionabarrenetxea, K. “Reflexiones sobre el testamento vital (II)”. Op. Cit. Pág. 1. En un artículo posterior el autor sostiene los mismos argumentos pero ahora no utiliza el término “testamento vital”, sino “documento de voluntades anticipadas”. Véase Martínez Urionabarrenetxea, K. “Los documentos de voluntades anticipadas”. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*. Vol. 30. Suplemento 3. 2007. Págs. 90 y 91. El documento de voluntades anticipadas no se trata sólo de la preparación de un documento legal, sino también de la deliberación con la familiares y médicos sobre lo que en el futuro se puede ofrecer a los pacientes. Cfr. Santos de Unamuno, C. “Documento de voluntades anticipadas: Actitud de los pacientes de atención primaria”. *Atención Primaria*. Vol. 32. No. 1. 2003. Págs. 1 a 8. Si se quiere que las decisiones de representación o de sustitución sean realmente aplicable es preciso desarrollar planes y estrategias de educación sanitaria que incentiven el diálogo sobre estas cuestiones entre los pacientes y sus sustitutos potenciales o reales. Cfr. Barrio, María Inés y Simón, Pablo. *¿Quién decidirá por mí? Ética de las decisiones clínicas en pacientes incapaces*. Triacastela. Madrid. 2004. Pág. 105.

⁵³⁴ Es muy importante no confundir –y con mucha frecuencia se hace– los principios, criterios y normas éticas que regulan el *proceso* con el *documento* o medio que se utiliza para operativizar o registrar las decisiones de representación o de sustitución. Cfr. Ibidem. Págs. 122 y 214.

⁵³⁵ Las voluntades anticipadas y la planificación anticipada de la asistencia tienen que salir del mundo legal para reinsertarlas en lo ético de la práctica médica. Cfr. Martínez Urionabarrenetxea, K. “Los documentos de voluntades anticipadas”. Op. Cit. Pág. 94.

jurídicos. Pero también un proceso deliberativo que ha permitido la elección de cursos de acción u omisión dentro de la atención médica carente de un soporte documental revestido de ciertas formalidades difícilmente podría aplicarse en la práctica cuando el paciente es incapaz de manifestar y ejecutar su voluntad y, además, se presentan hechos biológicos que generan gran incertidumbre moral.

En este orden de ideas, el documento de voluntades anticipadas es el documento escrito por el cual, previo análisis y deliberación entre los sujetos de la relación clínica, una persona mayor de edad,⁵³⁶ con capacidad suficiente, de manera libre y de acuerdo a los requisitos legales, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que por las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. En él se puede designar a un representante que será el interlocutor válido y necesario con el médico o equipo sanitario, y que le sustituirá en caso que no pueda expresar su voluntad por sí misma.⁵³⁷

Así, los documentos de voluntades anticipadas, a pesar de generar nuevos conflictos éticos y jurídicos, se convierten en un instrumento efectivo que evita dos extremos maleficientes en la atención médica analizados en el capítulo anterior, el

⁵³⁶ Lo relativo a la capacidad legal exigida para poder otorgar válidamente el documento de voluntades anticipadas será abordado más adelante; no obstante, cabe decir que la mayor parte de la normativa española y mexicana exigen que el otorgante sea mayor de edad. Por esta razón, la capacidad del menor de edad para otorgar voluntades anticipadas ha sido una preocupación dentro del escenario bioético porque se sostiene, con razón, de que es un problema de madurez y no de edad. La ley concede cada vez mayor autonomía al menor de edad en relación a su madurez para querer y entender, tal es el caso, por ejemplo, de la emancipación o del testamento. En este sentido, el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, mejor conocido como Convenio de Oviedo, firmado el 4 de abril de 1997, publicado en el número 251 del Boletín Oficial del Estado del 20 de octubre de 1999, vigente en España desde el 1 de enero de 2000 señala en su artículo 6.2 segundo párrafo, que la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será más determinante en función de su edad y de su grado de madurez. Al respecto, José Ignacio Rodríguez González, sostiene que los menores que alcanzan un desarrollo psíquico y emocional, es decir, un grado de madurez suficiente, poseen una autonomía personal exclusiva y excluyente y, por tanto, son competentes para otorgar el consentimiento informado en el ámbito de la salud. Carece de sentido que el menor maduro no pueda prever el tipo de cuidado o tratamiento que desea en aquellas circunstancias que, en todo caso, estarán sometidas a la *lex artis ad hoc* y a las disposiciones del ordenamiento jurídico. Véase Rodríguez González, José Ignacio. “La autonomía del menor: Su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas”. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. No. 2. 2005. Págs. 1419 a 1424.

⁵³⁷ Saralegui Reta, I. et. al. Op. Cit. Pág. 258. Un testamento vital tiene carácter normativo y demostrativo, el juicio sustitutorio sólo tiene fuerza demostrativa. A los juicios por sustituto les falta toda fuerza ejecutiva. Cfr. Martínez Urionabarrenetxea, K. “Reflexiones sobre el testamento vital (II)”. Op. Cit. Pág. 3.

ensañamiento u obstinación terapéutica y la eutanasia⁵³⁸ y; adicionalmente, permiten la planificación estratégica de los tratamientos médicos en atención a las circunstancias concretas.⁵³⁹

4.2 Función médica de las voluntades anticipadas.

Además de que permiten conocer los valores, deseos y expectativas de los pacientes y de su familia, principalmente, las voluntades anticipadas tienen una función primordial en lo que a la atención médica se refiere: la planificación terapéutica-asistencial.⁵⁴⁰

La preocupación acerca de la planificación anticipada de las decisiones sanitarias o *advance care planning* surge a partir de los resultados del ya citado estudio SUPPORT realizado entre 1989 y 1994. Dicho estudio concluye que las directrices anticipadas no mejoraron sustancialmente la comunicación entre el médico y el paciente o la toma de decisiones acerca de la reanimación, además señala que el incremento de la existencia de directrices anticipadas no constituye un factor sustancial en la mejora del cuidado de los pacientes seriamente enfermos. En consecuencia, los futuros esfuerzos para mejorar la toma de decisiones deben centrarse en una mayor comunicación y en una más comprensiva planificación anticipada de la atención sanitaria.⁵⁴¹

⁵³⁸ Serrano Ruiz-Calderón, en el mismo sentido en que se argumenta este trabajo, afirma que no todo sistema de testamentos vitales comporta una legalización de la eutanasia. Pueden existir testamentos vitales en un sistema que prohíbe la eutanasia a efecto de prevenir ciertas actuaciones cuando el paciente es incompetente e, incluso, en un contexto de eutanasia legalizada podrían existir testamentos vitales para prevenir la eutanasia. Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel. *Eutanasia y vida dependiente*. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid. 2001. Pág. 75. Las voluntades anticipadas y la eutanasia pertenecen a dos mundo éticos y legales separados, las leyes han hecho especial referencia que las voluntades anticipadas no tienen nada que ver con la eutanasia ni con el suicidio médicamente asistido. Cfr. Herranz, Gonzalo. “Voluntades anticipadas y testamento vital”. *Informaciones Psiquiátricas*. No. 179 y 180. 2005. Pág. 41. En http://www.revistahospitalarias.org/info_2005/01_179_05.htm Consultada el 1 de junio de 2009. El ámbito en el que se encuadra el uso de los documentos de voluntades anticipadas está muy próximo a la eutanasia, aunque éstos no surgieron con ese fin ni tienen por qué circunscribirse a los supuestos eutanásicos. Marcos del Cano, Ana María. *Voluntades anticipadas*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Pág. 412.

⁵³⁹ Para Miguel Ángel Sánchez González, el objetivo por el que nacieron las voluntades anticipadas consistió en limitar la actuación médica no curativa en ciertas situaciones terminales en pacientes en estado de inconsciencia irreversible, pero la idea de la planificación anticipada de los tratamientos constituye una noble ampliación de ese antiguo objetivo. Sánchez González, Miguel Ángel. *Informe sobre instrucciones previas*, en Sánchez, Isidoro Martín (Coord.). Op. Cit. Pág. 304.

⁵⁴⁰ Las voluntades anticipadas sólo son uno de los componentes de la planificación anticipada de la atención. Martínez Urionabarrenetxea, K. “Los documentos de voluntades anticipadas”. Op. Cit. Pág. 94.

⁵⁴¹ Teno, Joan M. et. al. “Advance directives for seriously ill hospitalized patients: effectiveness with the patient self-determination act and the SUPPORT intervention”. *Journal of the American Geriatrics*

A partir de entonces, las decisiones de representación dejan de centrarse en los documentos escritos para enfocarse en una manera más integral de facilitar la toma de decisiones al final de la vida, es decir, en la planificación anticipada.⁵⁴²

La planificación⁵⁴³ estratégica del tratamiento consiste en el proceso por el cual el médico junto con el paciente⁵⁴⁴ y, en la medida de lo posible, su familia, en base al diagnóstico y pronóstico de una enfermedad conocida y padecida, deliberan y toman decisiones conjuntas sobre el tipo y nivel de atención y tratamiento disponible en función del avance de la ciencia médica, de los valores éticos de los implicados y del orden jurídico vigente.⁵⁴⁵

Society. Vol. 45. No. 4. Abril 1997. Págs. 500 a 507. Citado por Barrio, María Inés y Simón, Pablo. Op. Cit. Pág. 131.

⁵⁴² Según los bioeticistas norteamericanos Buchanan y Brock la problemática de la sustitución encierra cuatro elementos: 1) Los valores o principios que se deben respetar en la toma de decisiones con pacientes incapaces; en este sentido dichos autores señalan tres principios morales básicos: a) La autodeterminación individual, lo que ellos llaman “criterio del juicio sustitutivo”; b) la preocupación por el bienestar individual o “criterio del mejor interés” y; c) la justicia distributiva. 2) Las normas de actuación, que consisten en los principios prácticos a aplicar para tomar efectivamente dichas decisiones. 3) Normas de autorización, que son aquellas mediante las que se determina quién tiene el poder decisorio cuando un paciente se vuelve incapaz y no puede tomar decisiones por sí mismo. Y 4) Normas de intervención, que definen las situaciones en las que pueden y deben cuestionarse las decisiones de un sustituto y buscar otras alternativas, tanto en lo relativo a su contenido como a su agente. Al respecto de la aportación de esos autores véase el análisis hecho por Barrio y Simón. *Ibidem*. Págs. 93 y ss.

⁵⁴³ La planificación anticipada es el proceso por el cual un paciente, tras la deliberación con su médico, familiares, etc. toma decisiones sobre la atención sanitaria que desea para el futuro. Singer, Peter. A. et al. “Bioethics for clinicians: 6. Advance care planning”. Op. Cit. Las instrucciones previas según José Antonio Seoane, profesor de filosofía del derecho de la Universidad de Coruña, son una herramienta de la planificación anticipada de la atención (*advance care planning*) en donde se toma en consideración una pluralidad de dimensiones (clínica, cultural, familiar, social, psicológica, emocional, afectiva, etc.) con la finalidad de mejorar la calidad de la asistencia y de las decisiones en el final de la vida, profundizando en la comunicación entre el paciente y los diversos profesionales asistenciales (médicos, personal de enfermería, psicólogos, etc.), los familiares y otras personas afines, con plena garantía de la autonomía, los valores, las expectativas vitales y los derechos de aquéllos. Seoane, José Antonio. “Derecho y planificación anticipada de la atención: Panorama jurídico de las instrucciones previas en España”. *Derecho y Salud*. Vol. 14. No. 2. Julio–diciembre 2006. Pág. 286.

⁵⁴⁴ Debe considerarse deber del médico informar correctamente al paciente en qué consiste el documento, cómo debe formalizarse, dónde entregarlo, la posibilidad de nombrar un representante, así como de revocarlo en cualquier momento, entre otros; así como ofrecerse para asesorarlo en su redacción o en su revisión. Royes i Qui, Albert. “El documento de voluntades anticipadas”. *Jano*. Vol. LXV. No. 1495. Extra noviembre 2003. Pág. 1464 a 1471. Las voluntades anticipadas serán mejores si son otorgadas después de haber mantenido el médico y el paciente una conversación adecuada y específica que pueda cristalizar en lo que ha venido a llamarse “historia de valores”. Sólo entonces el médico estará en condiciones de ayudar a su paciente de un modo más auténtico e informado en el proceso de traducir sus deseos en un documento de voluntades anticipadas. Cfr. Herranz, Gonzalo. Op. Cit. Págs. 41 y ss.

⁵⁴⁵ Según Inés Barrio y Pablo Simón, la planificación anticipada debe conllevar un auténtico proceso de desarrollo y participación social donde se involucre todo el tejido social. Barrio, María Inés y Simón, Pablo. Op. Cit. Pág. 214.

Por esta razón, es sumamente difícil que *a priori* una persona sana, joven, sin padecer ningún tipo de dolor, “planifique” a futuro un tratamiento médico pues no hay diagnóstico ni pronóstico, no sabe en qué nivel se encontrará el conocimiento de las ciencias biomédicas; si su axiología actual será la misma de encontrarse enfermo; no sabe a qué enfermedad se enfrentará, ni sus alternativas, ni consecuencias, etc.⁵⁴⁶

Como lo señala Serrano Ruiz-Calderón,⁵⁴⁷ las efectivas condiciones futuras son indeterminables y las circunstancias imprevisibles, de forma que muchos testamentos vitales no contendrán previsiones que puedan utilizarse en el futuro, a no ser que se prevean condiciones tan generales que se traduzcan en delegar en otro o en otros la decisión final.

Para el intensivista español Koldo Martínez,⁵⁴⁸ el testamento vital generalmente está basado en la construcción imaginaria del paciente acerca de cómo sería su vida en el futuro ante una experiencia nunca antes vivida. Esa construcción presenta dos problemas concretos: 1) La predicción de hechos futuros. Un paciente rara vez puede prever la naturaleza exacta de su condición futura. La especificidad de las condiciones puestas en un testamento vital puede llevar a no respetarlo por no encuadrar

⁵⁴⁶ Un paciente no puede analizar las circunstancias reales y concretas en todos sus detalles, ni deliberar adecuadamente recibiendo influencias de su entorno social. El médico o los familiares pueden juzgar que el paciente no consideró algún aspecto relevante de su situación particular actual, o que podría ayudarle a deliberar en un sentido distinto si todavía fuera capaz de decidir. Por ello se pueden tomar decisiones contrarias a la letra de las instrucciones previas. El personal médico las puede incumplir cuando las considere ambiguas o contradictorias, porque considere que hay nuevas circunstancias que no fueron consideradas por el paciente o por juzgar que contravienen el mejor interés del enfermo. Las instrucciones previas no resuelven todas las decisiones difíciles y en la mayoría de los pacientes es improbable que tengan directiva aplicable a su situación. Cfr. Sánchez González, Miguel Ángel. *Informe sobre instrucciones previas*, en Sánchez, Isidoro Martín (Coord.). Op. Cit. Págs. 344 y 346. Derek Parfitt, por ejemplo, afirma que la continuidad y conexión psicológica durante la vida humana pueden variar. Véase Parfitt, Derek. *Reasons and persons*. Oxford University Press. Oxford. 1984. Citado por Martínez Urionabarrenetxea, K. “Reflexiones sobre el testamento vital (II)”. Op. Cit. Pág. 2. Juan Carlos Siurana, por ejemplo, sostiene que estamos obligados a reconocer el derecho a expresar la voluntad anticipadamente, pero no estamos obligados a seguir todas las voluntades porque pueden concurrir determinadas circunstancias que no se previeron en su elaboración. Cfr. Siurana, Juan Carlos. *Voluntades anticipadas. Una alternativa a la muerte solitaria*. Trotta. Madrid. 2005. Pág. 121. Sin embargo, hay quienes consideran que ante la imposibilidad de prever la aparición de una enfermedad potencialmente aguda, es mejor redactar el documento precozmente. Cfr. Martínez Almazán, E. et. al. Op. Cit. Pág. 206. Todas las voluntades anticipadas son fálibles y revisables porque la persona puede cambiar de opinión a lo expresado previamente a causa de la obtención de nueva información o la consideración de nuevos argumentos. Esta falibilidad y revisabilidad, apunta Siurana, continúa incluso después de la pérdida de la capacidad del paciente; esto significa que podemos no respetar lo expresado en el documento si pensamos que el paciente habría cambiado de opinión al respecto ante los nuevos datos disponibles y dadas las circunstancias concretas. Cfr. Siurana, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 122.

⁵⁴⁷ Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel. *Eutanasia y vida dependiente*. Op. Cit. Pág. 77.

⁵⁴⁸ Cfr. Martínez Urionabarrenetxea, K. “Reflexiones sobre el testamento vital (II)”. Op. Cit. Pág. 3.

exactamente la realidad biológica a la descrita en el documento; en cambio si se realiza con demasiada generalidad, conduce invariablemente a una interpretación la cual puede ir en contra de la propia voluntad del paciente. Y 2) La predicción de apreciaciones futuras. Predecir valores es mucho más complejo que predecir hechos.

No obstante, cualquier persona capaz y sana puede otorgar el documento de voluntades anticipadas cuando tenga la intención simplemente de evitar los dos extremos maleficientes antes mencionados: el encarnizamiento terapéutico y la eutanasia; por ejemplo, en el caso de las situaciones críticas descritas en el capítulo anterior.

Existe cierto grupo de personas a las que, más allá de evitar esos extremos maleficientes, les están especialmente aconsejadas las voluntades anticipadas con vistas a la planificación; por ejemplo, los que padecen una enfermedad crónica cuya evolución es previsible,⁵⁴⁹ los pacientes oncológicos, enfermos con demencia en su fase inicial, pacientes con enfermedad pulmonar obstructiva crónica, las personas en edad avanzada,⁵⁵⁰ pacientes seropositivos, pacientes con esclerosis lateral amiotrófica,⁵⁵¹ etc. En estos casos debido al diagnóstico de un padecimiento concreto, al conocimiento de sus complicaciones y de las opciones de tratamiento posibles la probabilidad de su eficacia es mayor, además de convertirse verdaderamente en una herramienta útil en la

⁵⁴⁹ Algo más del 90% de la población fallece como consecuencia de enfermedades crónicas, lentas y progresivas lo cual permite entablar conversaciones con los pacientes para aclarar los deseos, intereses y valores personales de cara a los posibles tratamientos futuros. Martínez Urionabarrenetxea, K. "Reflexiones sobre el testamento vital (I)". Op. Cit. Pág. 2.

⁵⁵⁰ A modo de ejemplo, cabe citar el estudio realizado en el Hospital de la Santa Creu de Tortosa de la comunidad autónoma de Cataluña, España; que cuenta, entre otros servicios, con 105 camas para residencia asistida. El estudio tuvo como objetivo acercar a los residentes al documento de voluntades anticipadas. De un total de 105 residentes, 41 (39%) cumplieron los criterios de selección para el estudio: que no sufrieran una enfermedad mortal y no presentaran deterioro cognitivo previo; y solo se ofrecieron a participar 20 con una media de edad de 80.2 años. Los resultados fueron los siguientes: 1) Cuando se brinda a los ancianos la oportunidad de discutir aspectos relacionados con su cuidado posterior existe un alto grado de participación, lo cual conlleva a aumentar el grado de satisfacción y confianza con el equipo médico. 2) La mitad de los residentes a los que se les propuso el estudio accedieron a realizar sus disposiciones previas. 3) Un 40% de los residentes deja que la toma de decisiones este en manos de la familia o del médico. Y 4) La realización de disposiciones previas ofrece al residente la posibilidad de discutir con el equipo interdisciplinario aspectos relevantes a su atención médica y asistencial que de otra manera no serían tratados. Véase Martínez Almazán, E. et. al. Op. Cit. Págs. 203 a 209.

⁵⁵¹ Es una enfermedad degenerativa de tipo neuromuscular que provoca una parálisis muscular progresiva que se acompaña de una exaltación de los reflejos tendenciosos. Su pronóstico en etapas avanzadas es mortal pues se produce una parálisis muscular total. Uno de los problemas bioéticos que plantea es la necesidad de la alimentación artificial. Véase Simón-Lorda, Pablo. "Aspectos éticos de la hidratación y nutrición artificial en el paciente con esclerosis lateral amiotrófica". *Revista de Neurología*. Vol. 1. No. 4. 2005. Págs. 4 a 10.

planificación de la atención médica que incluye el rechazo del encarnizamiento terapéutico y de la eutanasia.⁵⁵²

Para Joanne Lynn, geriatra y directora del Centro para la Mejora del Cuidado del Moribundo de la Universidad George Washington, y Joan M. Teno, profesora de salud comunitaria y medicina, y directora asociada del Centro de Gerontología e Investigación de la Salud de la Escuela de Medicina de Brown en Rhode Island, la planificación anticipada de las decisiones sanitarias tiene como objetivo general el asegurar que, cuando el paciente sea incapaz de participar en la toma de decisiones, la atención sanitaria sea guiada por las preferencias que el paciente manifestó cuando era capaz y; como objetivos específicos: 1) Mejorar el proceso de toma de decisiones; es decir, facilitar la toma de decisiones conjuntas entre los pacientes, los profesionales y los sustitutos basándose en el pronóstico del paciente y de sus preferencias; permitir, aunque sin coaccionar, que las decisiones de tratamiento se deleguen; equilibrar la especificidad con la flexibilidad en respuesta a las situaciones clínicas cambiantes y; potenciar una educación apropiada, tanto del individuo en lo particular como del público en general, acerca del morir y de los problemas que aparecen en las situaciones de enfermedad en que existe incapacidad del paciente para decidir. Y 2) Mejorar los resultados de la atención; es decir, mejorar el bienestar del paciente, reducir la frecuencia y magnitud tanto del sobre-tratamiento como del infra-tratamiento; asegurar que los pacientes tienen control sobre la atención que reciben y; reducir las

⁵⁵² El grado de conocimiento de la enfermedad, la satisfacción con la información recibida y el deseo de participar en la toma de decisiones médicas que le atañen, han sido señalados como condiciones fundamentales para otorgar el documento de voluntades anticipadas. Al efecto, cabe citar un estudio reciente realizado a enfermos infectados por el VIH en los hospitales de Mataró y Granollers de Barcelona, España. Se incluyeron en el estudio 258 enfermos de los cuales 36 (14%) no completó la encuesta. El 74.3% manifestó tener buen conocimiento de su enfermedad, el 61.3% cree que son ellos mismos los que deben decidir sobre sus cuidados, el 57.2% dejaría por escrito esas decisiones, el 92.3% designaría a una persona para que decidiera por ellos, el 31.1% declaró conocer los documentos de voluntades anticipadas; sin embargo, ninguno de los encuestados había realizado uno. Algunas conclusiones de ese estudio son: 1) A pesar de la posibilidad de redactar un documento de voluntades anticipadas, su realización es excepcional. 2) El paciente que mejor conoce su enfermedad es aquel que se siente más grave; así mismo, son los que están menos dispuestos a depender de otra persona o de un respirador. 3) La mayoría de los enfermos desea recibir una información sincera sobre su enfermedad, aunque no sea positiva. (Esto concuerda con los resultados de otros estudios en el citado artículo). Y 4) La impresión de gravedad del enfermo no se relacionó con el conocimiento del documento de voluntades anticipadas. (Esto difiere con los resultados de otros estudios citados en el artículo). Véase Miró, Gloria. et. al. "Conocimiento de la enfermedad y los documentos de voluntades anticipadas en el paciente seropositivo para el VIH". *Medicina Clínica*. Vol. 125. No. 15. 2006. Págs. 567 a 572.

preocupaciones de los pacientes acerca de la posibilidad de convertirse en una carga para sus familias y seres queridos cuando se vuelvan incapaces.⁵⁵³

Koldo Martínez se adhiere a los objetivos formulados por dichas autoras y propone, a su vez, una serie de acciones para alcanzarlos: 1) Tratar a la planificación anticipada como un proceso permanente dentro de la relación clínica y no como un acto dirigido a producir un producto, la firma del documento.⁵⁵⁴ 2) Que el centro de la planificación sea la deliberación sobre valores y preferencias. 3) Que la deliberación se lleve a cabo preferentemente en la unidad de medicina familiar. Y 4) Promover la formación del persona sanitario sobre los problemas relativos al final de la vida.⁵⁵⁵

Por su parte Peter Singer junto con Douglas K. Martin y otros autores⁵⁵⁶ señalan como objetivos de la planificación anticipada los siguientes: 1) Prepararse no tanto para la incapacidad sino, sobre todo, para el acontecimiento vital de la propia muerte. 2) No tanto ejercer teóricamente el derecho a la autonomía, sino tener un cierto control práctico sobre lo que vaya a hacerse estableciendo y articulando valores y preferencias. 3) Contribuir a la disminución de la propia angustia y miedo acerca del proceso de morir en sus dimensiones tanto físicas (dolor) como psicológicas y espirituales (sufrimiento). 4) Fortalecer las relaciones y la comunicación con la familia y los seres queridos, y no sólo con los profesionales sanitarios. 5) Contribuir al alivio de la carga emocional del representante y la familia cuando tengan que tomar decisiones en lugar del paciente. Y 6) Desarrollar procesos comunicativos amplios y extensos entre todos (paciente, representante, profesionales, familiares y seres queridos) acerca de los deseos y expectativas del paciente, y no centrarse tanto en la firma de los documentos escritos de directivas anticipadas.

⁵⁵³ Cfr. Teno, J.M. y Lynn, Joanne. "Putting advance-care planning into action". *The Journal of Clinical Ethics*. Vol. 7. No. 3. 1996. Págs. 206 a 213. Citado en Barrio, María Inés y Simón, Pablo. Op. Cit. Págs. 133 y 134.

⁵⁵⁴ Al respecto, Barrio y Simón consideran que la burocracia se ha comido a la ética y el paternalismo clásico se ha metaforfoseado en un nuevo "paternalismo con formulario". Es importante que lo que ha ocurrido con el consentimiento informado que se ha reducido a conseguir la firma del documento no suceda con las directivas previas. Véase *Ibidem*. Págs. 214 y 215.

⁵⁵⁵ Cfr. Martínez Urionabarrenetxea, K. "Reflexiones sobre el testamento vital (II)". Op. Cit. Pág. 4. Y Martínez Urionabarrenetxea, K. "Los documentos de voluntades anticipadas". Op. Cit. Págs. 96 y 97.

⁵⁵⁶ Cfr. Singer, Peter. A.; Martin, Douglas K. et. al. "Reconceptualizing Advance Care Planning From the Patient's Perspective". *Archives of Internal Medicine*. Vol. 158. 1998. Págs. 879-884. Y Singer, Peter. A.; Martin, Douglas K. et. al. "A new model of advance care planning. Observations from people with HIV". *Archives of Internal Medicine*. Vol. 159. 1999. Págs. 86 a 92.

Considero, por tanto, que las voluntades anticipadas cumplen mejor su función médica de planificación si son otorgadas por pacientes que conocen y comprenden el diagnóstico, el pronóstico y las posibles alternativas terapéuticas de un padecimiento concreto y, además, si son producto un proceso deliberativo previo en el que han participado, entre otros, el médico tratante, la familia y el paciente. Sin embargo, también pueden otorgarse por cualquier persona sana con el propósito de evitar acciones maleficientes en la atención médica.

Por otro lado, es preciso advertir que los documentos de voluntades anticipadas no constituyen la única herramienta jurídica que permita conocer los valores y preferencias del paciente relacionados con su atención médica cuando este se encuentre inconsciente o incapacitado.⁵⁵⁷

En España, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre⁵⁵⁸ modifica el Código Civil español incluyendo la figura de la autotutela.⁵⁵⁹ La exposición de motivos la define como la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación. Así mismo el artículo 223 de ese código señala que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ Al respecto véase el análisis hecho por el notario mexicano Eduardo García Villegas sobre la regulación de las disposiciones para la propia incapacidad, tales como la tutela cautelar, mandato con previsión de la propia incapacidad, hipoteca inversa, etc. García Villegas, Eduardo. *La tutela de la propia incapacidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. México. 2007. Págs. 197 y ss.

⁵⁵⁸ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/141-2003.html#a9 Consultada el 12 de mayo de 2009.

⁵⁵⁹ Al respecto, desde finales de los años setenta ya existían propuestas doctrinales para introducir en la tutela las decisiones médicas que una persona tomaba en representación de otra cuando ésta se encontraba incapacitada. Véase Cano Barrero, J. y Villanueva Cañadas, E. *El consentimiento para la actuación médica en los estados límites*, en VV.AA. *Deontología, derecho, medicina*. Colegio Oficial de Médicos. Madrid. 1977. Y Gitrama González, M. “En la convivencia de dos humanismos: Medicina y Derecho”. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 30. No. 2. 1977. Págs. 273 a 335. Citados por Barrio, María Inés y Simón, Pablo. Op. Cit. Pág. 161. Estos autores hacen un estudio de la evolución en la legislación española de la teoría de la representación aplicada a decisiones médicas.

⁵⁶⁰ En relación al tema de la autotutela Montserrat Pereña Vicente hace un interesante estudio sobre el origen de la autotutela en el derecho civil español, su relación con otras formas de tutela y sobre la validez y eficacia de la tutela en relación con la función jurisdiccional. Al respecto se plantea una pregunta central: ¿El juez queda vinculado a la escritura pública que contenga la autotutela? Véase Pereña Vicente, Montserrat. “La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?” *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. No. 703. 2007. Págs. 2235 a 2253.

En México, particularmente en el Distrito Federal, el 15 de mayo de 2007 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el decreto que –entre otros– adiciona el Capítulo I bis “De la tutela cautelar” al Título Noveno “De la tutela”, Libro Primero “De las personas” del Código Civil para el Distrito Federal.⁵⁶¹ El acuerdo con fecha 12 de abril de 2007 por el que se aprobó ese decreto define a la tutela cautelar de acuerdo con el jurista Rodrigo Sánchez Fernández como el acto jurídico unilateral revocable, por medio del cual una persona capaz, nombra tutor y su correspondiente sustituto, o excluye de manera expresa a determinada persona del ejercicio de la tutela que pudiere corresponderle, en previsión de algún accidente, enfermedad o vejez, que traiga como consecuencia la incapacidad. El artículo 469 bis de dicho ordenamiento señala toda persona capaz de otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y de su patrimonio en caso de encontrarse legalmente incapacitado. Además, el artículo 469 *quater* establece que la escritura pública en la que se haga constar la designación deberán constar expresamente las facultades del tutor, especialmente las relacionadas con la toma de decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud. La tutela para los casos de incapacidad también está regulada por los artículos 319 del Código Civil del Estado de Morelos (tutela preventiva), 616 del Código Civil del Estado de Coahuila (tutela autodesignada), 4.269 del Código Civil del Estado de México (tutela voluntaria), 279 de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo (tutela voluntaria), 514-A del Código Civil para el Estado de Guanajuato (tutela autodesignada), 520 bis del Código Civil del Estado de Baja California Sur (tutela autodesignada), y 419 del Código Familiar del Estado de Zacatecas (tutela autodesignada).

Tal como lo sostiene el notario mexicano Eduardo García Villegas, las denominaciones a la tutela preventiva ante la propia incapacidad son variadas: Tutela voluntaria, autotutela, auto designada, etc.; pese a ello, todas tienen la misma raíz: La

⁵⁶¹ Tal modificación tuvo su origen con la Iniciativa de decreto de reforma y adiciones al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles, a la Ley del Notariado y al Código Financiero, todos para el Distrito Federal, fue sometida a consideración de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por el diputado José Antonio Zepeda Segura integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional el 19 de diciembre de 2006. Véase el diario de debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal del 12 de abril de 2007 en <http://www.asambleadf.gob.mx/> Consultada el 20 de octubre de 2009.

búsqueda del respeto irrestricto de cada persona para que pueda levantar la mano sobre sí misma.⁵⁶²

Tanto las voluntades anticipadas como la tutela preventiva permiten participar activamente en la planificación de la atención médica, amplían la facultad de los pacientes en la toma de decisiones autónomas, orientan y mejoran el proceso de toma de decisiones en el caso de una incapacidad futura, permiten conocer y aplicar sus deseos de acuerdo a sus valores e intereses; sin embargo, la tutela preventiva tiene una esfera de acción más amplia pues incluye, además de las decisiones en torno de la atención médica, las relativas a la esfera patrimonial. Tanto en España como en México la única forma válida para crear la figura de la tutela preventiva es mediante instrumento público notarial, a diferencia de la pluralidad de modalidades previstas en la legislación española para el otorgamiento de las voluntades anticipadas y, en algunos casos, también en la mexicana.⁵⁶³

Por otra parte, una realidad a la que se enfrentan los documentos de voluntades anticipadas es que a pesar de que pueden ser otorgados por cualquier persona y que en muchas situaciones concretas son recomendados, prácticamente constituye una práctica excepcional.⁵⁶⁴ Esto puede deberse a varios factores: El inadecuado proceso de comunicación en la relación clínica, el miedo que representa para las personas en general abordar el tema de la muerte, la inapropiada regulación jurídica o la complicada aplicación práctica de los mismos.

⁵⁶² García Villegas, Eduardo. *La tutela de la propia incapacidad*. Op. Cit. Pág. 169. También véase el interesante estudio hecho por el notario Eduardo García Villegas titulado: *La voluntad anticipada*. Págs. 23 y ss. En http://www.notarios.com.mx/admin/fotos/pages/eduardo_garcia_villegas.pdf Consultada el 22 de octubre de 2009.

⁵⁶³ Seoane, José Antonio. Op. Cit. Pág. 287.

⁵⁶⁴ Por ejemplo, hasta mayo de 2005 en Cataluña sólo había registrados 6000 documentos de voluntades anticipadas en una población de 7 millones de personas. Cfr. Miró, Gloria. et. al. Op. Cit. Pág. 569. La mayoría de esos documentos han sido redactados por personas sanas que no padecen enfermedades que pongan en peligro su vida. Cfr. Martínez Urionabarrenetxea, K. “Los documentos de voluntades anticipadas”. Op. Cit. Pág. 94. En EEUU sólo el 10% de la población emplea en la práctica esos documentos. Cfr. Johnston, Sarah Coate. et. al. “The discussion about advance directives”. *Archives of Internal Medicine*. Vol. 155. No. 10. 1995. Págs. 1025 a 1030. Y cfr. Martínez Almazán, E. et. al. Op. Cit. Pág. 204. En el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas, que comenzó a funcionar a mediados de 2004, tiene más de 1,300 documentos inscritos hasta febrero de 2006. Cfr. Muñoz Llarena, Alberto. et. al. “Principio de autonomía y voluntades anticipadas”. *Medicina Clínica*. Vol. 128. No. 3. 2007. Pág. 118. En México, Distrito Federal, según la información estadística de la Secretaría de Salud del Distrito Federal, se han otorgado 216 documentos de voluntad anticipada ante notario entre el 15 de febrero de 2008 y el 20 de julio de 2009. <http://www.colegiodenotarios.org.mx/?a=101> Consultada el 16 de octubre de 2009.

La legislación aplicable debe ser cuidadosa para no burocratizar esos actos sobre todo en el actual escenario de una medicina defensiva y de la judicialización de la relación clínica que a final de cuentas se traduce en dar mayor importancia al tecnicismo jurídico que a la preocupación ética en la atención del paciente.⁵⁶⁵

Esos documentos deben servir como estímulo para la reflexión y el diálogo entre el médico, el paciente y su familia;⁵⁶⁶ por sí solos no resuelven la toma de decisiones en situaciones de incertidumbre, pues únicamente constituyen uno de los elementos –de mucha importancia– a considerar en la atención médica en casos de incapacidad.⁵⁶⁷ No deben ser excesivamente vagas ni demasiado específicas, deben tender a un término medio que basado en la información clara, oportuna y completa, y en la reflexión pausada y serena de la misma se den a conocer los valores y deseos del paciente y, al mismo tiempo, permita la evaluación médica de los hechos biológicos concretos en orden a tomar decisiones razonables y prudentes.

Existen dos razones sumamente importantes por las cuales las voluntades anticipadas no pueden ser meros formularios jurídicos ajenos a la comunicación y

⁵⁶⁵ Parece que en la huída del paternalismo médico hacia la autonomía individual avanzamos a un imperialismo judicial. Marcos del Cano, Ana María. *Voluntades anticipadas*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Pág. 410.

⁵⁶⁶ Los documentos de voluntades anticipadas son una buena excusa para abordar el tema de los cuidados finales entre los pacientes a pesar de que los de edad más avanzada se manifiestan renuentes para hablar del tema. Además, el número de esos documentos aumenta cuando se habla de ellos en las consultas (con médicos o enfermeras), cuando se llevan a cabo actividades educativas concretas entre la población y cuando el paciente tiene amigos o familiares que ya lo han formalizado. Estas son algunas de las conclusiones que se obtuvieron en un estudio realizado entre el 21 de junio y el 15 de julio de 2002 a 132 pacientes mayores de 39 años en la consulta primaria en Palma de Mayorca. De los 132 cuestionarios entregados se recibieron 107 (81%). El 57.6% eran mujeres y el 42.4% hombres. El 97% de los participantes consideró importante la puesta en marcha de los documentos de voluntades anticipadas y sólo el 19%, en su mayoría mayores de 65 años, se mostró renuente a otorgar ese documento. El 88.8% manifestó que de otorgar el documento les gustaría hablarlo con sus familiares, el 73.8% con el médico de cabecera y el 19.8% con el médico del hospital. El 36.8% nunca había hablado del tema con sus familiares, el 31.1% lo había hecho “por encima” y el 32.1% lo hizo claramente. Véase Santos de Unamuno, C. Op. Cit. Págs. 1 a 8. En el mismo sentido, Albert Royes i Qui considera que se crea una excelente oportunidad para el diálogo franco y abierto acerca de las expectativas de salud de esa persona, lo que facilita enormemente la asistencia basada en la colaboración y se dirige a conseguir objetivos comunes. Cfr. Royes i Qui, Albert. Op. Cit. Pág. 1464 a 1471.

⁵⁶⁷ Para Albert Royes i Qui, el médico frecuentemente se enfrenta a decisiones llenas de incertidumbre sobre todo en lo que se refiere a la voluntad del enfermo acerca de cuál sería en su caso la mejor decisión, es decir, la decisión más respetuosa con las opciones de vida, las prioridades o la escala de valores de la persona enferma. Mediante el documento de voluntades anticipadas el paciente participa de modo directo en ese tipo de decisiones desde el momento que su voluntad puede ser conocida por el personal sanitario que le atiende aunque él personalmente no esté ahora en condiciones de manifestarla, su voluntad debe considerarse prioritaria a la de otros. Idem.

deliberación propia de la relación clínica: La pluralidad moral y la diversidad biográfica. En el primer caso, las personas a pesar de vivir en una misma sociedad y bajo una misma ideología –en términos generales– no comparten los mismos valores, al menos aquellos que son de gestión privada, por ello no puede existir un prototipo moral de las voluntades anticipadas aplicable a todas las personas y; en el segundo caso, se ha insistido mucho en que no hay enfermedades sino enfermos en razón de que cada persona en su esencia biológicamente diferenciada vive (padece o sufre) y asume de modo muy diferente una misma enfermedad, por ende, tampoco puede existir un prototipo médico rígido aplicable a todas las enfermedades. Las voluntades anticipadas deben confeccionarse conforme a la realidad biológica, moral y biográfica de cada persona en lo individual.⁵⁶⁸

La legislación ha de tener en cuenta esos elementos de modo que el contenido, valor probatorio, alcance legal y formalismo de los documentos que contengan las voluntades anticipadas estén fuertemente vinculados con los principios bioéticos propios de las decisiones al final de la vida.

4.3 Contenido del documento de voluntades anticipadas.

Al respecto, comparto la aportación que han hecho un grupo de especialistas⁵⁶⁹ en relación a los aspectos que debe contener el documento de voluntades anticipadas:

1. La expresión de los principios vitales y las opciones personales en los que se establece una jerarquía de valores y, en consecuencia, los criterios que deben orientar cualquier decisión que se deba tomar en el ámbito de la atención médica.

A este apartado se le denomina historia de valores (*values history*) ya que refleja los valores y las opciones personales respecto a los momentos finales de la vida u otras situaciones de grave limitación física o psíquica. También se pueden incluir otras

⁵⁶⁸ Para Koldo Martínez, cada testamento vital debe ser analizado y valorado en cada situación concreta, la existencia del documento no exime al médico de la obligación de analizar qué es lo más conveniente para los intereses de su paciente en cada momento. Cada documento debe ser analizado individualmente. Cfr. Martínez Urionabarrenetxea, K. “Reflexiones sobre el testamento vital (II)”. Op. Cit. Pág. 3. En un artículo posterior el autor sostiene los mismos argumentos pero ahora no utiliza el término “testamento vital”, sino “documento de voluntades anticipadas”. Véase Martínez Urionabarrenetxea, K. “Los documentos de voluntades anticipadas”. Op. Cit. Pág. 93.

⁵⁶⁹ Saralegui Reta, I. et. al. Op. Cit. Pág. 258. Véase también Siurana, Juan Carlos. Op. Cit. Págs. 37 y 38.

disposiciones, tales como: La elección del lugar dónde recibir los cuidados, la voluntad de donar órganos, el deseo de recibir asistencia religiosa, etc.

2. Las situaciones sanitarias concretas o los hechos clínico-biológicos concretos en los que se quiere se tenga en cuenta la aceptación o el rechazo de determinados tratamientos o cuidados, principalmente cuando son bien conocidas las probabilidades evolutivas como, por ejemplo, en las enfermedades crónicas. Es el llamado testamento vital (*living will*).

3. Instrucciones y límites a considerar en la atención médica en caso de que se verifiquen las situaciones o hechos previstos, es decir, qué es lo que la persona desea o no cuando esté incapacitada temporal o definitivamente. Por ejemplo, puede solicitar que no le sean instauradas medidas de soporte vital. De este modo, se reconoce el derecho de aceptar o rechazar de antemano tratamientos que pudieran estar indicados,⁵⁷⁰ sin embargo, no puede solicitar tratamientos no indicados o contraindicados.⁵⁷¹ (Véase cuadro número 1).

⁵⁷⁰ Según Gonzalo Herranz, cuando un documento de voluntades anticipadas expresa el deseo de no recibir tratamientos indicados o útiles invariablemente se impone la necesidad de una indagación psiquiátrica para descartar que el paciente hubiera tomado esa determinación acuciado por la tristeza o la desesperación. La noticia de una enfermedad incurable que llevará pronto a la muerte produce que uno de cada cinco pacientes presente un cuadro de depresión grave. Una noción monolítica del principio de la autonomía ha llevado a algunos jueces y legisladores a conceder un derecho absoluto de rechazar un tratamiento indicado con el argumento de que nadie puede intervenir en las decisiones de la propia vida cuando éstas no dañan a terceros; sin embargo, un médico competente reconoce que esos pacientes necesitan ser tratados psicológicamente para que deseen vivir. Por ejemplo, la norma australiana que regula las voluntades anticipadas exige que el paciente sea valorado psiquiátricamente para que pueda otorgar ese documento cuando se encuentra inmerso en una enfermedad grave. Además, en la actualidad está generalmente aceptado que las voluntades anticipadas no pueden prohibir a los médicos proporcionar el tratamiento paliativo más apropiado de que se disponga. Véase Herranz, Gonzalo. Op. Cit. Págs. 41 y ss. Un testamento vital genuino no sólo expresa preferencias, valores o intereses personales de un paciente; también tiene un carácter normativo. En este sentido, el valor normativo de una directriz que rechaza un tratamiento es siempre mayor que aquella que lo solicita. Ningún médico está obligado a proporcionar tratamiento que él sabe es perjudicial para el paciente, pero sí tiene que aceptar el rechazo del paciente a un tratamiento aunque pueda ser beneficioso para el enfermo. Cfr. Martínez Urionabarrenetxea, K. “Reflexiones sobre el testamento vital (II)”. Op. Cit. Pág. 2. Tal como se dijo antes, el autor sostiene los mismos argumentos en un artículo posterior pero ahora no utiliza el término “testamento vital”, sino “documento de voluntades anticipadas”. Véase Martínez Urionabarrenetxea, K. “Los documentos de voluntades anticipadas”. Op. Cit. Págs. 91 y 92. Sobre el derecho a rechazar el tratamiento vital véase Romero Casabona, Carlos María. *Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales*, en Urraca Martínez, Salvador (ed.). Op. Cit. Págs. 249 y ss.

⁵⁷¹ Al respecto, Albert Royes i Qui considera que el documento de voluntades anticipadas debe entenderse como un consentimiento informado realizado con anterioridad al supuesto o supuestos en los que debería entrar en vigor, aunque en este caso sería mejor denominarlo *no consentimiento*, porque lo que se solicita es, básicamente, que no se actúe de determinada manera en circunstancias bien precisas. Ese autor explica una de las excepciones para no solicitar el consentimiento informado, el caso de urgencia. En esa circunstancia, de haberse otorgado el documento de voluntades anticipadas, anula la excepción; es decir,

4. La designación de un representante para que actúe como interlocutor válido ante el equipo de salud en caso de que el paciente no pueda expresar su voluntad y para que lo sustituya en la interpretación y en el cumplimiento de las instrucciones. Es el llamado poder de representación permanente (*durable power of attorney for health care*) que continúa teniendo efecto aunque el otorgante se vuelva incompetente.⁵⁷²

El representante ha de conocer la voluntad de su representado y para ello es aconsejable que participe en el proceso de deliberación previo, sus decisiones no pueden contradecir el contenido del documento, debe actuar conforme a los criterios e instrucciones expresadas en él. Debido a la importancia de su función es imperioso evitar que le pueda afectar algún tipo de interés, además es aconsejable que la familia conozca quién será el representante.⁵⁷³

Es preciso advertir que el contenido propuesto concuerda con los documentos que se han desarrollado en EEUU para facilitar el proceso de toma de decisiones de sustitución. Su evolución obedece a los problemas que han surgido al momento de ejecutarlos en la práctica. Estos documentos según su orden de aparición son: los testamentos vitales o *living wills*, que contienen declaraciones acerca de la forma en que el sujeto desea que se maneje el proceso de muerte, se rechazan medidas de soporte vital cuando no haya expectativas de recuperación, y se solicitan medidas de cuidado y

debe considerarse prioritario lo que el paciente estableció en el mismo. Por ese motivo el documento tiene un alcance superior a la de un mero consentimiento informado previo. Cfr. Royes i Qui, Albert. Op. Cit. Pág. 1464 a 1471. En el mismo sentido véase Broggi, Marc Antoni. “El documento de voluntades anticipadas”. *Medicina Clínica*. Vol. 117. No. 1. 2001. Pág. 114.

⁵⁷² Al respecto comparto la postura de Pablo Simón al decir que la reflexión bioética y jurídica se ha centrado más en la teoría general del consentimiento informado descuidando lo relativo a las decisiones de representación. Cfr. Simón, Pablo. *El consentimiento informado*. Triacastela. Madrid. 2000.

⁵⁷³ El representante deberá conocer cuál es la voluntad del otorgante y tener las facultades para interpretarla y aplicarla. No podrá contradecir el contenido del documento y debe actuar siguiendo los criterios y las instrucciones que el paciente declaró expresamente. El representante debe manifestarse en aquellos aspectos no especificados íntegramente por el otorgante, en la valoración de las circunstancias, en el previsible avance de la técnica médica en la aplicación de un determinado tratamiento, en la oportunidad de donación de órganos, etc. Dada su importancia se recomienda que no tenga intereses en conflicto, que no sea testigo del documento ni el médico responsable, que no fuera familiar pero que si fuere conocido por ella. Marcos del Cano, Ana María. *Voluntades anticipadas*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Págs. 400 y 401. Finalmente, Koldo Martínez considera que un buen testamento vital debe contener al menos: Historia de valores, especificación de límites de tratamiento y nombramiento de sustituto. Adicionalmente se pueden establecer indicaciones para después del fallecimiento y lo relativo a donación de órganos. Martínez Urionabarrenetxea, K. “Reflexiones sobre el testamento vital (II)”. Op. Cit. Pág. 4. Y Martínez Urionabarrenetxea, K. “Los documentos de voluntades anticipadas”. Op. Cit. Pág. 95.

tratamiento adecuado del dolor; los poderes de representación o *durable power of attorneys*, que consisten en la designación que haga un sujeto de una o varias personas como posibles sustitutos para que actúen en concordancia con los valores y deseos expresados; las directivas anticipadas mixtas y complejas o *advance directives*, que son en la actualidad las más utilizadas porque son más integrales al incluir, por ejemplo, una directriz previa desarrollada mediante cuatro situaciones clínicas diferentes para que el sujeto escoja en cada caso qué medidas terapéuticas acepta o rechaza, un poder de representación, una declaración sobre donación de órganos, declaraciones personales, etc. y; la historia de valores o *values history*, que sus primeros estudios inician en los años ochenta con la aplicación de la teoría de la decisión racional a las decisiones de los pacientes considerando los valores como uno de los elementos clave del proceso, el objetivo de estos documentos es permitir conocer la escala de valores del sujeto de tal forma que se pueda reconstruir lo que el individuo hubiera deseado.⁵⁷⁴

En suma, a pesar de existir algunos matices diferenciadores el documento de voluntades anticipadas tiende a incorporar tres elementos: una declaración sobre los deseos del paciente en torno a situaciones clínicas específicas, una designación de un representante y una indagación sobre los objetivos vitales y valores.

⁵⁷⁴ Cfr. Barrio, María Inés y Simón, Pablo. Op. Cit. Págs. 117 y ss. En cuanto a los problemas de las voluntades anticipadas en el escenario de la bioética esos autores agrupan las críticas a las que han sido objeto en cuatro grandes epígrafes: 1) Críticas a la fundamentación, que se refieren al hecho de que las personas incapaces ya no son las mismas personas que firmaron la directiva previa tal es el caso, por ejemplo, de la demencia por enfermedad de Alzheimer. 2) Críticas a la validez, las cuales se enfocan en tres defectos: a) de construcción en su contenido o en su forma; en cuanto al contenido, es imposible recoger en un documento todas las situaciones clínicas posibles y; en cuanto a la forma, por la dificultad de comprender el lenguaje utilizado y por los sesgos que puede introducir quien redacta el formulario; b) de cumplimentación, se refiere a las dudas que pueden presentarse al personal sanitario o sustituto que va a aplicar una directriz previa, son dudas acerca de la voluntariedad, información y capacidad del sujeto y; c) de duración, hace referencia a las dudas sobre si los deseos del paciente todavía se mantienen cuando llega el momento de aplicarlos, en razón de ello se suele recomendar que la vigencia de una directriz previa sea de dos años. 3) Críticas a la hermenéutica, cuando un sujeto decide si acepta o rechaza una determinada opción terapéutica lo hace en una situación hipotética en la que es imposible considerar todas las posibles variables que intervienen en la situación real y, además, al problema de deducir los deseos del paciente en situaciones clínicas no contempladas por la directiva a partir de sus preferencias en las situaciones expresadas en el documento o a partir de la historia de valores. Y 4) Críticas en cuanto a su utilidad real, hacen referencia a la dificultad de la incorporación real de los documentos al proceso de toma de decisiones por las dificultades en su interpretación, localización, traslado, etc. Esos autores llegan a la misma conclusión expresada en el apartado anterior en el sentido de que no es posible absolutizar los contenidos de las directivas anticipadas. Véase Barrio, María Inés y Simón, Pablo. Ibidem. Págs. 124 y ss. Además, consideran que es preferible usar la expresión “decisiones de representación” en lugar de la terminología arraigada en la cultura norteamericana de “decisiones de sustitución”, en razón de que las decisiones relativas a un paciente incapaz las toma otra persona por él no en sustitución, sino en representación. Cfr. Barrio, María Inés y Simón, Pablo. Ibidem. Pág. 155.

También es importante señalar que existen límites ético-jurídicos para la ejecución de las disposiciones contenidas en esos documentos:

1. Que la voluntad expresada en el documento sea contraria al ordenamiento jurídico.

2. Que los tratamientos o cuidados que el paciente desea recibir sean contrarios a la buena práctica médica (*lex artis*), a la ética profesional o a la mejor evidencia científica disponible.⁵⁷⁵ No se deben aplicar tratamientos contraindicados o tratamientos no indicados aunque sean queridos o solicitados por el paciente. (Véase cuadro número 1).

3. Que la situación clínica a la que se enfrenta el paciente no sea la prevista y no corresponda a los supuestos previstos en el documento; es decir, cuando la situación que se anticipa en el documento sea distinta de la que se presenta en la realidad.

4.4 Regulación jurídica de las voluntades anticipadas en España.

A pesar de que el objeto de este capítulo está limitado al estudio jurídico de las voluntades anticipadas en México, con el propósito de hacer un mejor análisis al respecto, mediante una metodología de derecho comparado haré una breve alusión a su regulación jurídica en España.⁵⁷⁶

Lo anterior no significa que en este apartado se vaya a realizar una revisión exhaustiva del contenido de la ley del Estado español ni de las distintas leyes autonómicas relativas a las voluntades anticipadas,⁵⁷⁷ sino más bien se hará una compilación de la normatividad existente que permita su análisis crítico, estudio y comparación con la legislación mexicana.

⁵⁷⁵ Véase Herranz, Gonzalo. Op. Cit. Págs. 41 y ss.

⁵⁷⁶ Sobre la regulación jurídica internacional del documento de voluntades anticipadas véase Siurana, Juan Carlos. Op. Cit. Págs. 127 y ss. También véase García Villegas, Eduardo. *La tutela de la propia incapacidad*. Op. Cit. Págs. 45 y ss.

⁵⁷⁷ Un análisis comparativo acerca del contenido de la ley estatal y de las leyes autonómicas relativas a las voluntades anticipadas puede verse en Barrio, María Inés y Simón, Pablo. Op. Cit. Págs. 170 y ss. Y Seoane, José Antonio. Op. Cit. Págs. 292 y ss.

El análisis comparativo entre España y México es fundamental por dos razones: a) La estrecha relación no sólo cultural sino también bioética y jurídica entre esos países permite sostener que las voluntades anticipadas llegaron al escenario legislativo mexicano a partir de su regulación por el derecho español; y b) porque el modelo normativo adoptado en España, incluyendo las críticas jurídicas y los cuestionamientos éticos de la que será objeto, constituye un buen referente de derecho comparado no sólo para continuar e impulsar los trabajos legislativos en México sino también para aprender de su experiencia en la implementación práctica.

Inicialmente haré mención de las leyes de aplicación estatal en España para posteriormente continuar con la normatividad de las distintas comunidades autónomas.

En primer lugar cabe aludir al ya citado Convenio de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, mejor conocido como Convenio de Oviedo, del 4 de abril de 1997, ratificado por España el 23 de julio de 1999 y en vigor a partir del 1 de enero de 2000; que en su artículo 9 señala: “Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”. Su ratificación hecha por el Estado español produjo que se modificaran algunos aspectos de la Ley General de Sanidad y se elaborara una ley estatal y diversas leyes autonómicas.

En segundo lugar, bajo la misma línea argumentativa, se encuentra la ya también citada recomendación relativa a la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de los Enfermos Terminales y Moribundos, adoptada en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 25 de junio de 1999; que establece: “La Asamblea recomienda que el Comité de Ministros inste a los Estados miembros del Consejo de Europa a respetar y proteger la dignidad de los enfermos terminales o moribundos en todos los aspectos... Protegiendo el derecho de las personas en fase terminal o moribundas a la autodeterminación, al tiempo que se adoptan las medidas necesarias para... XV. Asegurar que se respetará el rechazo a un tratamiento específico recogido en las directivas avanzadas o testamento vital de un enfermo terminal o persona moribunda serán respetadas. Por otra parte, se deben definir criterios de validez sobre la coherencia

de tales directivas avanzadas, así como sobre la delegación en personas próximas y el alcance de su autoridad para decidir en lugar del enfermo. También se debe garantizar que las decisiones de las personas próximas que se subrogan en la voluntad del paciente -que habrán de estar basadas en los deseos expresados con anterioridad por el paciente o en presunciones sobre su voluntad-, se adoptan sólo si el paciente implicado en esa situación no ha formulado deseos expresamente o si no hay una voluntad reconocible. En este contexto, siempre debe haber una conexión clara con los deseos expresados por la persona en cuestión en un periodo de tiempo cercano al momento en que se adopte la decisión -deseos referidos específicamente al morir-, y en condiciones adecuadas, es decir, en ausencia de presiones o incapacidad mental. Se debe asimismo garantizar que no serán admisibles las decisiones subrogadas que se basen en los juicios de valor generales imperantes en la sociedad, y que, en caso de duda, la decisión se inclinará siempre por la vida y su prolongación...”.

Y, en tercer lugar, está la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, publicada el 15 de noviembre de 2002 en el Boletín Oficial del Estado,⁵⁷⁸ y el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, publicado el 15 de febrero de 2007 en el mismo boletín.

La referida ley entró vigor seis meses a partir de su publicación y regula diversos aspectos relativos a la información y consentimiento informado de los pacientes, además cabe mencionar que al ser una ley básica las Comunidades Autónomas están llamadas a establecer las normas de desarrollo y ejecución en cuanto sean precisas o necesarias para la efectividad y aplicación de la misma.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ Para un análisis más detallado de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; véase Sánchez-Caro, Javier. “La ley sobre autonomía del paciente y su repercusión en las Comunidades Autónomas”. *Revista de Administración Sanitaria*. Vol. 1 No. 2. 2003. Págs. 189 a 202. Y Osuna Carrillo de Albornoz, Eduardo. “El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. XVII. No. 59. Enero-abril 2006. Págs. 27 a 42. Sobre la evolución legislativa en España véase Siurana, Juan Carlos. Op. Cit. Págs. 149 y ss.

⁵⁷⁹ El artículo adicional primero señala: “Esta Ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1. y 16.a de la Constitución. El Estado y las Comunidades Autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de esta Ley”.

Las leyes, decretos y órdenes autonómicas que se han expedido en España para regular las voluntades anticipadas son las siguientes:

1. Andalucía.

a) Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía; publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el 4 de julio de 1998.

b) Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada; publicada en el mismo boletín el 31 de octubre de 2003.

c) Decreto 238/2004, de 18 de mayo, por el que se regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía; publicado en el mismo boletín el 28 de mayo de 2004.

2. Aragón.

a) Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón; publicado en el Boletín Oficial de Aragón el 19 de abril de 2002.

b) Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas; publicado en el mismo boletín el 28 de mayo de 2003.

3. Asturias.

a) Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias; publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias el 13 de julio de 1992.

b) Decreto 4/2008, de 23 de enero, de organización y funcionamiento del Registro de Instrucciones Previas en el ámbito sanitario; publicado en el mismo boletín el 7 de febrero de 2008.

4. Canarias.

a) Ley 11/1994, de Ordenación Sanitaria de Canarias; publicada en el Boletín de Canarias, el 5 de agosto de 1994.

b) Orden de 28 de febrero de 2005, de la Consejería de Sanidad, por la que se aprueba la Carta de los Derechos y de los Deberes de los Pacientes y Usuarios Sanitarios y se regula su difusión; publicada en el mismo boletín el 17 de marzo de 2005.

c) Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente registro; publicado en el mismo boletín el 2 de marzo de 2006.

5. Cantabria.

a) Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria; publicada en el Boletín Oficial de Cantabria el 18 de diciembre de 2002.

b) Decreto 139/2004, de 5 diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Voluntades Previas de Cantabria; publicado en el mismo boletín el 27 de diciembre de 2004.

6. Castilla-La Mancha.

a) Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha; publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha el 19 de diciembre de 2000.

b) Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud; publicada en el mismo diario el 15 de julio de 2005.

c) Decreto 15/2006, de 21 de febrero, del Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla-La Mancha; publicado en el mismo diario el 24 de febrero de 2006.

d) Orden de 31 de agosto de 2006, de la Consejería de Sanidad, de creación del fichero automatizado de datos del Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla-La Mancha; publicado en el mismo diario el 18 de septiembre de 2006.

e) Resolución de 8 de enero de 2008, de la Consejería de Sanidad, por la que se crean nueve puntos del Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla-La Mancha; publicado en el mismo diario el 22 de enero de 2008.

7. Castilla y León.

a) Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas con relación a la Salud; publicada en el Boletín Oficial de Castilla y León el 14 de abril de 2003.

b) Decreto 30/2007, de 22 de marzo, por el que se regula el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro de instrucciones previas de Castilla y León; publicado en el mismo boletín el 28 de marzo de 2007.

8. Cataluña.

a) Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica; publicada en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña el 2 de febrero de 2001.⁵⁸⁰

⁵⁸⁰ Fue la primera ley en España en regular las voluntades anticipadas.

b) Decreto 175/2002, de 25 de junio, que regula el registro de voluntades anticipadas; publicado en el mismo diario el 27 de junio de 2002.

9. Extremadura.

a) Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura; publicada en el Diario Oficial de Extremadura el 3 de julio de 2001.

b) Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente; publicada en el mismo diario el 16 de julio de 2005.

c) Decreto 311/2007, de 15 de octubre, por el que se regula el contenido, organización y funcionamiento del Registro de Expresión Anticipada de Voluntades de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se crea el Fichero Automatizado de datos de carácter personal del citado Registro; publicado en el mismo diario el 18 de octubre de 2007.

10. Galicia.

a) Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; publicada en el Diario Oficial de Galicia el 8 de junio de 2001.

b) Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Galicia; publicada en el mismo diario el 14 de enero de 2004.

c) Ley 3/2005, de 7 de marzo, que modifica la Ley 3/2001, de 28 de mayo; publicada en el mismo diario el 19 de abril de 2005.

d) Decreto 259/2007, de 13 de diciembre, por el que se crea el Registro Gallego de Instrucciones Previas sobre cuidados y tratamiento de la salud; publicado en el mismo diario el 14 de enero de 2008.

11. Islas Baleares.

a) Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Islas Baleares; publicada en el Boletín Oficial de Islas Baleares el 22 de abril de 2003.

b) Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas; publicada en el mismo boletín el 11 de marzo de 2006.

c) Decreto 58/2007, de 27 de abril, por el que se desarrolla la Ley de voluntades anticipadas y del registro de voluntades anticipadas de las Illes Balears; publicado en el mismo boletín el 10 de mayo de 2007.

12. Madrid.

a) Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid; publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 26 de diciembre de 2001.

b) Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente; publicado en el mismo boletín el 14 de junio de 2005.

c) Decreto 101/2006, de 16 de noviembre, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid; publicado en el mismo boletín el 28 de noviembre de 2006.

d) Orden 2191/2006, de 18 de diciembre, por la que se desarrolla el Decreto 101/2006 y se establecen los modelos oficiales de los documentos de solicitud de inscripción de las Instrucciones Previas y de su revocación, modificación o sustitución; publicado en el mismo boletín el 20 de diciembre de 2006.

e) Orden 645/2007, de 19 de abril, del Consejero de Sanidad y Consumo, por la que se regula el otorgamiento de las Instrucciones Previas, su modificación, sustitución y revocación ante el personal al servicio de la Administración; publicado en el mismo boletín el 7 de mayo de 2007.

13. Murcia.

a) Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia; publicada en el Boletín Oficial de la Región de Murcia el 4 de agosto de 1994.

b) Decreto 80/2005, de 8 de julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro; publicado en el mismo boletín el 19 de julio de 2005.

14. Navarra.

a) Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica; publicada en el Boletín Oficial de Navarra el 13 de mayo de 2002.

b) Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio, por el que se crea el registro autonómico de voluntades anticipadas; publicado en el mismo boletín el 30 de junio de 2003.

15. La Rioja.

a) Ley 2/2002, de 17 de abril, de la Salud de La Rioja; publicada en el Boletín Oficial de La Rioja el 23 de abril de 2002.

b) Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad; publicada en el mismo boletín el 21 de octubre de 2005.

c) Decreto 30/2006, de 19 de mayo, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de La Rioja; publicado en el mismo boletín el 25 de mayo de 2006.

d) Orden 8/2006 de 26 de julio, de la Consejería de Salud sobre la forma de otorgar documento de instrucciones previas ante personal de la administración; publicado en el mismo boletín el 5 de agosto de 2006.

16. País Vasco.

a) Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad; publicada en Boletín Oficial del País Vasco el 30 de diciembre de 2002.

b) Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, que crea y regula el registro vasco de voluntades anticipadas; publicado en el mismo boletín el 28 de noviembre de 2003.

17. Valencia.

a) Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana; publicado en el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana el 31 de enero de 2003.

b) Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana; publicada en el mismo diario el 14 de febrero de 2003.

c) Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, por el que se regula el Documento de Voluntades Anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana; publicado en el mismo diario el 21 de septiembre de 2004.

4.5 Regulación jurídica de las voluntades anticipadas en México.

Del mismo modo en que se hizo en el apartado anterior, pero ahora en el caso de México, mencionaré la normatividad vigente que regula las voluntades anticipadas.⁵⁸¹ Cabe advertir que no existe una legislación federal aplicable⁵⁸² y las vigentes a nivel local son realmente pocas lo cual provoca un vacío legal que se traduce en múltiples conflictos jurídicos.⁵⁸³

La normatividad vigente es la siguiente:

1. Aguascalientes.

- a) Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Aguascalientes (LVAEA), publicada en el Periódico Oficial de ese Estado el 6 de abril de 2009.⁵⁸⁴

⁵⁸¹ Algunas iniciativas de ley que actualmente están pendientes de discusión y, en su caso, de aprobación tanto en el Congreso de la Unión como en algunos Congresos estatales son: 1) Iniciativa con proyecto de decreto por la que se crea la Ley Federal de Voluntad Anticipada, sometida a consideración de la Cámara de Senadores por el senador Federico Döring Casar del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional el 8 de noviembre de 2007. 2) Iniciativa de decreto que expide la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Puebla, sometida a consideración del Congreso del Estado de Puebla por la diputada Irma Ramos Galindo del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática el 9 de julio de 2008. Y 3) Iniciativa que crea la Ley de la Voluntad Anticipada para el Estado de Jalisco, sometida a consideración del Congreso del Estado de Jalisco por la diputada Gloria Judith Rojas Maldonado del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional el 15 de enero de 2008.

⁵⁸² Considero que la discusión de la iniciativa en la Cámara de Senadores y en la Cámara de Diputados será el detonante para asegurar una buena *praxis* jurídica de las voluntades anticipadas en México. La urgencia por incluir la reflexión bioética en el proceso legislativo es de todo evidente. Un proceso legislativo al margen del análisis bioético de las voluntades anticipadas difícilmente es mejor que no tenerlo. En este sentido, la ley que en su caso apruebe el poder legislativo federal debe incluir términos conocidos, entendidos y consensados en el ámbito médico y bioético que lejos de ser limitativos o ambiguos garanticen la observancia y eficacia del derecho en temas tan controvertidos. Tales términos son, por ejemplo, algunos de los estudiados en el capítulo anterior de esta investigación: encarnizamiento terapéutico u obstinación terapéutica, limitación del esfuerzo terapéutico, futilidad, cuidados paliativos, posibilidades reales de recuperación, tratamientos indicados, tratamientos no indicados, tratamientos contraindicados, etc. Además, no deberá hacer distinciones entre “documento”, “formato”, “acta”, etc.

⁵⁸³ La entrada en vigor de las distintas leyes locales plantea el problema de si las autoridades y en general todo el personal médico de hospitales federales o de otras entidades federativas están vinculados a los documentos de voluntades anticipadas. Sobre el particular véase García Villegas, Eduardo. *La voluntad anticipada*. Op. Cit. Págs. 16 y ss.

⁵⁸⁴ La ley es producto de la iniciativa de Ley de Voluntad Anticipada del Estado de Aguascalientes sometida a consideración del Congreso del Estado de Aguascalientes por la diputada Nora Ruvalcaba Gámez del Partido de la Revolución Democrática el 3 de julio de 2008. Puede verse en: <http://www.desdelared.com.mx/html-notas-index/past-notas-index/08.oct.20-ley-voluntad-anticipada.pdf> Consultada el 25 de agosto de 2009.

b) Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Aguascalientes (RLVAEA), publicado en el mismo periódico el 27 de julio de 2009.

2. Coahuila.

a) Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal para el Estado de Coahuila (LPDET), publicada en el Periódico Oficial de ese Estado el 18 de julio de 2008.

3. Distrito Federal.

a) Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (LVADF), publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de enero de 2008.

b) Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (RLVADF), publicado en la misma gaceta el 4 de abril de 2008.

c) Lineamientos para el cumplimiento de la Ley de Voluntad Anticipada en las instituciones privadas de salud del Distrito Federal, publicados en la misma gaceta el 4 de julio de 2008.

4. Michoacán de Ocampo.

a) Ley de Voluntad Vital Anticipada del Estado de Michoacán de Ocampo (LVVAEM), publicada en el Periódico Oficial de ese Estado el 21 de septiembre de 2009.

5. San Luis Potosí.

a) Ley Estatal de Derechos de las Personas en Fase Terminal (LEDPFT), publicada en el Periódico Oficial de ese Estado el 7 de julio de 2009.⁵⁸⁵

⁵⁸⁵ La ley es producto de la iniciativa por la que se crea la Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal sometida a consideración del Congreso del Estado de San Luis Potosí por el diputado Luis

4.6 Análisis jurídico de la regulación de las voluntades anticipadas en España y en México.

Es posible hacer un estudio jurídico de las voluntades anticipadas conforme a la Teoría General de Acto Jurídico, es decir, conforme a los elementos de existencia y validez; no obstante, no es el propósito de este apartado. Por el contrario, a partir de identificar ciertos aspectos relevantes en la *praxis* jurídica se hará un estudio crítico, comparativo y propositivo de los mismos, tanto en la legislación española como en la mexicana.

Para cumplir con el objetivo epistémico de este apartado dividiré la exposición en los siguientes puntos: 1) Concepto y definición. 2) La formalidad como elemento de validez. 3) Contenido del documento. 4) Capacidad del otorgante. 5) Límites para su otorgamiento y ejecución. 6) Revocación del documento. 7) Su inclusión en la historia clínica. Y 8) El registro de las voluntades anticipadas.

4.6.1 Concepto y definición.

Tal como lo he reiterado en varias ocasiones, dentro del escenario de reflexión bioética no existe uniformidad en cuanto a la terminología utilizada para referirse a las decisiones médicas que toma una persona anticipadamente para que sean ejecutadas cuando sea incapaz, ni en lo relativo al proceso ni al documento en que constan.

La discrepancia conceptual se hace manifiesta en la legislación española y poco a poco sucede lo mismo en la legislación mexicana conforme los Congresos locales de los Estados aprueban las leyes respectivas. Lo anterior se debe, con toda seguridad, a la abundancia de ordenamientos jurídicos que regulan el acto y, sobre todo, a lo novedoso que ha resultado para el legislador elaborar normas en materia de cuidados y tratamientos médicos centradas en la voluntad del paciente a pesar de estar inmerso en una misma cultura y en una misma época. Cabe decir, además, que las definiciones legales distan mucho de ser homogéneas.

Manuel Calzada Macías del Partido Acción Nacional el 9 de octubre de 2008, aprobada el 29 de junio de 2009.

4.6.1.1 España.

Los conceptos utilizados en la legislación española son los siguientes: a) Expresión anticipada de voluntades, b) manifestación anticipada de voluntad, c) instrucciones previas, d) voluntad anticipada o voluntades anticipadas, e) voluntades vitales anticipadas, y f) expresión de la voluntad con carácter previo.

a) **Expresión anticipada de voluntades.**

Ese concepto solamente es utilizado en *Extremadura* por la Ley 10/2001 y por la Ley 3/2005 que en los artículos 11.5 y 17, respectivamente, lo definen en los siguientes términos:

Artículo 11. “Derechos. (...) 5.- Además de lo dispuesto en el punto 1 de este artículo, se reconoce el derecho a la *expresión anticipada de voluntades* en los siguientes términos: a) A estos efectos se entiende por *expresión anticipada de voluntades* el documento dirigido al médico responsable en el que una persona mayor de edad, con capacidad legal suficiente y libremente, manifiesta las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. Este documento podrá incluir la designación de un representante que será interlocutor válido del equipo sanitario. (...)”.

Artículo 17. “La *expresión anticipada de voluntades*. 1. La *expresión anticipada de voluntades* es el documento emitido por una persona mayor de edad, con capacidad legal suficiente y libremente, dirigido al médico responsable de su asistencia, en el cual expresa las instrucciones sobre sus objetivos vitales, valores personales y las actuaciones médicas que deberán ser respetados cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. (...)”.

b) **Manifestación anticipada de voluntad.**

Ese término únicamente aparece en el Decreto 13/2006 de *Canarias*, cuya definición se halla en el artículo 2:

Artículo 2. “Concepto de *manifestación anticipada de voluntad*. Mediante la *manifestación anticipada de voluntad* una persona mayor de edad y capaz deja constancia en un documento escrito de las instrucciones emitidas libremente sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez fallecida, el destino de su cuerpo y de sus órganos o tejidos, que deberán tenerse en cuenta cuando se encuentre en una situación cuyas circunstancias no le permitan expresar su voluntad de manera libre, personal, actual, consciente e informada”.

c) Instrucciones previas.

Ese concepto se define en el artículo 11 de la *Ley básica* 41/2002, en el artículo 2 del Decreto 4/2008 de *Asturias*, en el artículo 2 del Decreto 30/2007 de *Castilla y León*, en el preámbulo y en el artículo Tercero de la Ley 3/2005 que modifica la Ley 3/2001 de *Galicia*, en el preámbulo de la Ley 12/2001 y en el artículo 2 de la Ley 3/2005 de *Madrid*, en el artículo 1 del Reglamento de Instrucciones Previas y su Registro de *Murcia*, y en el artículo 3 de la Ley 9/2005 de *La Rioja*, en los siguientes términos:

Artículo 11. “*Instrucciones previas*. 1. Por el documento de *instrucciones previas*, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. (...)”.

Artículo 2. “Documento de *instrucciones previas*. 1. De conformidad con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, por el documento de *instrucciones previas*, una persona mayor de edad...”.

Artículo 2. “Las *instrucciones previas* son la manifestación anticipada de voluntad que hace por escrito cualquier persona mayor de edad, capaz y libre, acerca de los cuidados y el tratamiento de su salud o sobre el destino de su cuerpo o de sus órganos una vez llegado el fallecimiento, para que sea tenida en cuenta, por el médico o por el equipo sanitario responsable de su asistencia, en el momento en que se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurren le impidan expresarla por sí misma”.

Preámbulo. “(...) El desarrollo de la autonomía del paciente no se circunscribe sólo a una asistencia actual del paciente, sino que también pretende proyectarse en el tiempo, de modo que aquél, en previsión de que pueda encontrarse en una situación futura en la que no sea capaz de expresar su voluntad, pueda dictar previamente instrucciones respecto a los cuidados y tratamiento de su salud, o, en su caso, al destino de su cuerpo y órganos tras el fallecimiento. Lo anterior evidencia la necesidad de la libre revocación en cualquier momento de las instrucciones dictadas. Es por ello que parece más adecuada la denominación de *instrucciones previas* en lugar de voluntad anticipada...”.

Tercero.- “En el artículo 5 se cambia la expresión “voluntades anticipadas” por la de “*instrucciones previas*”... quedando redactados del siguiente modo: «Artículo 5. *Instrucciones previas*. 1. Por el documento de *instrucciones previas*, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, a fin de que ésta sea cumplida en el momento en que llegue a situaciones en las que por las circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el

médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las *instrucciones previas*. (...)”.

Preámbulo. “...Se ha optado por la denominación de «*Instrucciones Previas*», en vez de «*Voluntades Anticipadas*» o «*Testamento Vital*», en consonancia con el Convenio de Oviedo y los trabajos parlamentarios que se están llevando a cabo en el Congreso de los Diputados para la tramitación de la Ley Estatal. (...)”.

Artículo 2. “Documento de *instrucciones previas*. Por el documento de *instrucciones previas*, una persona manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre el cuidado y el tratamiento de su salud o, llegado el momento del fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”.

Artículo 1. “Documento de *instrucciones previas*. En los términos dispuestos en el artículo 11 de la Ley 41/2002... mediante el presente Decreto se desarrolla el contenido y formalización del documento de *instrucciones previas*. (...)”.

Artículo 3. “Documento de *instrucciones previas*: concepto y carácter. El documento de *instrucciones previas* es aquel que contiene la declaración de voluntad de una persona sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, para que ésta se cumpla en el momento en que no sea capaz de expresarla personalmente. Asimismo, el documento podrá contener la declaración de voluntad sobre el destino del propio cuerpo o de los órganos del mismo, una vez producido el fallecimiento. (...)”.

d) Voluntad anticipada o voluntades anticipadas.

Dichos términos son los más utilizados por la legislación española – primordialmente en plural–: Por la Ley 7/2002 y del Decreto 270/2003 del **País Vasco**, definidas por la ley en el artículo 3;⁵⁸⁶ por la Ley Foral 11/2002 y por la Ley Foral 29/2003 de **Navarra**, la primera las define en el artículo 9; por la Ley 6/2002 y por el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas de **Aragón** en los artículos 15 y 1, respectivamente; por la Ley 21/2000 y por el Decreto 175/2002 de **Cataluña**, definidas por la ley en su artículo 8; por la Ley 5/2003 y por la Ley 1/2006 de **Islas Baleares** cuya definición consta en los artículos 18 y 1, respectivamente; por la Ley 1/2003 y por el Decreto 168/2004 de **Valencia** que las define en los artículos 17 y 1, respectivamente; y por la Ley 6/2005 y por el Decreto 15/2006 de **Castilla-La Mancha** definidas por el artículo 2 de la ley. Al efecto transcribo las disposiciones antes mencionadas:

⁵⁸⁶ La Ley 7/2002 del País Vasco en el artículo 2 utiliza el término “expresión anticipada de voluntades” para referirse al proceso en el cual una persona capaz manifiesta sus objetivos vitales y valores personales, así como las instrucciones de su tratamiento a las cuales deberá sujetarse el equipo sanitario cuando ella no pueda no pueda expresar su voluntad; sin embargo, en el artículo 3 el término “documento de voluntades anticipadas” alude al instrumento en el cual se hace constar aquél proceso.

Artículo 3. “Documento de *voluntades anticipadas*. 1. El documento de *voluntades anticipadas* en el ámbito de la sanidad es el instrumento por medio del cual se hacen efectivos los derechos reconocidos en el artículo anterior. (...)”.

Artículo 9. “La declaración de *voluntades anticipadas*. 1. El documento de *voluntades anticipadas* es aquel dirigido al Médico responsable, en el cual una persona mayor de edad o un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente Ley Foral deja constancia de los deseos previamente expresados sobre las actuaciones médicas para cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad, por medio del consentimiento informado, y que deben ser tenidos en cuenta por el Médico responsable y por el equipo médico que le asista en tal situación. (...)”.

Artículo 15. “Las *voluntades anticipadas*. 1. Se entiende por *voluntades anticipadas* el documento dirigido al médico responsable en el que una persona mayor de edad, con capacidad legal suficiente y libremente, manifiesta las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. En este documento la persona puede también designar a un representante, que es el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que le sustituya en el caso de no poder expresar su voluntad”. (...)”.

Artículo 1. “Concepto. Se entiende por *Voluntades Anticipadas* el documento dirigido al médico responsable en el que una persona manifiesta las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. (...)”.

Artículo 8. “Las *voluntades anticipadas*. 1. El documento de *voluntades anticipadas* es el documento, dirigido al médico responsable, en el cual una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y libremente, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. En este documento, la persona puede también designar un representante, que es el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que la sustituya en el caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma. (...)”.

Artículo 18. “Las *voluntades anticipadas*. 1. Las personas mayores de edad, con capacidad suficiente, tienen derecho a otorgar un documento de *voluntades anticipadas*, en el que, libremente, expresen las instrucciones que se han de tener en cuenta por el médico o equipo sanitario responsable cuando se encuentren en una situación que no les permita expresar personalmente la voluntad. (...)”.

Artículo 1. “Concepto de *voluntades anticipadas*. A efectos de esta ley, las *voluntades anticipadas* consisten en una declaración de voluntad unilateral emitida libremente por una persona mayor de edad y con plena capacidad de obrar, mediante la que se indica el alcance de las actuaciones médicas o de otras que sean procedentes, previstas por esta ley, solamente en los casos en que concurran circunstancias que no le permitan expresar su voluntad”.

Artículo 17. “*Voluntades anticipadas*. 1. El documento de *voluntades anticipadas* es el documento mediante el que una persona mayor de edad o menor emancipada, con capacidad legal suficiente y libremente, manifiesta las instrucciones que sobre las actuaciones médicas se deben tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que las circunstancias que concurran no le permitan expresar libremente su voluntad. (...)”.

Artículo 1. “Documento de *Voluntades Anticipadas*. El Documento de *Voluntades Anticipadas* es el documento mediante el que una persona mayor de edad o menor emancipada, con capacidad legal suficiente y libremente, manifiesta las instrucciones

que sobre las actuaciones médicas se deben tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que las circunstancias que concurren no le permitan expresar libremente su voluntad. (...)”.

Artículo 2. “Concepto de *declaración de voluntades anticipadas*. A los efectos de esta Ley, se entiende por *declaración de voluntades anticipadas* la manifestación escrita de una persona capaz que, actuando libremente, expresa las instrucciones que deban tenerse en cuenta sobre la asistencia sanitaria que desea recibir en situaciones que le impidan expresar personalmente su voluntad, o sobre el destino de su cuerpo o sus órganos una vez producido el fallecimiento”.

e) **Voluntades vitales anticipadas.**

El término solamente se incluye en la Ley 5/2003 y por el Decreto 238/2004 de **Andalucía**, el cual se define en el artículo 2 de la ley en los siguientes términos:

Artículo 2. “Concepto de declaración de *voluntad vital anticipada*. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración de *voluntad vital anticipada* la manifestación escrita hecha para ser incorporada al Registro que esta Ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opiniones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurren circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad”.

f) **Expresión de la voluntad con carácter previo.**

Dicha expresión sólo se contempla en la Ley 7/2002 de **Cantabria** y es definida por su artículo 34 de la siguiente forma:

Artículo 34. “La *expresión de la voluntad con carácter previo*. 1. El usuario del Sistema Autonómico de Salud, mayor de edad y con plena capacidad de obrar, tiene derecho al respeto absoluto de su *voluntad expresada con carácter previo*, para aquellos casos en que las circunstancias del momento le impidan expresarla de manera personal, actual y consciente. (...)”.

4.6.1.2 México.

Los conceptos utilizados por la legislación mexicana vigente son los siguientes:

a) Voluntad anticipada, b) disposiciones previsorias, c) disposiciones premortem, y d) voluntad vital anticipada.

a) Voluntad anticipada.

Ese fue el primer término legal utilizado en México el cual es definido por la LVADF y por la LVAEA y por sus respectivos reglamentos atendiendo a su aspecto documental en dos sentidos: como “documento” y como “formato”.

Artículo 3 LVADF. “Para efectos de esta ley se define y entiende por: (...) V. *Documento de Voluntad Anticipada*: consiste en el documento público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Médica; (...)”.

Artículo 2 RLVADF. “Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) IV. *Documento de Voluntad Anticipada*: Es el Documento Público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Terapéutica; V. *Formato de Voluntad Anticipada*: Es el Formato oficial emitido por la Secretaría en el que cualquier enfermo en etapa terminal o suscriptor, manifiesta ante el personal de salud de la Unidad Médica Hospitalaria o Institución Privada de Salud, la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Terapéutica; (...)”.

Artículo 3 LVAEA. “Para efectos de esta Ley se entiende por: (...) IV. *Documento de Voluntad Anticipada*: es el documento público suscrito ante Notario Público, sin generar costo alguno, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio, en pleno uso de sus facultades mentales y que se encuentre en etapa terminal, declara su voluntad, emitida libremente, a rechazar un determinado tratamiento médico, que propicie la Obstinación Terapéutica. (...)”.

Artículo 2 RLVAEA. “Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) III. *Documento de Voluntad Anticipada*: Es el documento público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la obstinación terapéutica; IV. *Formato de Voluntad Anticipada*: Es el formato oficial emitido por el Instituto en el que cualquier enfermo en etapa terminal o suscriptor, manifiesta ante el personal de salud de la Unidad Médica Hospitalaria o Institución Privada de Salud, la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la obstinación terapéutica; (...)”.

Como se puede observar, las definiciones de documento de voluntad anticipada y de formato de voluntad anticipada *mutatis mutandis* son iguales tanto en el RLVADF como en la RLVAEA; en cambio, no ocurre lo mismo en las definiciones de documento de voluntad anticipada que ofrece la LVADF y la LVAEA.

b) Disposiciones previsorias.

Ese novedoso concepto sólo es utilizado por la LPDET el cual también es definido por su aspecto documental en los siguientes términos:

Artículo 3 LPDET. “Definiciones. Para efectos de la presente ley, se entenderá por: (...) V.- *Documento de Disposiciones Previsoras*: El pronunciamiento escrito y previo por el cual una persona con capacidad de ejercicio, o bien, un emancipado capaz, da instrucciones respecto al tratamiento médico que desea o no recibir en el supuesto de padecer un accidente o una Enfermedad Terminal irreversible que lo ubique en un estado en el que ya no pueda expresarse y valerse por sí, con el propósito de que se le garantice su derecho a morir dignamente y se evite en su persona el encarnizamiento terapéutico. Este documento será válido, siempre y cuando las instrucciones a ejecutar se den conforme a la práctica aceptada en vigencia, como correcta, prudente y acertada, desde el punto de vista médico y de acuerdo a las normas establecidas por la Ley General de Salud, debiendo el Autor designar a un Representante para que haga valer su voluntad y decida en su nombre cuando él ya no lo pueda hacer; (...)”.

c) Disposiciones premortem.

Dicho concepto únicamente está previsto por la LEDPFT, y también es definido por su aspecto documental.

Artículo 3 LEDPFT. “Para los efectos de este Título se entenderá por: (...) III. Documento de disposiciones premortem: consiste en el documento público suscrito ante notario, el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre y conciente de no someterse a tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la obsesión médica; (...)”.

d) Voluntad vital anticipada.

Con la reciente aprobación de la LVVAEM se introduce el término “voluntad vital anticipada” (utilizado solamente en Andalucía) el cual definido por su aspecto documental en tres sentidos: como “acta” o “documento público”, como “documento” o “documento privado” y como “formato”.

Artículo 2 LVVAEM. “Para efectos de esta Ley se entiende por: I. *Acta: Documento Público de Voluntad Vital Anticipada* suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio manifieste la decisión libre, consciente e informada de someterse a tratamientos de cuidados paliativos y rechazar medidas extraordinarias o tratamientos curativos, en caso de padecer una enfermedad en estado terminal; (...) VI. *Documento: Documento privado de Voluntad Vital Anticipada* suscrito por cualquier persona con capacidad de ejercicio, donde se manifieste la decisión libre, consciente y reiterada de someterse a tratamientos de cuidados paliativos y rechazar medidas extraordinarias o tratamientos curativos, en caso de padecer una enfermedad en estado terminal; (...) VIII. *Formato: Documento de Voluntad Vital Anticipada* elaborado y emitido por la Secretaría de Salud, suscrito ante el médico tratante, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio manifieste la decisión libre, consciente e informada

de someterse a tratamientos de cuidados paliativos y rechazar medidas extraordinarias o tratamientos curativos, en caso de padecer una enfermedad en Estado Terminal; (...).”.

4.6.1.3 Análisis y propuestas.

Con base en las anteriores definiciones legales es posible hacer algunos comentarios a forma de crítica tanto de la legislación española como de la mexicana que permitan, además, formular propuestas concretas:

1. La normativa española y la mexicana tienen un punto de coincidencia: En ambas únicamente se considera el aspecto jurídico de las voluntades anticipadas, es decir, las voluntades anticipadas como *documento*.

En este caso considero que los ordenamientos jurídicos deben sensibilizarse para también incluir aspectos éticos y médicos no con el propósito de trasladar la deliberación bioética al razonamiento o terreno jurídico (lo cual no es nada conveniente), sino más bien para reconocer, proteger y garantizar los dos momentos propios del acto: su preparación y su otorgamiento.

El derecho no puede enfocarse solamente al aspecto documental del acto, pues ello sería empobrecer enormemente la vocación planificadora y la función comunicativa de las voluntades anticipadas. Estas no pueden ser vistas como un mero instrumento jurídico.

Al respecto, cabe insistir en lo que se dijo en el apartado primero de este capítulo: Es *moralmente* reprochable hablar de voluntades anticipadas refiriéndose a ellas meramente por su aspecto jurídico y; de igual forma, es *socialmente* cuestionable hablar de ellas prescindiendo de ese aspecto.

Las voluntades anticipadas como herramienta en la planificación de la asistencia médica no deben permanecer aisladas en el mundo legal, pero tampoco deben abandonarse a la buena práctica médica. En definitiva, las voluntades anticipadas por su contenido, fundamentación y practicidad se encuentran inmersas en dos mundos que,

lejos de ser iguales o contrarios, son complementarios: El de la ética y la medicina (bioético) y el jurídico.

La bioética tiene como función *promover* que las voluntades anticipadas verdaderamente sean producto de un proceso de comunicación y deliberación entre el médico (incluyendo a todo el equipo sanitario), el paciente y su familia que permitan la planificación anticipada y estratégica de los tratamientos y cuidados –principalmente pero no exclusivamente médicos– a partir de un diagnóstico concreto y de un pronóstico conocido, y que no se reduzcan a la mera firma de un documento con consecuencias jurídicas como ha ocurrido ya con suficiente evidencia con el consentimiento informado. El derecho, por su parte, debe *proteger, garantizar y regular* la dignidad y el derecho de autodeterminación que tiene toda persona para decidir en lo relativo a su vida, salud y muerte y; además, que el acto de disposición que implican las voluntades anticipadas cumpla al menos con un mínimo técnico-científico (médico) y humano (ético), es decir, asegurándose que tanto en el proceso de legislación como en el de aplicación de las leyes de voluntades anticipadas se consideren, en un mínimo decente, los aspectos formales (dignidad humana y autonomía) y los aspectos materiales (hechos clínico-biológicos).

2. En la legislación española no existe uniformidad ni en el concepto ni en la definición de las decisiones que toma una persona anticipadamente en relación a su tratamiento y cuidado médico para ejecutarse cuando se halle incapacitada para expresarse, principalmente en los momentos finales de su vida.

A pesar de ello, prácticamente todas las definiciones legales coinciden en cinco elementos: a) Deben constar en un documento por escrito; b) son hechas por personas mayores de edad y con capacidad legal suficiente; c) la persona debe actuar libremente; d) contienen una manifestación anticipada de voluntad o instrucciones sobre los cuidados y tratamientos médicos o actuaciones médicas y; e) serán tomadas en cuenta cuando, por las circunstancias en las que se encuentra, no pueda o no sea capaz de expresar personalmente su voluntad.

Adicionalmente se pueden distinguir otros elementos en los que el grado de coincidencia es menor pero que son igualmente importantes: a) Son dirigidas al médico

responsable, b) se permite designar a un representante, c) se pueden incluir los objetivos vitales y los valores personales, d) es posible de hacer disposiciones sobre el destino del cuerpo una vez que ocurra la muerte y las relativas a la donación de órganos y, e) excepcionalmente se otorga capacidad a los menores emancipados para tomar dichas decisiones.

3. En el caso de México, conforme avanza el proceso legislativo principalmente en cada uno de los Estados, existe el riesgo de que se dé la misma disparidad conceptual que en España aunado a la ya evidente y conflictiva divergencia en cuanto a la definición. Además, la normativa mexicana –a diferencia de la española– establece conceptos diferentes de acuerdo a la forma de su otorgamiento, así se habla de “documento”, “formato”, “acta”, etc.

Los elementos comunes en casi todas las definiciones son: a) El acto debe constar en un documento por escrito; b) hecho por cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales; c) la manifestación de voluntad debe ser libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada; y d) contienen una manifestación anticipada de voluntad o instrucciones –en sentido negativo– sobre los medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que produzcan la obstinación terapéutica, o bien cuando la persona padezca una enfermedad terminal.

Al respecto, también es preciso advertir los elementos que las distinguen: a) La LVADF, la LVAEA, así como sus respectivos reglamentos, y la LPDET establecen como regla general que debe otorgarse ante notario público y; excepcionalmente, ante el personal de salud que corresponda en caso de que la persona no pueda comparecer ante él; b) la LEDPFT no prevé excepciones para que se otorgue ante notario público; c) la LPDET también le atribuye capacidad al menor emancipado para otorgar el acto; d) la LVAEA y la LEDPFT señalan que no generará costo alguno para el otorgante; e) la LVAEA establece que solamente puede otorgar el documento ante notario la persona que se encuentre en etapa terminal y; en el mismo sentido, el RLVADF y el RLVAEA señalan que la excepción para que se otorgue ante notario consiste en que la persona que se encuentre en etapa terminal; y f) la LPDET incluye como supuestos para aplicar las instrucciones dictadas previamente no sólo a la enfermedad terminal sino también el hecho de sufrir un accidente.

4. La legislación española y la mexicana, en lo relativo a la definición, concuerdan en los siguientes aspectos: a) El acto debe constar en un documento por escrito, b) se faculta al notario para que pueda actuar como fedatario en el otorgamiento del acto, c) el acto puede realizarlo cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, d) la manifestación de voluntad debe ser libre, y e) contienen una manifestación anticipada de voluntad o instrucciones sobre los cuidados y tratamientos médicos o actuaciones médicas. Pero en el caso de España, la voluntad anticipada o instrucciones serán tomadas en cuenta cuando la persona no pueda o no sea capaz de expresar por sí misma su voluntad y; en el caso de México, cuando los tratamientos o atención médica vayan dirigidos a la obstinación terapéutica en el caso de padecer una enfermedad terminal.

5. En los siguientes puntos en los que se divide la presente exposición se analizarán a detalle los elementos destacados anteriormente, principalmente aquellos que son comunes en casi todas las definiciones que ofrece la legislación española y la mexicana; no obstante, es preciso hacer algunos comentarios muy breves en relación elementos diferenciadores en la legislación mexicana.

En primer lugar, lo relativo a forma exigida por las distintas leyes y reglamentos para otorgar las voluntades anticipadas, es decir, en documento público o privado será abordado en el siguiente punto relativo a la formalidad como elemento de validez. Por lo que hace a la capacidad del menor emancipado para otorgar sus voluntades anticipadas se analizará en el punto cuarto referente a la capacidad el otorgante.

En segundo lugar, la LVAEA y la LEDPFT señalan que el otorgamiento del documento ante notario no generará costo alguno para el otorgante. Considero que dichas disposiciones vulneran la garantía constitucional de libertad de trabajo consagrada en el artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra establece:

Artículo 5. “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por... *Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. (...) Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la*

autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123. (...)”.

En el caso de Aguascalientes, los artículos 5 fracción III y 9 de la Ley del Notariado para el Estado de Aguascalientes (LNEA) señalan:

Artículo 5 LNEA. “El notario puede excusarse de actuar: (...) III.- *Si los interesados no le anticipan los gastos y honorarios*, excepción hecha de un testamento en caso urgente, el cual será autorizado por el notario, sin tal anticipo”.

Artículo 9 LNEA. “Los notarios no serán remunerados por el Erario, sino que *tendrán derecho a cobrar a los interesados, en cada caso, los honorarios* que devenguen conforme al arancel”.

Por su parte, la iniciativa por la que se crea la LVAEA en su versión original definía al documento de voluntad anticipada en el artículo 3 fracción V del modo siguiente:

Artículo 3. “Para efectos de esta ley se entiende por: (...) V. Documento de Voluntad Anticipada: es el documento público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, declara su voluntad, emitida libremente, a rechazar un determinado tratamiento médico, que propicie la Obstinación Terapéutica. (...)”.

Como se puede apreciar, tanto la Constitución como la ley del notariado local contemplan el derecho a la retribución económica por el trabajo realizado. En este sentido, el texto original de la iniciativa de la LVAEA no violaba la garantía individual de libertad de trabajo pues no se hacía referencia alguna al costo o contraprestación económica de su otorgamiento, incluso la definición de voluntad anticipada coincidía con la dada por la LVADF y por el RLVADF. Además, en dicha iniciativa el legislador consciente de la trascendencia del acto y de la limitación económica que pudiere existir para su otorgamiento contemplaba los mecanismos legales para hacerlo asequible a la población ya que en el artículo Quinto Transitorio establecía que el Gobernador del Estado debería suscribir el convenio de colaboración con el Colegio de Notarios a efecto de asegurar en menor costo posible en los honorarios correspondientes, así la obligación de incluirlo en las Jornadas Notariales.

Sin embargo, el dictamen rendido al Congreso local el 9 de febrero de 2009 y el decreto número 217 del 11 de marzo de 2009 que aprueba la LVAEA modifican el mencionado artículo 3 estableciendo que el otorgamiento del documento no generará costo alguno.

Es clara la intención del legislador de promover y facilitar el otorgamiento del documento de voluntad anticipada entre la población, pero desafortunadamente es obscurecida por la carencia de técnica legislativa en el marco de las garantías individuales.

En definitiva, la discusión de la iniciativa en el Congreso local lejos de enriquecerla fue muy lamentable al modificar y aprobar el texto del artículo 3 fracción IV que constituye una violación flagrante a la garantía constitucional rectora del derecho laboral. Ninguna de las legislaciones nacionales o extranjeras citadas en el apartado anterior establece una disposición como esa.

En el caso de San Luis Potosí, la situación es similar pues el artículo 5 de la Ley del Notariado para el Estado de San Luis Potosí (LNESTP) establece:

Artículo 5 LNESTP. *“Los notarios tendrán derecho a cobrar los honorarios que se devenguen en cada caso, conforme al arancel correspondiente...”*.

Nuevamente se manifiesta la intención del legislador de promover y facilitar el otorgamiento del documento de disposiciones premortem, pero desafortunadamente se viola a la garantía constitucional rectora del derecho laboral.

En tercer lugar, la misma LVAEA señala que para otorgar el documento la persona debe padecer una enfermedad en etapa terminal. Los comentarios que merecen esta cuestión obligan a retomar los argumentos antes formulados.

El texto original del artículo 3 fracción V de la iniciativa presentada a consideración del Congreso local no establecía más condiciones para el otorgante que gozar de la capacidad de ejercicio y estar en pleno uso de sus facultades mentales. Sin embargo, –al igual que en el caso anterior– en el dictamen y en el posterior decreto se modifica dicha fracción incluyendo una tercera condición para el sujeto: Encontrarse en etapa terminal. Nuevamente es lamentable la discusión legislativa en torno a la fracción en comento por los siguientes motivos:

a) Por la vaguedad en el lenguaje. La definición proporcionada por la LVAEA solamente refiere: "...en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio, en pleno uso de sus facultades mentales y que se encuentre en *etapa terminal*...". Sin embargo, la LVAEA no define etapa terminal, sino enfermo en etapa terminal. La interpretación, por ende, no puede ser exegetica sino armónica y sistemática.

Al respecto cabe recordar la definición de enfermedad terminal citada en el segundo apartado del capítulo anterior, pues la considero mucho más adecuada que la establecida por la LVAEA. Los problemas de obediencia y eficacia del derecho se intensifican cuando los ordenamientos jurídicos pretender convertirse en compendios o diccionarios legales.

b) Por la función médica de las voluntades anticipadas. Como se ha explicado en el apartado segundo de este capítulo, la función primordial de las voluntades anticipadas consiste en la planificación anticipada de la atención terapéutica-asistencial. En consecuencia, como regla general, cualquier persona con capacidad con capacidad, información y entendimiento suficientes puede manifestar sus voluntades anticipadas acerca del tipo y nivel de atención y tratamiento que desea recibir cuando ya no sea capaz de expresar su voluntad y; como regla especial, por razones médicas, existe cierto grupo de personas (pacientes) a los que les está mayormente aconsejado: Aquellos que padecen una enfermedad crónica de evolución previsible.

En este orden de ideas, la LVAEA limita de modo muy importante la función médica de las voluntades anticipadas ya que para poder otorgar el documento se debe estar en el supuesto de padecer una enfermedad terminal. La terminalidad es una situación sumamente crítica y conflictiva no sólo para el paciente, sino también para su familia y todo el equipo médico. Por las tesis defendidas al inicio de este capítulo considero que no hay razón para esperar a ese último momento de angustia y dolor para otorgar el documento, no se puede anticipar, prever y preparar para lo que ya es un hecho presente.

Por otra parte, la LVADF y la LVAEA, así como sus respectivos reglamentos, establecen que excepcionalmente las voluntades anticipadas podrán constar en documento privado (formato) cuando la persona esté imposibilidad para acudir ante

notario público. De la interpretación de dichos ordenamientos se entiende por imposibilidad al hecho de padecer una enfermedad terminal. Por ende, son aplicables los mismos razonamientos esgrimidos anteriormente en el sentido de que no es ni conveniente ni necesario esperar el último momento de angustia y dolor para otorgar el “formato” y, menos aun, que se arriesgue la seguridad jurídica e integridad del paciente al exceptuarse la formalidad de la escritura pública tal como se analizará más adelante.

En cuarto lugar y último lugar, la LPDET incluye como supuesto para aplicar las instrucciones dictadas previamente el hecho de sufrir un accidente. Conviene recordar aquí lo que se ha dicho en el apartado segundo de este capítulo: En principio cualquier persona capaz puede otorgar el documento de voluntades anticipadas; sin embargo, existe cierto grupo de personas a las que les está especialmente aconsejado, aquellas que han diagnosticadas con un padecimiento concreto y, por ende, se conoce el pronóstico, el tratamiento y las posibles alternativas. Es sumamente difícil que *a priori* una persona sana, joven, sin padecer ningún tipo de dolor planifique su tratamiento médico. En este caso, el contenido del documento deberá ser muy general de tal forma que permita incluir otros criterios de decisión, tales como el avance de la ciencia, las posibilidades reales de recuperación, la *lex artis*, etc.

6. Una propuesta de definición de voluntades anticipadas que pudiera ser reconocida principalmente por la legislación mexicana es la siguiente: Declaración unilateral de voluntad emitida libremente por una persona mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio en escritura pública producto de un proceso de información, comunicación y deliberación con su médico tratante, y en la medida de lo posible con su familia, en relación con los tratamientos y cuidados principalmente médicos que desea o no recibir en el futuro de encontrarse física o legalmente incapacitado para expresar su voluntad y en alguno de los hechos clínico-biológicos previstos. En el instrumento público en que conste se pueden señalar, además, los valores personales que han de servir de fundamento para la toma de decisiones así como la designación de un representante para la interpretación y ejecución del documento y en lo relativo a la toma de decisiones médicas al final de la vida.

4.6.2 La formalidad como elemento de validez.

Según el notario mexicano Bernardo Pérez Fernández del Castillo,⁵⁸⁷ con no poca frecuencia suele confundirse la forma con la formalidad o los formalismos. La forma es el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o los agentes en un acto jurídico o contrato; en tanto que las formalidades o formalismos, son el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad para la validez del acto jurídico o contrato. En consecuencia, la forma es un elemento de existencia y los formalismos o formalidades son elementos de validez.⁵⁸⁸

Por su parte, Jorge Alfredo Domínguez Martínez,⁵⁸⁹ también notario mexicano, considera que por forma del negocio jurídico debe entenderse propiamente el medio conforme al cual aquél muestra su realidad al mundo exterior; en consecuencia, todos los negocios tienen una forma determinada aun aquellos que no requieren la forma escrita. Así, es posible hablar de la forma oral, la forma escrita, de la forma expresa o tácita, etc. La forma como elemento de validez debe ser designada como formalidad del negocio jurídico, dado que esto último implica la satisfacción de requisitos a observarse para el otorgamiento de aquél.

El negocio jurídico formal es el que requiere que la manifestación de voluntad o el consentimiento, en su caso, sean expresamente declarados por escrito de tal manera que la forma oral no es admisible para su validez descartando la manifestación tácita de la voluntad. En consecuencia, existen dos especies de negocios jurídicos formales: Los

⁵⁸⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho notarial*. 12 ed. Porrúa. México. 2002. Pág. 66.

⁵⁸⁸ En este sentido, Luis Carral y de Teresa, también notario mexicano, sostiene que es imposible que exista una relación jurídica entre dos personas sin cierta forma. Las voliciones, puesto que son psíquicas, necesitan de forma; es decir, que se exterioricen. Esa exteriorización es la forma. No hay actos jurídicos sin forma. La forma y la fórmula son vehículos de la voluntad. Aun aquellas declaraciones de voluntad que no requieren de una forma determinada para su eficacia necesitan cierta forma aunque sea libre. Otras formas, en cambio, son indispensables y; por tanto, la expresión de voluntad no es tomada en consideración por el derecho si no vienen envueltas en esa forma exigida por la ley. La fórmula es una forma especial y más rígida, pues no vale si no está expresada con palabras rituales. A pesar de esta diferencia, la forma y la fórmula son un medio para que se exprese la voluntad. La formalidad no tiene una relación funcional con el contenido volitivo; no es un medio de expresión de un hecho interno, sino requisito artificialmente añadido al acto y que no forma parte de las exteriorizaciones de la voluntad. Es requisito añadido para que esta surta determinados efectos. Cfr. Carral y de Teresa, Luis. *Derecho notarial y derecho registral*. 15a ed. Porrúa. México. 1998. Pág. 217.

⁵⁸⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho civil. Parte general*. Porrúa. México. 1994. Pág. 619.

que satisfacen su formalidad con el consentimiento respectivo en escrito privado y aquellos que necesitan que sea en escritura pública, es decir, ante notario.

Hecha la aclaración, en este inciso se analizarán las formalidades que la legislación española y la mexicana exigen para el otorgamiento de las voluntades anticipadas.

4.6.2.1 España.

En el caso de España tanto la ley estatal como las distintas leyes autonómicas coinciden en las siguientes formalidades para la validez del acto: a) Que se otorgue por escrito, y b) que se otorgue ante notario público, o ante testigos, o ante funcionario o encargado del registro.

a) Que se otorgue por escrito.

Todas las disposiciones jurídicas contemplan ese elemento como elemento de validez: *Ley básica* 41/2002, artículo 11.2; Ley 5/2003 de *Andalucía*, artículos 2 y 5.1; Ley 6/2002 y Decreto 100/2003 de *Aragón*, artículos 15 y 3, respectivamente; Decreto 4/2008 de *Asturias*, artículo 2; Decreto 13/2006 de *Canarias*, artículos 2 y 6; Ley 7/2002 de *Cantabria*, artículo 34.2; Ley 6/2005 de *Castilla-La Mancha*, artículo 2; Ley 8/2003 y Decreto 30/2007 de *Castilla y León*, artículos 30.2 y 2, respectivamente; Ley 21/2000 de *Cataluña*, artículo 8; Ley 10/2001 y Ley 3/2005 de *Extremadura*, artículos 11.5 y 17.3, respectivamente; Ley 3/2001 y Ley 3/2005 de *Galicia*, artículos 5 y tercero, respectivamente; Ley 5/2003 y Ley 1/2006 de *Islas Baleares*, artículos 18.1 y 3.1, respectivamente; Ley 3/2005 de *Madrid*, artículo 5.1; Decreto 80/2005 de *Murcia*, artículo 2.2; Ley Foral 11/2002 de *Navarra*, artículo 9; Ley 9/2005 de *La Rioja*, artículo 6 y disposición final primera; Ley 7/2002 del *País Vasco*, artículo 3.2; y Ley 1/2003 de *Valencia*, artículo 17.1.

b) Que se otorgue ante notario público, ante testigos o ante funcionario o encargado del registro.

- Ante notario público.

Ningún ordenamiento jurídico exige que las voluntades anticipadas sean otorgadas exclusivamente ante notario público. Sin embargo, todos –a excepción de la normativa nacional y la correspondiente a la Comunidad de Andalucía– establecen la opción para que el paciente-otorgante las haga constar en instrumento público notarial.

Los ordenamientos que contemplan dicha opción son: Ley 6/2002 y Decreto 100/2003 de *Aragón*, artículos 15.2 y 3, respectivamente; Decreto 4/2008 de *Asturias*, artículo 8.2; Decreto 13/2006 de *Canarias*, artículo 6.1; Ley 7/2002 de *Cantabria*, artículo 34.2; Ley 6/2005 de *Castilla-La Mancha*, artículo 5.1; Ley 8/2003 de *Castilla y León*, artículo 30.2; Ley 21/2000 de *Cataluña*, artículo 8; Ley 10/2001 y Ley 3/2005 de *Extremadura*, artículos 11.5 y 17.3, respectivamente; Ley 3/2001 y Decreto 259/2007 de *Galicia*, artículos 5.2 y 4.2, respectivamente; Ley 5/2003 y Ley 1/2006 de *Islas Baleares*, artículos 18.3 y 3.2, respectivamente; Ley 3/2005 de *Madrid*, artículo 5.1; Decreto 80/2005 de *Murcia*, artículo 2.2; Ley Foral 11/2002 de *Navarra*, artículo 9.2; Ley 9/2005 de *La Rioja*, artículo 6.2;⁵⁹⁰ Ley 7/2002 del *País Vasco*, artículo 3.2; y Ley 1/2003 y Decreto 168/2004 de *Valencia*, artículos 17.3 y 31, respectivamente.

- Ante testigos.

De igual forma que en el caso anterior, ningún ordenamiento jurídico exige como formalidad para su otorgamiento que sea únicamente en presencia de testigos. Tampoco se exige la comparecencia de éstos cuando constan en instrumento público notarial. En este sentido, todos –a excepción de la normativa nacional y la correspondiente a la Comunidad de Andalucía– coinciden en que el paciente-otorgante

⁵⁹⁰ La Ley 2/2002 de La Rioja en su artículo 6.5 establecía que la “declaración de voluntad anticipada” debía formalizarse ante notario público y en presencia de tres testigos. Cabe señalar que dicha disposición es la única legislación española que conjugaba el otorgamiento ante notario y la concurrencia de testigos. Sin embargo, en la disposición final primera de la Ley 9/2005 de La Rioja se cambia el término “declaración de voluntad anticipada” por el de “instrucciones previas”; además, en el artículo 6.2 se establecen tres formas opcionales en las cuales se puede otorgar el documento: ante notario, ante tres testigos o ante el personal de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

tiene la posibilidad de elegir si las hace constar ante notario o en presencia de testigos – tres generalmente–.

Las disposiciones jurídicas que establecen la opción de que las voluntades anticipadas se otorguen ante testigos son: Ley 6/2002 y Decreto 100/2003 de *Aragón*, artículos 15.2 y 3, respectivamente; Decreto 4/2008 de *Asturias*, artículo 8.2; Decreto 13/2006 de *Canarias*, artículo 6.1; Ley 7/2002 de *Cantabria*, artículo 34.2; Ley 6/2005 de *Castilla-La Mancha*, artículo 5.1; Ley 8/2003 de *Castilla y León*, artículo 30.2; Ley 21/2000 de *Cataluña*, artículo 8; Ley 10/2001 y Ley 3/2005 de *Extremadura*, artículos 11.5 y 17.3, respectivamente; Ley 3/2001 y Decreto 259/2007 de *Galicia*, artículos 5.2 y 4.2, respectivamente; Ley 5/2003 y Ley 1/2006 de *Islas Baleares*, artículos 18.3 y 3.2, respectivamente; Ley 3/2005 de *Madrid*, artículo 5.1; Decreto 80/2005 de *Murcia*, artículo 2.2; Ley Foral 11/2002 de *Navarra*, artículo 9; Ley 9/2005 de *La Rioja*, artículo 6.2; Ley 7/2002 del *País Vasco*, artículo 3.2; y Ley 1/2003 y Decreto 168/2004 de *Valencia*, artículos 17.3 y 31, respectivamente.

- **Ante el funcionario o encargado del Registro.**

Algunas legislaciones autonómicas, además de establecer la opción de que las voluntades anticipadas sean otorgadas ante notario o en presencia de testigos, incluyen la posibilidad de que se hagan constar ante el funcionario o encargado del registro correspondiente. Es decir, el paciente-otorgante tiene la facultad de elegir entre tres opciones para su formalización.

Los ordenamientos jurídicos que establecen el otorgamiento ante en funcionario o encargado del registro como una tercera opción son: Decreto 13/2006 de *Canarias*, artículo 6.1; Ley 6/2005 de *Castilla-La Mancha*, artículo 5.1; Decreto 80/2005 de *Murcia*, artículo 2.2; y Ley 7/2002 del *País Vasco*, artículo 3.2.

4.6.2.2 México.

Para facilitar el presente estudio conviene dividir este rubro en tres partes atendiendo al tipo de formalidad exigida: a) Que se otorgue por escrito, b) que se

otorgue ante notario público, y c) excepcionalmente, que se otorgue ante el personal de salud correspondiente en presencia de dos testigos.

a) Que se otorgue por escrito.

Al igual que en España, todos los ordenamientos jurídicos exigen que el acto conste por escrito.

Artículo 8 LVADF. “El documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: I. Realizarse *por escrito*...”.

Artículo 27 LVADF. “El solicitante expresará de modo claro y terminante su voluntad al Notario o a las personas facultadas... quienes redactarán *por escrito* las cláusulas del Documento de Voluntad Anticipada o cumplirán con los requisitos del Formato correspondiente...”.

Artículo 8 LVAEA. “El documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: I. Realizarse *por escrito*...”.

Artículo 27 LVAEA. “El solicitante expresará de modo claro y terminante su voluntad al Notario o a las personas facultadas... quienes redactarán *por escrito* las cláusulas del Documento de Voluntad Anticipada o cumplirán con los requisitos del Formato correspondiente...”.

Artículo 3 LPDET. “Definiciones. Para efectos de la presente ley, se entenderá por: (...) V.- Documento de Disposiciones Previsoras: El pronunciamiento *escrito*...”.

Artículo 25 LEDPFT. “El documento de disposiciones premortem se hará *por escrito*;...”.

Artículo 15 LVVAEM. “El acta o el formato, deberá contener los siguientes requisitos: I. Realizarse *por escrito*...”.

Artículo 19 LVVAEM. “El documento deberá contener los siguientes requisitos: I. Realizarse *por escrito*...”.

b) Que se otorgue ante notario público.

La LVADF y la LVAEA, así como la LPDET y la LEDPFT, coinciden en exigir como elemento para la validez del acto que sea otorgado ante notario público sin que sea necesaria la presencia de testigos. La LVVAEM, por su parte, no exige tal formalidad sólo la establece como una opción; no obstante, si se opta por ella sí requiere la presencia de testigos.

Artículo 8 LVADF. “El documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: I. Realizarse *por escrito* de manera personal, libre e inequívoca *ante Notario*; (...)”.

Artículo 8 LVAEA. “El documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: I. Realizarse *por escrito* de manera personal, libre e inequívoca *ante Notario*; (...)”.

Artículo 3 LPDET. “Definiciones. Para efectos de la presente ley, se entenderá por: (...) V.- Documento de Disposiciones Previsoras: El pronunciamiento *escrito*...”.

Artículo 10 LPDET. “Formalidad. El Documento de Disposiciones Previsoras debe formalizarse por el Autor, mediante el otorgamiento en Acta fuera de Protocolo *ante Notario*, sin que sea necesaria la intervención de testigos”.

Artículo 25 LEDPFT. “El documento de disposiciones premortem se hará por escrito; deberá formalizarse *ante notario*;...”.

Artículo 13 LVVAEM. “La Voluntad Vital Anticipada deberá manifestarse por medio del acta, formato o documento, en los términos establecidos en la presente Ley”.

Artículo 2 LVVAEM. “Para efectos de esta Ley se entiende por: I. Acta: Documento Público de Voluntad Vital Anticipada suscrito *ante Notario*...”.

Artículo 15 LVVAEM. “El acta o el formato, deberá contener los siguientes requisitos: I. Realizarse por escrito con el nombre, firma o huella digital del suscriptor y de *dos testigos*; (...)”.

c) Que se otorgue ante el personal de salud correspondiente en presencia de dos testigos.

La LVADF y la LVAEA contemplan una excepción para cumplir con la formalidad de que se otorgue ante notario y, en consecuencia, que se otorgue ante el personal de salud correspondiente en presencia de dos testigos: Que el paciente esté imposibilitado para acudir ante notario.

Artículo 10 LVADF. “*En caso de que el enfermo en etapa terminal se encuentre imposibilitado para acudir ante el Notario, podrá suscribir el Documento de Voluntad Anticipada ante el personal de salud correspondiente y dos testigos* en los términos del Formato que para los efectos legales y conducentes emita la Secretaría, mismo que deberá ser notificado a la Coordinación Especializada para los efectos a que haya lugar”.

Artículo 27 LVADF. “El solicitante expresará de modo claro y terminante su voluntad al *Notario o a las personas facultadas para los efectos por la Secretaría* según sea el caso, quienes redactarán *por escrito* las cláusulas del Documento de Voluntad Anticipada o cumplirán con los requisitos del Formato correspondiente...”.

Artículo 10 de la LVAEA. “*En caso de que el enfermo en etapa terminal se encuentre imposibilitado para acudir ante el Notario, podrá suscribir el Documento de Voluntad Anticipada ante el personal de salud de la institución pública o privada autorizada* en términos del Reglamento respectivo, y *dos testigos* que cubran satisfactoriamente los requerimientos del Formato que para los efectos legales y conducentes emita el Instituto, mismo que deberá ser notificado a la Unidad Especializada para los efectos a que haya lugar”.

Artículo 27 LVAEA. “El solicitante expresará de modo claro y terminante su voluntad al *Notario o a las personas facultadas para los efectos por el Instituto*, según sea el

caso, quienes redactarán *por escrito* las cláusulas del Documento de Voluntad Anticipada o cumplirán con los requisitos del Formato correspondiente...”.

Por su parte, la LPDET también establece una excepción para cumplir con la formalidad de que se otorgue ante notario y, por ende, que se otorgue ante el personal de salud correspondiente en presencia de dos testigos: Que el notario no pueda trasladarse al lugar donde se encuentra el paciente.

Artículo 5 LPDET. “Casos Especiales. (...) *Si por alguna circunstancia el Notario no pudiera trasladarse al lugar donde se encuentre el enfermo*, se podrá suscribir el Documento de Disposiciones Previsoras *ante el personal de salud correspondiente y dos testigos...* lo anterior sin menoscabo de que posteriormente –y si las circunstancias clínicas del enfermo lo permiten– se formalice el Documento de Disposiciones Previsoras ante Notario Público”.

Como se puede apreciar, el supuesto de excepción que establecen LVADF y la LVAEA consiste en que *el paciente* esté imposibilitado para acudir ante notario; en tanto que la excepción contenida en la LPDET, consiste en que *el notario* no pueda ir a donde se encuentra el paciente. Dicha distinción aunque aparentemente no tenga gran trascendencia resulta muy esclarecedora para comprender el verdadero sentido de cada una de esas excepciones.

Para que opere la excepción establecida por la LVADF y la LVAEA se deben colmar dos supuestos normativos: La imposibilidad de acudir ante notario y que la persona padezca una enfermedad terminal. En cambio, la excepción contenida en la LPDET sólo exige que el notario no pueda trasladarse hasta donde se encuentre el enfermo. Es importante insistir que en ambos casos se exige que el acto se otorgue ante el personal de salud correspondiente en presencia de dos testigos.

De este modo, los reglamentos de la LVADF y la LVAEA –a diferencia de la LPDET– con el propósito de hacer operativa la excepción contenida en esas leyes introducen otro tipo de documento: El “formato de voluntad anticipada”.

Artículo 2 RLVADF. “Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) V. *Formato de Voluntad Anticipada*: Es el *Formato* oficial emitido por la Secretaría en el que *cualquier enfermo en etapa terminal* o suscriptor, manifiesta *ante el personal de salud* de la Unidad Médica Hospitalaria o Institución Privada de Salud, la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Terapéutica; (...)”.

Artículo 3 RLVADF. “La Voluntad Anticipada puede suscribirse: I. Por cualquier persona ante Notario Público mediante el Documento de Voluntad Anticipada; y II. Por

el *enfermo en etapa terminal* o suscriptor, ante el personal de salud correspondiente mediante el *Formato de Voluntad Anticipada* emitido por la Secretaría”.

Artículo 2 RLVAEA “Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) IV. *Formato de Voluntad Anticipada*: Es el *formato* oficial emitido por el Instituto en el que *cualquier enfermo en etapa terminal* o suscriptor, manifiesta ante el personal de salud de la Unidad Médica Hospitalaria o Institución Privada de Salud, la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la obstinación terapéutica; (...)”.

Artículo 3 RLVAEA. “La Voluntad Anticipada puede suscribirse: I. Por cualquier persona ante Notario Público mediante el Documento de Voluntad Anticipada; y II. Por el *enfermo en etapa terminal* o suscriptor, ante el personal de salud correspondiente mediante el *Formato de Voluntad Anticipada* emitido por el Instituto de Salud del Estado de Aguascalientes”.

La LPDET solamente hace referencia de que el documento de disposiciones previas podrá otorgarse ante el personal de salud correspondiente y en presencia de dos testigos. No alude a algún otro tipo de documento para dar cumplimiento a dicha excepción; en consecuencia, debe entenderse que todos los demás requisitos y formalidades estarán vigentes y deberán ser observados.

La LEDPFT no contempla excepciones para cumplir con la formalidad exigida de que el documento conste en instrumento público notarial.

Por último, tal y como se ha dicho anteriormente, la LVVAEM establece tres opciones documentales para hacer constar la voluntad vital anticipada: acta (documento público), documento (documento privado) y formato (documento emitido por la autoridad sanitaria). Así, en el caso del formato es necesario que se otorgue ante el personal sanitario (médico tratante) en presencia de dos testigos.

Artículo 15 LVVAEM. “El acta o el formato, deberá contener los siguientes requisitos: I. Realizarse por escrito con el nombre, firma o huella digital del suscriptor y de *dos testigos*; (...)”.

4.6.2.3 Análisis y propuestas.

Las formalidades exigidas por la legislación española y por la mexicana para la validez de las voluntades anticipadas merecen los siguientes comentarios y propuestas:

1. Es posible afirmar que son dos las formalidades constantes o comunes en toda la normativa española aplicable a las voluntades anticipadas: a) Que se otorguen por

escrito, y b) que se otorguen ante notario público, o ante de testigos, o ante funcionario o encargado del registro (ésta última –ante funcionario– tiene poca aceptación).

2. Las formalidades exigidas por los distintos ordenamientos mexicanos aplicables a las voluntades anticipadas son: a) Que se otorgue por escrito, b) que se otorgue ante notario público, y c) que se otorgue ante el personal de salud correspondiente en presencia de dos testigos.

3. La normativa española y la mexicana concuerdan en que el acto debe constar siempre por escrito. Esto obedece a tres razones fundamentales: a) Todas las definiciones legales de voluntades anticipadas consideran solamente su aspecto jurídico, es decir, como documento; b) el derecho romano influyó mucho en la cultura jurídica de occidente incluyendo, por supuesto, los sistemas jurídicos español y mexicano; por ello, la manifestación del derecho es escrita y no consuetudinaria así, por ejemplo, lo escrito tiene mayor eficacia probatoria sobre lo no escrito; y c) porque las voluntades anticipadas tienen un doble aspecto: El ético-médico y el jurídico; en consecuencia, como acto médico y como acto jurídico deben formar parte de la historia clínica del paciente que es esencialmente documental.⁵⁹¹

4. En el caso de España, ningún ordenamiento jurídico exige que las voluntades anticipadas sean otorgadas forzosa y exclusivamente ante notario público, o en presencia de testigos –normalmente tres–, o ante el funcionario encargado del registro. La mayoría permite que la persona elija una de las tres formalidades antes referidas para otorgar validamente el acto. Al respecto hay que decir dos cosas: a) Si se ha optado por otorgar las voluntades anticipadas ante notario público o ante el funcionario encargado del registro no es necesario que comparezcan testigos, b) son realmente pocos los ordenamientos que establecen la opción de que acto pueda otorgarse ante el funcionario o encargado del registro.

5. En España la regla en cuanto a la formalidad consiste en que la persona tiene la libertad de elegir la formalidad que considere más conveniente para otorgar el acto entre las previamente establecidas por la ley, en cualquier caso siempre recibe el mismo

⁵⁹¹ A modo de ejemplo véase la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998 Del Expediente Clínico, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 1999.

nombre el documento en el que se haga constar. En cambio, la regla general en México consiste en que el acto debe otorgarse ante notario público sin que sea necesario que comparezcan testigos. La excepción –según la ley de que se trate– reside en que la persona padezca una enfermedad terminal y, por tanto, pueda comparecer ante notario, y que el notario no pueda ir al lugar donde se halle la persona. En estos casos el documento en el que se hace constar el acto recibe un nombre distinto lo cual considero innecesario. Cabe mencionar, además, que en el caso Michoacán la ley prevé tres alternativas para otorgar el acto al modo de la legislación española, pero en cada caso el documento tiene distinta denominación. Véase el siguiente cuadro:

LVADF	Regla general	Ante notario	Documento de voluntad anticipada
RLVADF	Regla general	Ante notario	Documento de voluntad anticipada
	Excepción	Ante el personal sanitario y dos testigos	Formato de voluntad anticipada
LVAEA	Regla general	Ante notario	Documento de voluntad anticipada
RLVAEA	Regla general	Ante notario	Documento de voluntad anticipada
	Excepción	Ante el personal sanitario y dos testigos	Formato de voluntad anticipada
LPDET	Regla general	Ante notario	Documento de disposiciones previsorias
	Excepción	Ante el personal sanitario y dos testigos	Documento de disposiciones previsorias
LEDPFT	Única regla	Ante notario	Documento de disposiciones premortem
LVVAEM	Opcional	Ante notario y dos testigos	Acta
		Ante dos testigos	Documento
		Ante el personal sanitario y dos testigos	Formato

6. Tal y como ha quedado dicho en el primer apartado de este capítulo, las voluntades anticipadas y el testamento son dos actos distintos; sin embargo, tienen ciertos elementos comunes. Uno de ellos es precisamente la imposibilidad de convalidación, en el testamento por la muerte del testador y en las voluntades anticipadas por la incapacidad del otorgante. Por esta razón considero que las voluntades anticipadas deben otorgarse siempre y en todos los casos ante notario público.

Que el documento de voluntades anticipadas conste en escritura pública tiene como propósito que el acto sea válido y eficaz, además de garantizar la seguridad y protección jurídica del otorgante, y para ello la intervención del notario es fundamental.

A propósito expongo algunas razones: a) La matricidad de su protocolo permite la conservación del documento y su reproducción; b) el notario busca la legalidad del acto y explica su valor, contenido y fuerza legal; y c) el notario se responsabiliza con respecto a la identidad y capacidad del otorgante y al contenido del acto.⁵⁹² En cambio, la validez y eficacia jurídica del acto no se garantiza si se otorga por medio del “formato de voluntad anticipada” ante el personal sanitario incluso con la comparecencia de testigos, aunque sólo sea excepcional, a pesar los requisitos o formalidades señalados para su otorgamiento.⁵⁹³

El notario está investido de fe pública por el Estado. La fe pública puede definirse como una presunción legal de veracidad y autenticidad con relación a los hechos y actos en los que interviene una persona a quien la ley le reconoce la facultad de dar testimonio público de los mismos, siempre y cuando su intervención se realice con las solemnidades formales requeridas por la ley.⁵⁹⁴ A pesar de ello, tanto la LVADF como la LVAEA en sus respectivos artículos 34 refieren que la persona ante quien se otorgue el acto mediante “formato” deberá dar fe de haber cumplido con las formalidades exigidas por la propia ley. Esto, sin duda, es una extralimitación legal en aras de dar el mismo valor jurídico que tiene una escritura pública a un formato otorgado ante el personal sanitario.

7. Por último, la LPDET en los artículos 3 fracción I y 10 señalan que el documento de disposiciones previsorias puede constar en acta fuera del protocolo del notario lo cual merece especial crítica.

⁵⁹² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho notarial*. Op. Cit. Pág. 71.

⁵⁹³ En el mismo sentido, Eduardo García Villegas sostiene que cuando el enfermo no pueda otorgar el documento ante notario lo haga ante el personal de salud correspondiente; en consecuencia, insta para efectuar una amplia y detallada campaña de capacitación sobre el contenido y alcances de la ley de la materia. García Villegas, Eduardo. *La voluntad anticipada*. Op. Cit. Pág. 8.

⁵⁹⁴ Fernández Costales, J. Seguridad jurídica y fe pública. Civitas. Madrid. 1994. P. 53. Véase también Ríos Hellig, Jorge. *Práctica de Derecho Notarial*. 5a ed. Mc Graw-Hill. México. 2002. Pág. 55.

El contenido del documento de disposiciones previsorias no es un hecho sino un acto jurídico, es una declaración unilateral de voluntad reconocida por el derecho que crea derechos y obligaciones, la persona manifiesta su voluntad con la intención de producir las consecuencias jurídicas sancionadas por la norma. En consecuencia, las instrucciones a las que se refiere el artículo 3 fracción V de la LPDET deben constar en escritura pública, no en acta. Al efecto, cito el artículo 30 de la Ley del Notariado del Estado de Coahuila (LNEC).

“La escritura es el instrumento asentado por el Notario en su protocolo, haciendo constar un acto jurídico”.

Sin embargo, la LPDET y la propia LNEC señalan que debe constar en *acta*.

Artículo 62 LNEC “Entre los *hechos* que puede consignar el notario en actas fuera de protocolo, se encuentran, enunciativa y no limitativamente los siguientes: (...) d).- *El documento que contenga las disposiciones previsoras a que hace referencia la Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal, para el Estado de Coahuila; y (...)*”.

Además, la propia LNEC –violando flagrantemente el principio de matricidad del protocolo– faculta al notario actuar como fedatario fuera del protocolo.

Artículo 9 LNEC. “Son atribuciones y facultades de los Notarios: (...) II.- Certificar y ratificar fuera de Protocolo contratos y documentos privados en los términos de la presente Ley y de las demás disposiciones legales aplicables; (...)”.

Artículo 42 LNEC. “El notario no podrá autorizar acto alguno, sino haciéndolo constar en el protocolo y observando las formalidades prescritas en esta Ley. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior, los actos que, conforme a esta Ley, pueden hacerse constar en actas fuera de protocolo”.

Artículo 60 LNEC. “Acta Notarial es el instrumento original que el notario levanta fuera de protocolo y autoriza con su firma y sello, para hacer constar un hecho que acontezca en su presencia”.

Considero que tanto la LPDET como la propia LNEC violan el principio de matricidad del protocolo y de seguridad jurídica propia de la función notarial en virtud de que no es posible la conservación ni reproducción del documento, además, se desvirtúa la naturaleza jurídica del acto jurídico.

4.6.3 Contenido del documento.

En el apartado segundo de este capítulo ya se ha hecho referencia a los objetivos que se pretenden conseguir con el uso y regulación de las voluntades anticipadas, y en el apartado tercero se ha propuesto un contenido ético-médico para el documento en el que se hagan constar. Por tanto, en este momento resulta imperioso analizar cuáles son las legislaciones españolas que atienden a ese contenido para alcanzar sus objetivos.

El contenido propuesto para el documento de voluntades anticipadas considera los siguientes puntos: a) Historia de valores. La expresión de los valores y principios éticos, y las opciones personales respecto de los momentos finales de la propia vida o de situaciones de incapacidad. b) Los hechos clínico-biológicos concretos en las que se quiere se tenga en cuenta la aceptación o el rechazo de determinados tratamientos o cuidados. c) Instrucciones y límites a considerar en la atención médica en caso de que se verifiquen hechos clínico-biológicos previstos. Y d) La designación de un representante que sustituya al paciente durante su incapacidad en la toma de decisiones, principalmente en la interpretación y cumplimiento de las voluntades anticipadas.

Conforme a la metodología adoptada para el análisis jurídico, en primer lugar es preciso ver el caso de España y, posteriormente, lo concerniente a México.

4.6.3.1 España.

a) Historia de valores.

Las legislaciones que prevén este elemento son: Ley 13/2006 de *Canarias*, artículo 4.2; Decreto 30/2007 de *Castilla y León*, artículo 3.3; Ley 3/2005 de *Extremadura*, artículos 17.1 y 18 inciso h); Ley 5/2003 de *Islas Baleares*, artículo 2 inciso a); Decreto 80/2005 de *Murcia*, preámbulo y artículo 3.1; Ley 9/2005 de *La Rioja*, artículo 5.1; y Ley 7/2002 y Decreto 270/2003 del *País Vasco*, artículos 2.2 y 7.2, respectivamente.

Adicionalmente las leyes que regulan la posibilidad de establecer en el documento la voluntad relacionada con la donación de órganos y/o el destino del cuerpo

una vez que se haya perdido la vida son casi todas a excepción de las leyes de Cantabria y Cataluña. Aquellas que sí lo regulan expresamente son: *Ley básica* 41/2002, artículo 11.1; Ley 5/2003 de *Andalucía*, artículo 3.3; Decreto 100/2003 de *Aragón*, artículo 1; Decreto 4/2008 de *Asturias*, artículo 2.1; Ley 13/2006 de *Canarias*, artículo 4.1; Ley 6/2005 de *Castilla-La Mancha*, artículo 4.1; Decreto 30/2007 de *Castilla y León*, artículo 3.1; Ley 3/2005 de *Extremadura*, artículo 17.4; Ley 3/2005 punto tercero que modifica el artículo 5.1 de la Ley 3/2001 de *Galicia*; Ley 1/2006 de *Islas Baleares*, artículo 2 incisos d) y f); Ley 3/2005 de *Madrid*, artículo 6 puntos 1 y 3; Decreto 80/2005 de *Murcia*, en el preámbulo; Ley Foral 11/2002 y Decreto Foral 140/2003 de *Navarra*, artículos 9.1 y 3.4; Ley 9/2005 de *La Rioja*, artículo 5.1; Ley 7/2002 del *País Vasco* en la Exposición de Motivos; y Ley 1/2003 de *Valencia*, artículo 17.1.

b) Los hechos clínico-biológicos concretos.

Este elemento a pesar de su importancia está prácticamente relegado de la normatividad española quizá porque el documento es abierto en cuanto a su otorgamiento, es decir, puede otorgarlo cualquier persona y no solamente aquella que esté enferma o en fase terminal que conozca su enfermedad, los síntomas, las alternativas, el pronóstico, etc. Por esta razón, la mayoría de las legislaciones solamente refieren de modo muy general a *las situaciones o circunstancias en las que el paciente no pueda manifestar personalmente su voluntad* sin decir cuáles.⁵⁹⁵ La normativa que sí contempla expresamente este elemento para ser descrito por el otorgante es: Decreto 30/2007 de *Castilla y León*, artículo 3.1; Ley 3/2005 de *Extremadura*, artículo 18 inciso f); y Ley 9/2005 de *La Rioja*, artículo 5.1.

c) Instrucciones y límites de la atención médica.

Prácticamente todas las legislaciones españolas contemplan este elemento ya que es la parte sustantiva en la que se refleja el principio de autonomía del paciente para aceptar, rechazar o solicitar tratamientos y cuidados médicos en situaciones de incapacidad. Dicha legislación es: *Ley básica* 41/2002, artículo 11.1; Ley 5/2003 de

⁵⁹⁵ Algunas se refieren al supuesto de encontrarse en una situación crítica e irreversible: Islas Baleares, Madrid y Navarra.

Andalucía, artículo 3.1; Ley 6/2002 y Decreto 100/2003 de *Aragón*, artículos 15.1 y 1, respectivamente; Decreto 4/2008 de *Asturias*, artículo 2.2; Ley 13/2006 de *Canarias*, artículo 4.1; Ley 7/2002 de *Cantabria*, artículo 34 numerales 1 y 3; Ley 6/2005 de *Castilla-La Mancha*, artículo 4.1; Decreto 30/2007 de *Castilla y León*, artículo 3 numerales 1 y 2; Ley 21/2002 de *Cataluña*, artículo 8.1; Ley 3/2005 de *Extremadura*, artículos 17.1 y 18 inciso g); Ley 3/2005 punto tercero que modifica el artículo 5.1 de la Ley 3/2001 de *Galicia*; Ley 1/2006 de *Islas Baleares*, artículo 2 incisos b) y c); Ley 3/2005 de *Madrid*, artículo 6 puntos 1 y 2; Decreto 80/2005 de *Murcia*, artículo 1; Ley Foral 11/2002 de *Navarra*, artículo 9.1; Ley 9/2005 de *La Rioja*, artículo 5.1; Ley 7/2002 del *País Vasco*, artículo 2 puntos 1 y 4; y Ley 1/2003 y Decreto 168/2004 de *Valencia*, artículos 17.1 y 1, respectivamente.

d) La designación de un representante.

Debido a la importancia que reviste el representante para la ejecución e interpretación de las voluntades anticipadas todos los ordenamientos permiten que el otorgante designe a uno o varios representantes para tal efecto. Concretamente esos ordenamientos son: *Ley básica* 41/2002, artículo 11.1; Ley 5/2003 de *Andalucía*, artículo 3.2; Ley 6/2002 y Decreto 100/2003 de *Aragón*, artículos 15.1 y 1, respectivamente; Decreto 4/2008 de *Asturias*, artículo 2.2 –debe constar por escrito la aceptación–; Ley 13/2006 de *Canarias*, artículo 4.1; Ley 7/2002 de *Cantabria*, artículo 34.3; Ley 6/2005 y Decreto 15/2006 de *Castilla-La Mancha*, artículos 4.2 y 4.4, respectivamente –debe constar por escrito la aceptación–; Decreto 30/2007 de *Castilla y León*, artículo 3.3; Ley 21/2002 de *Cataluña*, artículo 8.1; Ley 3/2005 de *Extremadura*, artículo 17.2; Ley 3/2005 punto tercero que modifica el artículo 5.1 de la Ley 3/2001 de *Galicia*; Ley 1/2006 y Ley 5/2003 de *Islas Baleares*, artículos 2 inciso e) y 5, y 18.2, respectivamente; Ley 3/2005 de *Madrid*, artículo 10.1; Decreto 80/2005 de *Murcia*, artículo 3; Ley Foral 11/2002 de *Navarra*, artículo 9.1; Ley 9/2005 de *La Rioja*, artículo 5.1; Ley 7/2002 y Decreto 270/2003 del *País Vasco*, artículos 2.2 y 7.2, respectivamente; y Ley 1/2003 y Decreto 168/2004 de *Valencia*, artículos 17.1 y 2, respectivamente.

4.6.3.2 México.

a) Historia de valores.

Lamentablemente la normativa mexicana no considera a la historia de valores como parte del contenido del documento de voluntades anticipadas. No obstante, lo relacionado con la donación de órganos está previsto en los siguientes ordenamientos:

Artículo 8 LVADF. “El documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: (...) IV. *La manifestación respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados*”.

Artículo 16 RLVADF. “El Formato de Voluntad Anticipada autorizado, que se agrega como anexo al presente Reglamento, contendrá los siguientes elementos: (...) V. *La manifestación voluntaria del enfermo en etapa terminal o en su caso del suscriptor de aceptar o no donar órganos y tejidos*; (...)”.

Artículo 17 RLVADF. “El texto del Formato de Voluntad Anticipada deberá contener las siguientes disposiciones: (...) IV. *Que el enfermo en etapa terminal o en su caso el suscriptor manifiesta de manera libre y consciente su voluntad*; (...)”.

Artículo 9 RLVADF. “Cuando el enfermo en etapa terminal manifieste que existe la voluntad de donar sus órganos y tejidos, suscribirá el formato emitido por el Centro Nacional o Local de Trasplantes”.

Artículo 8 LVAEA. “El Documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: (...) IV. *La manifestación respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados*”.

Artículo 16 RLVAEA. “El Formato de Voluntad Anticipada oficial contendrá los siguientes elementos: (...) V. *La manifestación voluntaria del enfermo en etapa terminal, suscriptor o familiar de aceptar o no donar órganos y/o tejidos*; (...)”.

Artículo 17 RLVAEA. “El texto del Formato de Voluntad Anticipada deberá contener las siguientes disposiciones: (...) V. *La manifestación del enfermo en etapa terminal, suscriptor o en su caso el familiar de aceptar o no donar, órganos y/o tejidos*; y (...)”.

Artículo 9 RLVAEA. “Cuando el enfermo en etapa terminal, suscriptor o familiar manifiesten que existe la voluntad de donar sus órganos y/o tejidos, suscribirá el formato correspondiente”.

Artículo 24 LEDPFT. “La persona autora podrá dictar en el Documento de Disposiciones Premortem, las instrucciones que deberán puntualmente respetarse en el caso de que se ubique en fase terminal, pudiendo ser éstas, de manera enunciativa y no limitativa, las siguientes: (...) VII. *Que el autor pueda, si así lo decide, permitir la disposición de órganos susceptibles de ser donados y las condiciones en que éstos se donarían conforme a derecho*”.

Artículo 36 LVVAEM. “*La manifestación sobre la donación y trasplante de órganos podrá establecerse en el acta, formato o documento, misma que se regirá en términos de lo que establece la Ley General y demás ordenamientos relativos a la materia*”.

Es imperioso destacar que la LPDET, a pesar de ser omisa en lo relativo a la donación de órganos, sí alude a la asistencia religiosa o espiritual dentro del contenido del documento de disposiciones previsorias.

Artículo 7 LPDET. “Contenido de las Instrucciones. El Autor podrá dictar en el Documento de Disposiciones Previsoras las instrucciones que deberán puntualmente respetarse en el caso de que se ubique en una Enfermedad Terminal, pudiendo ser éstas, de manera enunciativa y no limitativa, las siguientes: (...) IV.- *Que se le brinde al Autor asistencia humanística y espiritual...*”.

En este punto hay que señalar que también la LEDPFT y la LVVAEM se refieren a la atención espiritual.

Artículo 24 LEDPFT. “La persona autora podrá dictar en el Documento de Disposiciones Premortem, las instrucciones que deberán puntualmente respetarse en el caso de que se ubique en fase terminal, pudiendo ser éstas, de manera enunciativa y no limitativa, las siguientes: (...) IV. *Que se le brinde al autor asistencia humanística y espiritual...*”.

Artículo 2 LVVAEM. “Para efectos de esta Ley se entiende por: (...) IV. *Cuidados Paliativos*: Es el cuidado activo y total de aquellas enfermedades que no responden al tratamiento curativo. El control del dolor, otros síntomas, *así como la atención de aspectos psicológicos, sociales y espirituales*; (...)”.

b) Los hechos clínico-biológicos concretos.

Ningún ordenamiento considera que este elemento es parte del contenido del documento de voluntades anticipadas.

c) Instrucciones y límites de la atención médica.

Este es quizá el aspecto medular del acto pues se manifiesta abiertamente el principio de autonomía del paciente, por tanto, es considerado –aunque con algunas limitaciones– por todos los ordenamientos jurídicos mexicanos de la materia en los siguientes términos:

Artículo 3 LVADF. “(...) V. Documento de Voluntad Anticipada: consiste en el documento... en el que cualquier persona... manifiesta la petición... *de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Médica*; (...)”.

Artículo 2 RLVADF. “(...) IV. Documento de Voluntad Anticipada: Es el Documento... en el que cualquier persona... manifiesta la petición ... *de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Terapéutica*; V. Formato de Voluntad Anticipada: Es el Formato oficial... en el que cualquier enfermo en etapa terminal o suscriptor, manifiesta ante el personal de

salud... la petición... *de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Terapéutica; (...)*”.

Artículo 4 RLVADF. “La expresión de la Voluntad Anticipada tiene como consecuencia: I. *No someter al enfermo en etapa terminal a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida, protegiendo en todo momento su dignidad; (...)*”.

Artículo 17 RLVADF. “El texto del Formato de Voluntad Anticipada deberá contener las siguientes disposiciones: (...) III. *Que el enfermo en etapa terminal o en su caso el suscriptor, expresa la decisión de que no sea sometido a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados e innecesarios encaminados a prolongar su vida; (...)*”.

Artículo 3 LVAEA. “(...) IV. Documento de Voluntad Anticipada: es el documento... en el que cualquier persona... declara su voluntad... *a rechazar un determinado tratamiento médico, que propicie la Obstinación Terapéutica. (...)*”.

Artículo 2 RLVAEA. “(...) III. Documento de Voluntad Anticipada: Es el documento... en el que cualquier persona... manifiesta la petición... *de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la obstinación terapéutica; IV. Formato de Voluntad Anticipada: Es el formato oficial... en el que cualquier enfermo en etapa terminal o suscriptor, manifiesta ante el personal de salud... la petición... de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la obstinación terapéutica; (...)*”.

Artículo 4 RLVAEA. “La expresión de la Voluntad Anticipada tiene como consecuencia: I. *No someter al enfermo en etapa terminal a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos extraordinarios que pretendan prolongar su vida innecesariamente, protegiendo en todo momento su dignidad y su autonomía; (...)*”.

Artículo 17 RLVAEA. “El texto del Formato de Voluntad Anticipada deberá contener las siguientes disposiciones: III. *Que el enfermo en etapa terminal o en su caso el suscriptor, expresa la decisión de que no sea sometido a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados e innecesarios encaminados a prolongar su vida; (...)*”.

Artículo 24 LEDPFT. “La persona autora podrá dictar en el Documento de Disposiciones Premortem, *las instrucciones que deberán puntualmente respetarse en el caso de que se ubique en fase terminal*, pudiendo ser éstas, de manera enunciativa y no limitativa, las siguientes:

Artículo 7 LPDET. “Contenido de las Instrucciones. El Autor podrá dictar en el Documento de Disposiciones Previsoras *las instrucciones que deberán puntualmente respetarse en el caso de que se ubique en una Enfermedad Terminal*, pudiendo ser éstas, de manera enunciativa y no limitativa, las siguientes: (...)”.

Artículo 2 LVVAEM. “Para efectos de esta Ley se entiende por: I. Acta: Documento... en el que cualquier persona... manifieste la decisión... *de someterse a tratamientos de cuidados paliativos y rechazar medidas extraordinarias o tratamientos curativos, en caso de padecer una enfermedad en estado terminal; (...)* VI. Documento: Documento... suscrito por cualquier persona... donde se manifieste la decisión... *de someterse a tratamientos de cuidados paliativos y rechazar medidas extraordinarias o tratamientos curativos, en caso de padecer una enfermedad en estado terminal; (...)* VIII. Formato: Documento... suscrito ante el médico tratante, en el que cualquier persona... manifieste la decisión... *de someterse a tratamientos de cuidados paliativos y rechazar medidas extraordinarias o tratamientos curativos, en caso de padecer una enfermedad en Estado Terminal; (...)*”.

d) La designación de un representante.

Este elemento está contemplado y regulado por todos los ordenamientos jurídicos mexicanos aplicables a las voluntades anticipadas.

Artículo 8 LVADF. “El documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: (...) III. *El nombramiento de un representante* para corroborar la realización del Documento de Voluntad Anticipada en los términos y circunstancias determinadas en él; y (...)”.

Artículo 17 LVADF. “Son obligaciones del representante: (...) II. La verificación del cumplimiento exacto e inequívoco de las disposiciones establecidas en el Documento de Voluntad Anticipada; (...)”.

Artículo 40 LVADF. “Para efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada, el signatario o en su caso su representante, deberá solicitar al personal de salud correspondiente se efectúen las disposiciones establecidas en dicho documento. (...)”.

Artículo 2 RLVADF. “Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) XI. *Representante*: Es la persona designada por el enfermo en etapa terminal o suscriptor para la revisión y confirmación de las disposiciones establecidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada, la verificación del cumplimiento exacto e inequívoco de lo establecido en el mismo, la validez, la integración y notificación de los cambios que realicen los mismos; (...)”.

Artículo 16 RLVADF. “El Formato de Voluntad Anticipada autorizado, que se agrega como anexo al presente Reglamento, contendrá los siguientes elementos: (...) VI. *Datos del representante* y los testigos: Nombre completo, domicilio, número telefónico, edad, sexo, estado civil, identificación oficial, nacionalidad y ocupación; (...)”.

Artículo 25 RLVADF. “El representante designado en el Documento, una vez que sea notificado respecto al diagnóstico terminal del enfermo, solicitará al médico tratante o, en su caso, a los Directivos de la Unidad Médica Hospitalaria o Institución Privada de Salud, para que den inicio al procedimiento de cumplimiento de la Voluntad Anticipada”.

Artículo 8 LVAEA. “El Documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: (...) III. *El nombramiento de un representante* que vigile el cumplimiento del Documento de Voluntad Anticipada en los términos y circunstancias determinadas en él; y (...)”.

Artículo 17 LVAEA. “Son obligaciones del representante: I. La verificación del cumplimiento exacto e inequívoco de las disposiciones establecidas en el Documento de Voluntad Anticipada; (...)”.

Artículo 40 LVAEA. “Para efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada, el signatario o en su caso su representante, deberá solicitar al personal de salud correspondiente se efectúen las disposiciones establecidas en dicho documento. (...)”.

Artículo 2 RLVAEA. “Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) X. *Representante*: Es la persona designada por el enfermo en etapa terminal o suscriptor para la revisión y confirmación de las disposiciones establecidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada, la verificación del cumplimiento exacto e inequívoco de lo establecido en el mismo, la validez, la integración y notificación de los cambios que se realicen en los mismos; (...)”.

Artículo 16 RLVAEA. “El Formato de Voluntad Anticipada oficial contendrá los siguientes elementos: (...) VI. Datos del representante y los testigos: Nombre completo, domicilio, número telefónico, edad, sexo, estado civil, identificación oficial, nacionalidad y ocupación; (...)”.

Artículo 26 RLVAEA. “El representante designado en el Documento o Formato, una vez que sea notificado respecto al diagnóstico terminal del enfermo, solicitará al médico tratante o, en su caso, a los Directivos de las Unidades Médicas Hospitalarias Públicas, Sociales y Privadas de Salud, para que den inicio al procedimiento de cumplimiento de la Voluntad Anticipada”.

Artículo 3 LEDPFT. “Para los efectos de este Título se entenderá por: (...) XIV. *Representante legal*: la persona apoderada o mandataria designada por la persona que haya suscrito el documento de disposiciones premortem, responsable de hacer valer la voluntad del autor ante el personal de salud, y (...)”.

Artículo 6 LEDPFT. “Las personas en fase terminal tienen los siguientes derechos: (...) XI. Designar a algún familiar, o representante legal, para el caso de que, con el avance de su fase terminal esté impedido a expresar su voluntad, éste lo haga en su representación; (...)”.

Artículo 3 LPDET. “Definiciones. Para efectos de la presente ley, se entenderá por: (...) V.- Documento de Disposiciones Previsoras... Este documento será válido, siempre y cuando las instrucciones a ejecutar se den conforme a la práctica aceptada en vigencia, como correcta, prudente y acertada... *debiendo el Autor designar a un Representante* para que haga valer su voluntad y decida en su nombre cuando él ya no lo pueda hacer; (...) XIV.- *Representante*: El apoderado o mandatario designado por el Autor del Documento de Disposiciones Previsoras, responsable de hacer valer la voluntad del Autor descrita en el Documento, ante el Servicio Clínico; (...)”.

Artículo 8 LPDET. “Del Representante. El Autor en el Documento de Disposiciones Previsoras, *deberá designar a un Representante* que tendrá la capacidad de ejercicio. Esta figura podrá recaer en cualquier persona, tenga o no algún vínculo de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, quien actuará en nombre del Autor con el médico o el equipo sanitario a efecto de asegurar la precisa aplicación o interpretación de las instrucciones consignadas en el Documento de Disposiciones Previsoras, así como también sobre los criterios médicos y los principios expresados. (...)”.

Artículo 18 LPDET. “(...) Sin menoscabo de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Representante estará obligado a enterar y hacer valer los términos expresados en el Documento de Disposiciones Previsoras, ante el Servicio Clínico donde se atienda al Autor”.

Artículo 5 LVVAEM. “Los Enfermos en Estado Terminal tienen los siguientes derechos: (...) IX. *Designar representante legal* o persona de su confianza, de acuerdo a los requisitos y procedimientos establecidos en la presente Ley, para el cumplimiento de los fines señalados en la misma; y, (...)”.

Artículo 15 LVVAEM. “El acta o el formato, deberá contener los siguientes requisitos: (...) III. *El nombramiento de uno o varios representantes* para confirmar el cumplimiento de la voluntad del enfermo en estado terminal”.

Artículo 19 LVVAEM. “El documento deberá contener los siguientes requisitos: (...) III. En su caso *el nombramiento de uno o varios representantes* para corroborar el cumplimiento de la voluntad del enfermo en estado terminal en los términos y condiciones establecidas en la presente Ley”.

Artículo 21 LVVAEM. “Son obligaciones del representante legal: I. La revisión y comprobación de las disposiciones manifestadas por el signatario en el acta, formato o

documento; II. La confirmación del cumplimiento de la voluntad del solicitante contenida en el acta, formato o documento; (...)"

4.6.3.3 Análisis y propuestas.

1. En España solamente siete ordenamientos incluyen a la historia de valores dentro del contenido del documento de voluntades anticipadas. En México, por el contrario, ningún ordenamiento la considera. Esto evidencia que las voluntades anticipadas son percibidas por el legislador como una serie de instrucciones meramente técnicas principalmente de no hacer; sin embargo, la discusión bioética ha mostrado que su principal componente es humano y, por tanto, de valores morales, de hechos clínico-biológicos y de deberes éticos y jurídicos.

Como se sabe, en la historia de valores también se suelen incluir otras disposiciones como las relativas a la donación de órganos, el destino del cuerpo una vez que se ha perdido la vida, el deseo de recibir asistencia religiosa, etc. En España, por ejemplo, todos los ordenamientos –a excepción de los vigentes en Cantabria y Cataluña– regulan la donación de órganos y el destino del cuerpo por medio de las voluntades anticipadas.

En lo que a México le corresponde, todas las leyes –a excepción de la LPDET– consideran la donación de órganos. La LVADF y la LVAEA, y sus respectivos reglamentos, establecen que tanto en el “documento” como en el “formato” se puede hacer constar la manifestación de voluntad relativa a la donación de órganos; sin embargo, existe una diferencia administrativa más que jurídica o bioética: Si las voluntades anticipadas constan en el “documento” al que se refieren esas leyes ahí mismo es posible hacer aquella manifestación; pero si se hacen constar en el “formato” previsto por los reglamentos, entonces el otorgante deberá, además, suscribir el formato emitido por las autoridades sanitarias competentes en materia de donación de órganos. El uso de formatos en materia de atención sanitaria es sumamente cuestionable por dos motivos: Qué formato es el adecuado (contenido) y cómo usarlo correctamente (aplicación). Como se ha dicho anteriormente, las voluntades anticipadas no se pueden reducir a la firma de un documento médico-legal que en el caso de los “formatos” es más susceptible que suceda como ocurre ya con suficiente evidencia con el consentimiento informado.

En lo que hace a la asistencia espiritual, es bien sabido que los cuidados paliativos incluyen la asistencia espiritual al paciente y a su familia. Así es entendido por la LEDPFT, por la LPDET y por la LVVAEM al prever ese tipo de disposiciones en el documento.

2. La normativa mexicana –a diferencia de la española–, a excepción de la LEDPFT y de la LPDET, no regula de modo específico el contenido del documento; generalmente se infiere de la definición proporcionada por los distintos ordenamientos jurídicos. Esto denota la poca sensibilidad y conocimiento por parte del legislador de la trascendencia no tanto jurídica como médica de las voluntades anticipadas. En consecuencia, ante la deficiencia legal mayor labor de análisis y difusión bioética.

3. En España lo concerniente a las situaciones sanitarias concretas, o bien a los hechos clínico-biológicos que se deben considerar para ejecutar las instrucciones dadas por el paciente, prácticamente está excluido de los ordenamientos jurídicos cuando regulan el contenido del documento. Solamente es abordado por la normativa de tres comunidades autónomas. Considero que lo anterior obedece a una de las características de las voluntades anticipadas, a su apertura; es decir, que cualquier persona con capacidad legal puede otorgarlas sin necesidad de padecer algún tipo de enfermedad. Por ello, la mayoría de ordenamientos jurídicos sólo se refiere a las situaciones o circunstancias en las que el paciente no pueda expresar su voluntad como un criterio general para observar aquellas instrucciones. No hay más condición para la eficacia del documento de voluntades anticipadas que la incapacidad del paciente.

En México ocurre lo mismo aunque con algunos matices. Ninguna ley o reglamento hace referencia a los hechos clínico-biológicos a considerar para ejecutar las instrucciones del paciente. Además, la apertura antes mencionada no siempre es de todo clara pues en el caso de la LVAEA, por ejemplo, las voluntades anticipadas sólo pueden ser otorgadas por una persona en etapa terminal pero; sobre todo, porque todos los ordenamientos –a excepción de la LPDET– condicionan la eficacia o aplicación de las instrucciones al encarnizamiento terapéutico en una situación de enfermedad terminal y no a las situaciones o circunstancias que le impidan al paciente expresar su voluntad por sí mismo.

En otras palabras, tanto en España como en México no son considerados los hechos clínico-biológicos como parte contenido del documento de voluntades anticipadas. No obstante, en España el criterio general para hacer efectivas las instrucciones del paciente es su propia incapacidad independientemente de la causa o situación clínica en la que se encuentre; en México, en cambio, el criterio general es el encarnizamiento terapéutico dentro de una situación clínica particular –la enfermedad terminal– independientemente de la capacidad o incapacidad del paciente. Por esta razón en México más que voluntades anticipadas, en el sentido más estricto de la palabra, son voluntades para la enfermedad terminal.

Cabe agregar que no existe impedimento legal ni en España ni en México para que el propio paciente, dentro de las limitaciones que la propia normativa señala –las cuales serán analizadas posteriormente–, defina los criterios particulares para ejecutar sus instrucciones. Aquí se refleja la importancia del aspecto ético-médico de las voluntades anticipadas, es decir, del asesoramiento médico previo, de la deliberación seria y profunda, de la información clara y comprensible, etc. En pocas palabras, de los aspectos bioéticos de las voluntades anticipadas.

4. En el apartado primero de este capítulo se han citado varias definiciones de voluntades anticipadas, entre ellas las que limitan su contenido a un alcance negativo. En aquel momento se concluyó que son definiciones sumamente pobres porque solamente se alude a lo que el paciente no desea que se haga y, además, se circunscriben a la enfermedad terminal dejando de lado a las situaciones o enfermedades críticas. Lamentablemente, en cuanto al contenido y al sentido de las instrucciones, esta es la definición que ha adoptado la normativa mexicana a excepción de la LPDET.

Por instrucciones en materia de voluntades anticipadas no debe entenderse solamente a la manifestación de la voluntad en sentido negativo, es decir, a la declaración o manifestación de no recibir tratamientos, procedimientos, etc.; sino también, y quizá con mayor importancia, en un sentido positivo, lo que realmente desea recibir, y lo que ética y médicamente es posible ofrecer a la persona enferma que se enfrenta al desenlace de su vida. En suma, las instrucciones no sólo son técnicas, también son éticas, médicas, espirituales, humanas, jurídicas, etc.

5. En toda la normativa española y mexicana se prevé la posibilidad de que la persona designe en el documento de voluntades anticipadas a un representante. En España, por ejemplo, la mayoría de los ordenamientos coincide en que el representante será el interlocutor válido y necesario con el médico o equipo sanitario, y que le sustituirá en caso que no pueda expresar su voluntad por sí misma. En México, en cambio, tiene la función –entre otras– de vigilar el exacto e inequívoco cumplimiento de las disposiciones contenidas en el documento. Lo anterior merece un breve comentario: La función del representante consiste en ser el portavoz de los valores, deseos y expectativas del paciente; además de vigilar, dentro de los límites legales establecidos, el cumplimiento de las instrucciones contenidas en el documento y, sobre todo, ser el legítimo interlocutor con el equipo médico y muchas veces con la propia familia. En consecuencia, el rol del representante no es instrumental sino de afectividad o amistad en el genuino sentido de la palabra.

6. Por último cabe decir que las deficiencias legales en torno al contenido de las voluntades anticipadas son muchas y de gran envergadura, y ante esta situación se puede reaccionar de muchas formas pero una que realmente garantiza la calidad, eficacia y corrección en su uso y aplicación consiste en el análisis bioético serio, profundo y comprometido. Parafraseando a Aristóteles⁵⁹⁶ quien sostiene que así como las golondrinas no hacen verano en un solo día, así tampoco se puede ser feliz y venturoso en un solo día, es posible afirmar que así como las leyes no están totalmente acabadas, menos aun lo está el análisis bioético.

4.6.4 Capacidad del otorgante.

Para el notario mexicano Jorge Alfredo Domínguez Martínez,⁵⁹⁷ la capacidad es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio.

⁵⁹⁶ Aristóteles. *Ética Nicomaquea*. Libro I. 1098a 20. Op. Cit. Pág. 144.

⁵⁹⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Págs. 166 y ss.

De la definición se desprenden dos especies de capacidad: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La primera, se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte y; la segunda, se tiene o no en función de los supuestos normativos establecidos por la ley, por ejemplo, la mayoría de edad. También cabe decir que ambas admiten graduación, es decir, una persona puede ser capaz en determinadas circunstancias y en otras no serlo.⁵⁹⁸

La capacidad de goce prevalece en importancia a la capacidad de ejercicio, pues aquella es condición de ésta. Es decir, se puede tener la capacidad de goce sin contar con la capacidad de ejercicio, pero no se puede tener capacidad de ejercicio sin capacidad de goce.

Además, la capacidad o incapacidad de ejercicio tiene su origen únicamente en la ley. Solamente la ley puede señalar quiénes están en aptitud y quiénes no lo están para una actividad jurídica personal.

4.6.4.1 España.

Como regla general la normativa española exige para otorgar voluntades anticipadas la capacidad de obrar, más conocida en el lenguaje jurídico mexicano como capacidad de ejercicio; es decir, que sean mayores de edad y que no haya declaración judicial de incompetencia. Sin embargo, algunas leyes autonómicas permiten, entre otros supuestos, que el menor de edad emancipado⁵⁹⁹ también pueda otorgar válidamente el documento.

⁵⁹⁸ Según el autor, la capacidad de goce en sus diversas manifestaciones admite ser objeto de una graduación, pues un sujeto puede carecer de esa capacidad para determinadas situaciones jurídicas, no obstante el principio general según el cual el ser humano por naturaleza y por esencia tiene desde su concepción aunque sea un mínimo de capacidad de goce, lo que a su vez implica su personalidad. A modo de ejemplo se refiere a la capacidad de goce del concebido, del mejor incapaz, del enajenado mental, del extranjero y la capacidad para heredar. A propósito de la capacidad de ejercicio es factible también observar una serie de grados de los que se desprende desigualdad de posiciones en relación con ésta capacidad. Para fijar la relación entre el mayor y el menor grado de aptitud para participar directamente en la vida jurídica la ley toma en cuenta la madurez mental de los partícipes de una determinada situación, por su edad, por su habilidad manifiesta, por haber contraído o no matrimonio, etc. *Ibidem*. Págs. 171, 177 y 574.

⁵⁹⁹ La emancipación es la situación jurídica en la que un menor de edad, por disposición de la ley, queda liberado de la patria potestad o de la tutela y, por tanto, disminuye su incapacidad de ejercicio.

Por lo que se refiere a la regla general, no existe uniformidad terminológica en la legislación para referirse a la capacidad de ejercicio, se suelen utilizar expresiones como: “capacidad legal”, “capacidad de obrar”, “capacidad suficiente” o “no estar incapacitado judicialmente”. Las legislaciones que se adhieren a la regla general son: *Ley básica* 41/2002, artículo 11.1; Ley 6/2002 y Decreto 100/2003 de *Aragón*, artículos 15.1 y 2, respectivamente; Decreto 4/2008 de *Asturias*, artículo 2.1; Decreto 13/2006 de *Canarias*, artículo 2; Ley 7/2002 de *Cantabria*, artículo 34.1; Ley 6/2005 de *Castilla-La Mancha*, artículo 2; Decreto 30/2007 de *Castilla y León*, artículo 2; Ley 21/2000 de *Cataluña*, artículo 1; Ley 10/2001 y Ley 3/2005 de *Extremadura*, artículos 11.5 y 17.1, respectivamente; Ley 3/2005 punto tercero que modifica el artículo 5.1 de la Ley 3/2001 de *Galicia*; Ley 5/2003 y Ley 1/2006 de *Islas Baleares*, artículos 18.1 y 1, respectivamente; Ley 3/2005 de *Madrid*, artículo 4; Decreto 80/2005 de *Murcia*, artículo 1; Ley 9/2005 de *La Rioja*, artículo 3; y Ley 7/2002 del *País Vasco*, artículo 2.

En tanto que las legislaciones que otorgan capacidad al menor emancipado para otorgar el documento son: Ley 5/2003 de *Andalucía*, artículo 4 –además prevé la posibilidad de que el incapacitado judicialmente otorgue el documento siempre que la resolución judicial así lo permita–; Ley Foral 11/2002 de *Navarra*, artículo 9.1 –también le confiere capacidad al adolescente mayor de 16 años–; y Ley 1/2003 de *Valencia*, artículo 17.1.

4.6.4.2 México.

Toda la normatividad aplicable exige que las voluntades anticipadas sean otorgadas por persona que tenga capacidad de ejercicio conforme a las reglas del derecho común. La LPDET es la única que permite que el menor emancipado pueda otorgarlas.

Artículo 3 LVADF. “Para efectos de esta ley se define y entiende por: (...) V. Documento de Voluntad Anticipada: consiste en el documento público suscrito ante Notario, en el que *cualquier persona con capacidad de ejercicio* y en pleno uso de sus facultades mentales manifiesta la petición...”.

Artículo 7 LVADF. “El Documento de Voluntad Anticipada podrá suscribirlo: I. *Cualquier persona con capacidad de ejercicio*; (...)”:

Artículo 2 RLVADF. “Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) IV. Documento de Voluntad Anticipada: Es el Documento Público suscrito ante

Notario, en el que *cualquier persona con capacidad de ejercicio* y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición...”.

Artículo 3 LVAEA. “Para efectos de esta Ley se entiende por: (...) IV. Documento de Voluntad Anticipada: es el documento público suscrito ante Notario Público, sin generar costo alguno, en el que *cualquier persona con capacidad de ejercicio*, en pleno uso de sus facultades mentales y que se encuentre en etapa terminal, declara su voluntad...”.

Artículo 7 LVAEA. “El Documento de Voluntad Anticipada podrá suscribirlo: (...) I. *Cualquier persona con capacidad de ejercicio*; (...)”.

Artículo 2 RLVAEA. “Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) II. Documento de Voluntad Anticipada: Es el documento público suscrito ante Notario, en el que *cualquier persona con capacidad de ejercicio* y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición...”.

Artículo 3 LEDPFT. “Para los efectos de este Título se entenderá por: (...) III. Documento de disposiciones premortem: consiste en el documento público suscrito ante notario, el que *cualquier persona con capacidad de ejercicio* y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición...”.

Artículo 23 LEDPFT. “Toda persona mayor de edad *en pleno uso de su capacidad de ejercicio* tiene derecho a suscribir el Documento de Disposiciones Premortem. (...)”.

Artículo 3 LPDET “Definiciones. Para efectos de la presente ley, se entenderá por: (...) II.- Autor: La *persona con capacidad de ejercicio*, o bien, *el emancipado capaz*, que otorga en los términos de esta ley el Documento de Disposiciones Previsoras; (...) V.- Documento de Disposiciones Previsoras: El pronunciamiento escrito y previo por el cual una *persona con capacidad de ejercicio*, o bien, *un emancipado capaz*, da instrucciones respecto al tratamiento...”.

Artículo 4 LPDET “Capacidad. *Toda persona con capacidad de ejercicio* –es decir el mayor de edad en pleno uso de sus facultades psíquicas y mentales– *así como los emancipados capaces*, tienen derecho a otorgar el Documento de Disposiciones Previsoras.

Artículo 2 LVVAEM. “Para efectos de esta Ley se entiende por: I. Acta: Documento Público de Voluntad Vital Anticipada suscrito ante Notario, en el que *cualquier persona con capacidad de ejercicio* manifieste la decisión... VI. Documento: Documento privado de Voluntad Vital Anticipada suscrito por *cualquier persona con capacidad de ejercicio*, donde se manifieste la decisión... VIII. Formato: Documento de Voluntad Vital Anticipada elaborado y emitido por la Secretaría de Salud, suscrito ante el médico tratante, en el que *cualquier persona con capacidad de ejercicio* manifieste la decisión...”.

Artículo 14 LVVAEM. “El acta o formato lo podrán suscribir: I. *Cualquier persona con capacidad de ejercicio*; (...)”.

Artículo 18 LVVAEM. “El documento podrá ser suscrito por *cualquier persona con capacidad de ejercicio*, independientemente del momento en que se diagnostique como enfermo en estado terminal”.

4.6.4.3 Análisis y propuestas.

1. Las voluntades anticipadas son un acto jurídico, esa es precisamente su naturaleza jurídica; por tanto, le son aplicables las reglas del derecho común relativas a

la existencia y validez de los demás actos jurídicos. Lo anterior no requiere mayor comentario.

2. Tanto en España como en México la regla general, a la que se adhieren todos los ordenamientos de ambos países, consiste en que para otorgar las voluntades anticipadas es necesario que la persona tenga capacidad de ejercicio. La excepción a dicha regla consiste en que, además, podrán otorgarlas válidamente los menores emancipados. Los ordenamientos que incluyen ese supuesto de excepción en ambos países son los menos.

En este sentido, cabe destacar que ni el RLVADF y ni el RLVAEA exigen que el otorgante del formato de voluntad anticipada tenga capacidad de ejercicio.

3. En México se presentan dos problemas en lo concerniente a la capacidad.

En primer lugar, la LVAEA –a diferencia de las demás– condiciona la capacidad para otorgar el documento de voluntad anticipada a la existencia de una enfermedad en etapa terminal; es decir, para poder otorgar el documento la persona deberá tener capacidad de ejercicio y, además, padecer una enfermedad con pronóstico de terminal. Esto ya ha sido discutido anteriormente.

En segundo lugar, en cuanto al sujeto titular del derecho de autodeterminación. En España se reconoce de forma unánime que ese derecho le corresponde a cada persona en lo individual, justamente en él se fundamenta el derecho de redactar sus voluntades anticipadas para que se ejecuten sus decisiones a pesar que una futura y eventual incapacidad. En el caso de los menores de edad y de los mayores incapacitados judicialmente los padres o tutores ejercen ese derecho por aquellos, esto es lo que se conoce como decisión por sustitución. En México, sin embargo, –a excepción de la LEDPFT–, no opera del mismo modo.

La LVADF, artículos 7 fracción III y 19; el RLVADF, artículo 19; la LVAEA, artículos 7 fracción III y 19; el RLVAEA, artículo 19; y la LVVAEM, artículo 14 fracción II señalan que pueden suscribir el documento de voluntades anticipadas –con las distintas denominaciones que ofrecen esos ordenamientos– no sólo la propia

persona; es decir, el titular del derecho de autodeterminación sino también otras personas cuando ella no pueda manifestar su voluntad sin que sea necesario la declaración judicial del estado de interdicción, tales como: El o la cónyuge; el concubinario o la concubina; el o la conviviente; los hijos; etc. En este contexto no existe el derecho de autodeterminación.

La verdadera intención de las voluntades anticipadas consiste en que nadie decida por otra persona en todo aquello que se relacione con su salud, vida o muerte dentro de los márgenes éticos, legales y biológicos previamente establecidos. Además, la planeación inherente a las voluntades anticipadas consiste en que la propia persona con base en la información recibida; al diagnóstico, pronóstico, tratamiento y alternativas concretas; y a los valores y deberes existentes decida por sí misma qué hacer o no hacer en el futuro cuando se halle probablemente incapacitada para decidir, para manifestar su voluntad. Por esta razón en los ordenamientos jurídicos citados las declaraciones sobre la atención y el cuidado “de otros” (consentimiento informado por sustitución) se disfrazan como voluntades anticipadas.⁶⁰⁰

Finalmente, hay que decir que toda la normatividad mexicana –a excepción de la LPDET– regula las decisiones por sustitución, es decir, aquellos casos en que el derecho de redactar las voluntades anticipadas corresponde a los padres o tutores en el caso de los menores de edad o mayores incapacitados judicialmente. Esto no requiere mayores comentarios.

4.6.5 Límites para su otorgamiento y ejecución.

El derecho, como sistema que opera conforme a ciertos criterios de racionalidad, necesita para su funcionamiento y existencia de una serie de reglas que le aseguren operatividad y coherencia de tal forma que él mismo no puede dotar de validez a los

⁶⁰⁰ Con tal afirmación no se niega la participación de los familiares en la toma de decisiones que involucren al paciente, principalmente cuando está incapacitado físicamente, sino que las voluntades anticipadas como expresión del derecho a la autodeterminación sólo pueden ser otorgadas de forma personal. Las voluntades anticipadas son un acto personalísimo, salvo en los casos de los menores de edad y de los mayores incapacitados. La frase más acuñada para las voluntades anticipadas es: *Que nadie más decida por mí*. No hay que confundir las voluntades anticipadas con el consentimiento informado por sustitución previsto, por ejemplo, en los artículos 22 bis 4, 324, 345 y 250 bis 2 de la Ley General de Salud.

actos celebrados por particulares que vayan en contra de sus propias disposiciones y estructuras.

Por ejemplo, la Teoría General del Contrato sostiene que no sólo el objeto y el motivo o fin del contrato, sino también la condición cuando la hubiere, deberán ser lícitos para satisfacer el requisito legal que le permite la participación de dicho elemento de validez en la configuración del contrato.

Así, el notario mexicano Miguel Ángel Zamora y Valencia⁶⁰¹ sostiene que el objeto, es decir, la conducta manifestada como una prestación o como una abstención debe ser lícita además de posible y asimismo el hecho, como contenido de la prestación, también debe ser lícito.⁶⁰² Según Domínguez Martínez,⁶⁰³ por licitud debe entenderse legalidad, es decir, apego a lo establecido por la ley; consecuentemente, lo lícito es legal, lo ajustado a la ley, lo que no contraría sino que respeta lo ordenado o prohibido por aquella.

Dicha cláusula de operatividad y coherencia prevista por el propio derecho está presente tanto en el Código Civil Federal mexicano como en el Código Civil español. Dentro del primero cabe citar los artículos 8, 1795 fracción III, 1831 y 1859 y; del segundo, los artículos 6 puntos 2, 3 y 4; 1261; 1274 y 1275.

Artículo 8. “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

Artículo 1795. “El contrato puede ser invalidado: (...) III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito. (...)”.

Artículo 1831. “El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

Artículo 1859. “Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

⁶⁰¹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Contratos civiles*. 11a ed. Porrúa. México. 2007. Págs. 32 y ss.

⁶⁰² El autor considera que no es posible hablar de licitud referida a la cosa como contenido de la prestación de dar, ya que las cosas en sí mismas no pueden ser lícitas o ilícitas, sino que la conducta referida a esas cosas es la que puede ser lícita o no, según esté acorde o contradiga lo preceptuado por una norma imperativa. Ahora bien, continúa el autor, esa conducta debe ser lícita y en ese sentido debe entenderse el objeto ilícito. Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Op. Cit. Pág. 32.

⁶⁰³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 568.

Artículo 2225 “La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”.

Artículo 6. “(...) 2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros. 3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

Artículo 1261. “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: (...) 3º. Causa de la obligación que se establezca”.

Artículo 1274. “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.

Artículo 1275. “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

En suma, la voluntad de las partes como principio rector en las relaciones jurídicas entre particulares, o bien la voluntariedad en los actos privados de disposición no son absolutos pues tienen límites muy definidos: las leyes prohibitivas, y el interés y orden público. En este sentido, las voluntades anticipadas como todo acto jurídico no podrán contener disposiciones que sean contrarias a las leyes prohibitivas, y al interés y orden público.

4.6.5.1 España.

La normativa española en su totalidad, además de la limitación aplicable a todos los actos jurídicos, considera otras limitaciones que ya han sido mencionadas en el apartado tercero de este capítulo: a) Disposiciones contrarias a buena práctica médica o *lex artis* (que a mi juicio aquí se incluye la mejor evidencia médica-científica disponible aunque no se diga expresamente), y b) que la situación clínica a la que se enfrenta el paciente incapaz no esté prevista en el documento y, por tanto, no corresponda a los supuestos previstos.

Concretamente los ordenamientos jurídicos que así lo establecen son: **Ley básica** 41/2002, artículo 11.3; Ley 6/2002 de **Aragón**, artículo 15.3; Decreto 4/2008 de **Asturias**, artículo 13.3; Ley 13/2006 de **Canarias**, artículo 4.3; Ley 7/2002 y Decreto

139/2004 de **Cantabria**, artículos 34.6 y 3.7, respectivamente; Ley 6/2005 de **Castilla-La Mancha**, artículo 8.4; Ley 8/2003 de **Castilla y León**, artículo 29 –sólo prevé como limitante las disposiciones hechas en contra del orden jurídico–; Ley 21/2000 de **Cataluña**, artículo 8.3; Ley 10/2001 y Ley 3/2005 de **Extremadura**, artículos 11.5 y 21.2, respectivamente –en ambas no se contempla como limitante las disposiciones contrarias a la buena práctica médica–; Ley 3/2005 punto tercero que modifica el artículo 5.3 de la Ley 3/2001 de **Galicia**; Ley 5/2003 y Ley 1/2006 de **Islas Baleares**, artículos 18.4 y 6, respectivamente; Ley 3/2005 de **Madrid**, artículo 11 –también incluye como límite el hecho de dar instrucciones relativas a intervenciones médicas que se desean recibir que sean contraindicadas a la patología–; Decreto 80/2005 de **Murcia** que al respecto alude muy someramente a la Ley básica 41/2002; Ley Foral 11/2002 y Decreto Foral 140/2003 de **Navarra**, artículos 9.3 y 4.5, respectivamente –son los únicos ordenamientos que expresamente incluyen como limitante que las instrucciones vayan en contra de la mejor evidencia científica disponible–; Ley 9/2005 de **La Rioja**, artículo 5.2; Ley 7/2002 del **País Vasco**, artículo 5 puntos 3 y 4; y Ley 1/2003 y Decreto 168/2004 de **Valencia**, artículos 17.5 y 5.4, respectivamente. La normativa de **Andalucía** es completamente omisa al respecto.

4.6.5.2 México.

Las limitaciones ético-jurídicas a las que están sujetas las disposiciones o instrucciones contenidas en el documento de voluntades anticipadas se regulan por la normativa mexicana de la siguiente forma:

Artículo 44 LVADF. “*No podrán realizarse las disposiciones contenidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada y en la presente Ley, a enfermo que no se encuentre en etapa terminal*”.

Artículo 44 LVAEA. “*No podrán realizarse las disposiciones contenidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada y en la presente Ley, a enfermo que no se encuentre en etapa terminal*”.

Artículo 24 LEDPFT. “(...) Las instrucciones y facultades que se consignent en el Documento de Disposiciones Premortem, serán válidas, *siempre y cuando no contravengan la práctica médica vigente, aceptada como correcta, prudente y acertada*, de acuerdo a las normas establecidas por la Ley General de Salud”.

Artículo 3 LPDET “Definiciones. Para efectos de la presente ley, se entenderá por: (...) V.- Documento de Disposiciones Previsoras:... *Este documento será válido, siempre y cuando las instrucciones a ejecutar se den conforme a la práctica aceptada en vigencia, como correcta, prudente y acertada*...”.

Artículo 7 LPDET. “(...) *Las instrucciones y facultades que se consignent en el Documento de Disposiciones Previsoras serán válidas, siempre y cuando no contravengan la práctica aceptada en vigencia, como correcta, prudente y acertada*, desde el punto de vista médico y de acuerdo a las normas establecidas por la Ley General de Salud, y que en ellas no se proponga o autorice la eutanasia. Las instrucciones emitidas deberán enmarcarse dentro del concepto de la Ortotanasia. *También se tendrán por no puestas las instrucciones relativas a las intervenciones médicas que el Autor desea recibir, cuando resulten contraindicadas para su patología*; en tal sentido debe reconocerse el derecho de autonomía del equipo de salud. Las contraindicaciones deberán figurar anotadas y motivadas en la historia clínica del paciente”.

Artículo 13 LPDET. “Inicio de los Efectos del Documento. El Documento de Disposiciones Previsoras desplegará sus efectos jurídicos en el momento en que el Autor se ubique en un estado de Enfermedad Terminal y, en consecuencia, ya no pueda gobernarse por sí o se encuentre en un estado de vulnerabilidad que le impida tomar con plena conciencia decisiones sobre su enfermedad. (...)”.

Artículo 11 LVVAEM. “*No serán aplicadas las peticiones contenidas en el acta, documento o formato que resulten contrarias a la presente Ley y a la buena práctica médica*”.

Cabe decir en este momento que tal como se refirió en la parte final del primer apartado de este capítulo, no todo sistema de voluntades anticipadas comporta una legalización de la eutanasia; en consecuencia, pueden existir voluntades anticipadas en un sistema que prohíbe la eutanasia. Bajo esa premisa se ubican las todas las leyes mexicanas que de forma expresa rechazan la práctica de la eutanasia por medio de las voluntades anticipadas.

Artículo 2 LVADF. “La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente ley, son relativas a la Voluntad Anticipada de las personas en materia de Ortotanasia, y *no permiten ni facultan bajo ninguna circunstancia la realización de conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida*”.

Artículo 43 LVADF. “El personal de salud en ningún momento y bajo ninguna circunstancia podrá suministrar medicamentos o tratamientos médicos, que provoquen de manera intencional el deceso del enfermo en etapa terminal”.

Artículo 2 LVAEA “El principio rector de la presente Ley es el respeto a la autonomía de la voluntad y dignidad de la persona como fundamento de orden público y expresa el derecho de las personas a la Voluntad Anticipada, *prohibiendo conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida*”.

Artículo 43 LVAEA “El personal de salud en ningún momento y bajo ninguna circunstancia podrá suministrar medicamentos o tratamientos médicos, *que provoquen de manera intencional el deceso del enfermo en etapa terminal*”.

Artículo 5 LEDPFT. “La presente Ley *bajo ninguna condición, regula o autoriza la práctica de la eutanasia*, entendida como homicidio por piedad, *así como el suicidio asistido* conforme lo señala el Código Penal para el Estado...”.

Artículo 22 LPDET. “Límites de la ley. La presente ley *bajo ninguna condición, regula o autoriza la práctica de la eutanasia*”.

Artículo 37 LVVAEM “Incurrir en responsabilidad para los efectos de esta Ley: I. El médico tratante, y personal sanitario que suministre tratamientos o medicamentos *que provoquen de manera intencional el deceso del enfermo; (...)*”.

4.6.5.3 Análisis y propuestas.

1. El análisis bioético ha considerado que son tres los límites que existen para la aplicación y vigencia de las voluntades anticipadas: a) Que la voluntad expresada en el documento sea contraria al ordenamiento jurídico, b) que los tratamientos o cuidados que el paciente desea recibir sean contrarios a la buena práctica médica (*lex artis*), y c) que la situación clínica a la que se enfrenta el paciente no sea la prevista y no corresponda a los supuestos previsto en el documento. La primera refleja una limitación de tipo jurídico, la segunda de tipo ético y la tercera de tipo biológico.

2. La normativa española casi en su totalidad incluye clara y expresamente dichas limitaciones. La legislación mexicana, por su parte, vagamente se ocupa de alguna de ellas.

3. Ninguna de las legislaciones mexicanas en materia de voluntades anticipadas contempla como supuesto para la inaplicabilidad o ineficacia de las disposiciones e instrucciones el que estas sean contrarias al ordenamiento jurídico. Sin embargo, todas –a excepción de la LEDPFT– establecen que las normas del derecho civil se aplicarán supletoriamente en todo lo no previsto por ellas.

Como ya se ha dicho, la naturaleza de las voluntades anticipadas radica en que son un acto jurídico y, por tanto, le son aplicables todas las reglas del derecho común relativas a la existencia y validez de los demás actos jurídicos. De tal forma que a pesar de la omisión en las leyes particulares tiene total vigencia la primera limitación antes mencionada.

4. Solamente la LEDPFT, la LPDET y la LVVAEM consideran como limitante para la aplicación de las voluntades anticipadas a las disposiciones que sean contrarias a la buena práctica médica. Para dar contenido a dicha limitación legal y para colmar las lagunas de las otras leyes, es menester recordar algunas obligaciones morales formuladas en los apartados tercero y cuarto del capítulo anterior: a) Conforme al principio de no

maleficencia no es correcto aplicar tratamientos contraindicados (maleficentes) aunque sean queridos o solicitados por el paciente; b) conforme al principio de autonomía el paciente tiene derecho a tomar decisiones en lo relativo a su salud, su vida y su muerte a partir de una información completa y veraz; y c) el acto médico debe estar orientado a lo que realmente favorezca al paciente con base en los hechos biológicos (conforme a la evidencia médica y científica disponible) y en lo expresado en su documento de voluntades anticipadas.

5. Como se dijo antes, ni la legislación española –con sus excepciones– ni la mexicana consideran necesario describir o incluir los hechos clínico-biológicos en los que se tendrá que observar lo dispuesto en las voluntades anticipadas. En el caso de México, por ejemplo, la legislación coincide en que la eficacia del documento está condicionada al diagnóstico de enfermedad terminal; no obstante, hay que decir la definición legal de enfermedad terminal dista mucho de la que se ha planteado en este trabajo a partir de las ciencias biomédicas.

En otras palabras, la redacción del documento de voluntades anticipadas en México conforme al derecho vigente no requiere incluir supuestos o hipótesis clínicas que, en caso de verificarse, permitan la aplicación y eficacia de las disposiciones en él contenidas toda vez que su aplicación y eficacia está condicionada por el propio derecho a la enfermedad terminal –bajo la crítica antes referida–, es decir, no da la posibilidad de ampliar la aplicación del documento a situaciones clínicas distintas. Por eso se sostiene que en México más que voluntades anticipadas, son voluntades para la enfermedad terminal.

6. Finalmente, en virtud de las conclusiones del capítulo anterior, hay que celebrar que la legislación mexicana en su totalidad condena la práctica de la eutanasia por medio de las voluntades anticipadas.

4.6.6 Revocación del documento.

Por las razones expuestas en el apartado primero de este capítulo es técnicamente incorrecto y socialmente inconveniente usar la expresión “testamento vital” para referirse a las voluntades anticipadas. Sin embargo, con el mero propósito de

ilustrar lo relativo a la revocación de las voluntades anticipadas tomaré como punto de partida las disposiciones jurídicas aplicables a la revocación de los testamentos en virtud de que ambos actos comparten la misma lógica: Son disposiciones sujetas a condición suspensiva y, por tanto, pueden ser modificadas en cualquier momento por el otorgante hasta en tanto no se cumpla aquella.

En este sentido, el testamento y las voluntades anticipadas constituyen un mero proyecto, generan una expectativa más no un derecho, carecen de obligatoriedad jurídica en tanto no se verifiquen las condiciones a que están sujetos: la muerte o la incapacidad.⁶⁰⁴ Al no existir derechos ni obligaciones, el autor de uno u otro documento tiene la entera posibilidad de modificar en cualquier momento las disposiciones hechas con anterioridad.

Tal como lo refiere Antonio de Ibarrola,⁶⁰⁵ todas las legislaciones han visto siempre al testamento como un acto revocable. El testamento es un acto especialmente revocable que no es más que un proyecto durante toda la vida del testador cuya expresión de su última voluntad ha sido redactada de antemano por temor a ser sorprendido por la muerte, pero que se entiende emitida hasta el momento mismo de perder la vida.

La revocación, además, puede ser expresa, tácita o legal. En la primera, el testador declara explícita y solemnemente su deseo de privar de eficacia en todo o en parte a sus anteriores disposiciones; en la segunda, puede consistir en que el autor formule nuevo testamento en el que no inserte declaración de revocar el anterior, pero cuyas disposiciones sean contrarias o incompatibles y; la tercera, es obra del legislador quien en determinadas circunstancias asume el oficio de intérprete de la presumible voluntad del testador de revocar su testamento.

El citado autor enlista una serie de principios jurídicos relativos a la revocación de las disposiciones testamentarias: 1) No puede revocarse el testamento por un acto menos solemne. 2) Basta la existencia de un testamento posterior válido para que se

⁶⁰⁴ En el caso de México, como se ha dicho, no siempre es la incapacidad sino la presencia de una enfermedad terminal.

⁶⁰⁵ De Ibarrola, Antonio. Op. Cit. Págs. 747 y ss.

entiendan revocados los anteriores. 3) No obstante el anterior principio, el testamento anterior recobrará su fuerza si el testador, revocando el anterior, declara ser su voluntad que el primero subsista. 4) La revocación produce sus efectos aunque el segundo testamento caduque por incapacidad o renuncia de los herederos o legatarios. Y 5) Existen ciertas disposiciones que en razón de su importancia no pueden ser revocadas.

Tal como se puede apreciar, muchas de las disposiciones aplicables a los testamentos lo son también a las voluntades anticipadas. A partir de los aspectos comunes de esos actos es pertinente formular una serie de principios propios de las voluntades anticipadas en cuanto a la posibilidad de su revocación:

1) La aplicación de las voluntades anticipadas está sujeta a dos condiciones suspensivas: Que la persona esté incapacitada física y/o legalmente para expresar su voluntad, y que se encuentre en alguno de los hechos clínicos previstos en el documento (tal previsión no siempre existe). En tanto no se cumpla al menos una de ella, es un mero proyecto sin obligatoriedad jurídica.

2) Las voluntades anticipadas constituyen un acto jurídico especialmente revocable.⁶⁰⁶

3) La revocación de las voluntades anticipadas, al igual que en su otorgamiento, es un acto personalísimo⁶⁰⁷ y libre y, además, susceptible de realizarse en cualquier momento.

4) La revocación del documento tendrá que hacerse siguiendo las mismas formalidades que para su otorgamiento.

⁶⁰⁶ Dada la distancia entre el momento en que se expresó la voluntad y su ejecución es necesaria que exista la posibilidad de modificarlo siempre que el otorgante conserve su capacidad de obrar. En general, se exige que sean modificados o ratificados cada cinco años. La renovación puede hacerse por cambiar de opinión, para reafirmarla o para aplicarla y adecuarla mejor a nuevas situaciones. Marcos del Cano, Ana María. *Voluntades anticipadas*, en Elizari Basterra, Francisco Javier (dir.). Op. Cit. Pág. 403.

⁶⁰⁷ Como se ha visto anteriormente, algunos ordenamientos jurídicos mexicanos permiten que sean otras personas las que decidan por el paciente por medio del otorgamiento de voluntades anticipadas.

5) Sin embargo, en caso de intervención quirúrgica si la persona otorga un consentimiento informado que sea contrario a las voluntades anticipadas, se atenderá a aquel.

6) La existencia de un segundo documento de voluntades anticipadas, en principio, supone la revocación del anterior; sin embargo, aquél podrá recobrar su fuerza legal cuando el otorgante así lo exprese, o bien cuando el posterior se omita un hecho, situación, tratamiento o actuación que sí se contemplaba en el anterior.

4.6.6.1 España.

Prácticamente todas las legislaciones españolas prevén la posibilidad de que el documento sea revocado por el paciente. Los elementos comunes en la mayoría de ellas son dos: Que el documento puede ser revocado en cualquier momento y que se debe dejar constancia por escrito, o bien que se cumplan con los mismos requisitos que para su otorgamiento.

Tal es el caso de la *Ley básica* 41/2002, artículo 8.5; Ley 5/2003 de *Andalucía*, artículo 8 –que incluye, además, la posibilidad de modificarlo pero no revocarlo lo cual deberá hacerse constar expresamente, y que el documento puede revocarse por haberse otorgado consentimiento informado posterior y contradictorio–; Decreto 100/2003 de *Aragón*, artículo 6 –también prevé las posibilidad de modificarlo sin revocarlo–; Decreto 4/2008 de *Asturias*, artículos 12.3 y 14 –solamente define la revocación–; Decreto 13/2006 de *Canarias*, artículo 8 –también prevé las posibilidad de modificarlo sin revocarlo–; Decreto 139/2004 de *Cantabria*, artículo 5 –solamente establece el efecto de la inscripción de la revocación–; Ley 6/2005 y Decreto 15/2006 de *Castilla-La Mancha*, artículos 7 y 6, respectivamente –solamente establecen la posibilidad de la revocación–; Decreto 30/2007 de *Castilla y León*, artículo 5 –solamente establece la posibilidad de la revocación–; Decreto 175/2002 de *Cataluña*, artículo 7 –también prevé las posibilidad de modificarlo sin revocarlo–; Ley 3/2005 de *Extremadura*, artículos 19 y 21 –las voluntades anticipadas no tendrán eficacia si se otorga consentimiento informado posterior y contradictorio–; Ley 3/2005 punto tercero que modifica el artículo 5.5 de la Ley 3/2001 de *Galicia* –solamente establece la posibilidad de la revocación–; Ley 1/2006 de *Islas Baleares*, artículo 7 –solamente establece la

posibilidad de la revocación–; Ley 3/2005 de *Madrid*, artículo 7; Decreto 80/2005 de *Murcia*, artículo 4 –agrega que debe utilizarse la misma formalidad elegida para su otorgamiento, y también la posibilidad de modificarlo sin revocarlo–; Decreto Foral 140/2003 de *Navarra*, artículo 7 –también prevé la posibilidad de modificarlo sin revocarlo–; Ley 9/2005 y Decreto 30/2006 de *La Rioja*, artículos 9 y 10, respectivamente; Ley 7/2002 y Decreto 270/2003 del *País Vasco*, artículos 4 y 9, respectivamente; y Ley 1/2003 y Decreto 168/2004 de *Valencia*, artículos 17.4 y 4, respectivamente.

4.6.6.2 México.

La legislación mexicana regula lo concerniente a la revocación de las voluntades anticipadas conforme a lo siguiente:

Artículo 38 LVADF. “El Documento o Formato de Voluntad Anticipada *únicamente podrá ser revocado por el signatario del mismo en cualquier momento. (...)*”.

Artículo 39 LVADF. “En caso de que existan dos o más Documentos o Formatos de Voluntad Anticipada *será válido el último firmado por el signatario*”.

Artículo 38 LVAEA. “El Documento o Formato de Voluntad Anticipada *únicamente podrá ser revocado por el signatario del mismo en cualquier momento. (...)*”.

Artículo 39 LVAEA. “En caso de que existan dos o más Documentos o Formatos de Voluntad Anticipada *será válido el último firmado por el signatario*”.

Artículo 23 LEDPFT. “Toda persona mayor de edad en pleno uso de su capacidad de ejercicio tiene derecho a suscribir el Documento de Disposiciones Premortem. (...) *Dicho documento podrá ser revocado en cualquier momento*”.

Artículo 31 LEDPFT. “En caso de que existan dos o más documentos de disposiciones premortem, *será válido el último firmado por la persona que lo suscriba*”.

Artículo 14 LPDET. “Modificación y Revocación. *El Autor tiene el derecho de modificar o revocar en cualquier momento el Documento de Disposiciones Previsoras. Cuando se trate de modificarlo, se debe de satisfacer el requisito de forma exigido para su otorgamiento. Para el caso de la revocación, no habrá necesidad de que se revista de la misma formalidad, ya que surtirá efectos si se realiza por escrito privado ratificado ante Notario o ante dos testigos.*

El otorgamiento de un nuevo Documento de Disposiciones Previsoras revocará los anteriores, salvo que el nuevo tenga por objeto la mera modificación de extremos contenidos en el mismo, circunstancia que habrá de manifestarse expresamente.

Si una persona ha otorgado un Documento de Disposiciones Previsoras y posteriormente emite un consentimiento informado eficaz que contraría, exceptúa o matiza las instrucciones contenidas en aquél, para la situación presente o el tratamiento en curso, *prevalecerá lo manifestado mediante el consentimiento informado para ese proceso clínico*, aunque a lo largo del mismo quede en situación de no poder expresar su voluntad”.

Artículo 24 LVVAEM “*El acta o formato podrá ser revocado solamente por el solicitante en cualquier momento, lo que deberá hacerse constar por escrito mediante certificación que se asiente en la misma acta o formato, por Notario o por el médico tratante respectivamente*”.

Artículo 25 LVVAEM “*El documento podrá ser revocado en cualquier momento por el solicitante, contando con las mismas formalidades y requisitos establecidos para su suscripción*”.

Artículo 27 LVVAEM “*En caso de que existan dos o más actas, formatos o documentos se considerará como válido el último firmado por el sujeto del derecho, a falta de éste, será válido el suscrito de fecha más reciente por parte del signatario que acredite la representación legal*”.

4.6.6.3 Análisis y propuestas.

1. Todas las legislaciones españolas y mexicanas prevén la posibilidad de que el documento sea revocado en cualquier momento por el paciente.

2. Toda la normativa española en materia de voluntades anticipadas reconoce que el sujeto titular del derecho de autodeterminación es el paciente, por tanto, sólo él puede otorgar –y en su caso revocar– sus voluntades anticipadas a excepción, por supuesto, de los menores de edad y de los mayores incapacitados judicialmente.

En cambio, la normativa mexicana –a excepción de la LPDET– parece indicar que el derecho de autodeterminación puede ser ejercido no sólo por el paciente sino también otras personas cercanas a él; por tanto, las voluntades anticipadas pueden ser otorgadas por el propio paciente, o bien por las personas que señale la ley ante la incapacidad⁶⁰⁸ de aquel. En este sentido, la revocación –según la LVADF y la LVAEA– podrá ser hecha tanto por el paciente como por aquellas personas que la ley señale sin especificar las reglas para ello. Lo anterior denota un vacío legal importante que tiene que ser atendido por el legislador.

La LPDET, por su parte, sólo prevé posibilidad de que el documento de disposiciones previsorias sea otorgado por el paciente; en consecuencia, sólo él puede revocarlo. Lo mismo sucede en el caso de la LEDPFT pero también incluye las reglas relativas a la patria potestad y a la tutela.

⁶⁰⁸ No me refiero a la incapacidad declarada judicialmente (interdicción), sino simplemente a la incapacidad física a causa de la propia enfermedad.

3. En cuanto a la formalidad y requisitos para la revocación, la regla general consiste en que se deben cumplir con los mismos exigidos para el otorgamiento. La gran mayoría de los ordenamientos españoles comparten esta regla; en México, por el contrario, las leyes están divididas. La LVADF, la LVAEA y la LEDPFT son totalmente omisas al respecto, es decir, expresamente no hay requisitos ni formalidades legales para la revocación. En tanto que la LVVAEM señala que la revocación de la voluntad vital anticipada que conste en acta o en formato deberá hacerse por escrito mediante certificación que se agregue a la misma acta⁶⁰⁹ o formato; en cambio, si la voluntad vital anticipada consta en documento privado se aplica la regla general. Por último, la LPDET –al igual que muchas legislaciones españolas– establece dos supuestos: La modificación y la revocación; en el primer caso, se aplica la regla general y; en el segundo, basta que se haga constar en escrito privado ratificado ante notario y dos testigos.

La evidente problemática en la legislación mexicana se resolvería si se incluyera la anterior regla general en los textos legales correspondientes.

4. Otra regla general aplicable a las voluntades anticipadas consiste en que la existencia de un segundo documento supone la revocación del anterior; no obstante, aquél podrá recobrar su fuerza legal cuando el otorgante así lo exprese, o bien cuando el posterior sea omita un hecho, situación, tratamiento o actuación que sí se contemplaba en el anterior. Esta regla se manifiesta en la normativa española y, en menor medida, en la mexicana.

5. Con la intención de proteger al máximo el derecho de autodeterminación de la persona algunas legislaciones españolas establecen, además, la posibilidad de que las voluntades anticipadas sean revocadas por medio del consentimiento informado otorgado en virtud de una intervención quirúrgica. Esta situación está prevista por los

⁶⁰⁹ Considero que esta disposición viola el principio de matricidad del protocolo y el principio de integridad del instrumento público notarial. Por ejemplo el artículo 74 de la Ley del Notariado del Estado de Michoacán de Ocampo (LNEM) señala: “Se prohíbe a los notarios revocar, rescindir o modificar el contenido de una escritura autorizada definitivamente, por simple razón al margen de ella. En estos casos debe extenderse nueva escritura y hacer las anotaciones conducentes en la primera”.

ordenamientos españoles vigentes en Andalucía y Extremadura; en México, solamente en la LPDET.

4.6.7 Su inclusión en la historia clínica.

En el apartado segundo de este capítulo se ha hecho referencia a la función médica de las voluntades anticipadas principalmente en el sentido de permitir, promover y justificar la planificación estratégica de la atención médica.

Las voluntades anticipadas, como todo acto jurídico, están sujetas a las disposiciones jurídicas que aseguran su plena eficacia y validez; sin embargo, no hay que olvidar que también es un acto médico.

El documento de voluntades anticipadas no es más que la materialización de un proceso de diálogo, entendimiento y deliberación entre el paciente, su familia y el médico en el que se decide la atención y tratamiento –no sólo médico– que se desea recibir en un futuro complicado y doloroso producto de una enfermedad que, con mucha probabilidad, irá acompañada de la incapacidad del enfermo para decidir.

En este sentido, el documento de voluntades anticipadas como acto jurídico, pero más aún como acto médico, deben constar en la historia clínica del paciente independientemente de su inscripción o no en el registro correspondiente.

4.6.7.1 España.

La mayoría de los ordenamientos españoles así lo establece y; además, por lo general, que sea el propio otorgante o sus familiares o representante quien solicite su incorporación: *Ley básica* 41/2002, artículo 15.2 incisos f) y m) –aunque no de modo expreso–; la normativa del *Andalucía* es omisa al respecto; Ley 6/2002 y Decreto 100/2003 de *Aragón*, artículos 15.4 y 4, respectivamente –debe ser entregado por el paciente o familiar–; la normativa del *Asturias* es omisa al respecto; Decreto 13/2006 de *Canarias*, artículo 20 –solamente cuando no ha sido inscrito, de lo contrario basta indicar su existencia mediante anotación en la historia clínica–; Ley 7/2002 de *Cantabria*, artículo 34.4; la normativa de *Castilla-La Mancha* es omisa al respecto;

Decreto 30/2007 de **Castilla y León**, artículo 15 –es opcional independientemente de su inscripción o no–; Ley 21/2000 de **Cataluña**, artículo 8.4; Ley 10/2001 y Ley 3/2005 de **Extremadura**, artículos 11.5, y 17.5 y 20.3, respectivamente; Ley 3/2001 de **Galicia**, artículo 5.4; Ley 5/2003 de **Islas Baleares**, artículo 18.5; Ley 3/2005 de **Madrid**, artículo 8.2; Decreto 80/2005 de **Murcia**, artículos 9 y 10.2; Ley Foral 11/2002 de **Navarra**, artículo 9.4; Ley 9/2005 de **La Rioja**, artículo 7.5; la normativa del **País Vasco** es omisa al respecto; y Ley 1/2003 y Decreto 168/2004 de **Valencia**, artículos 17.6 y 5.2, respectivamente.

4.6.7.2 México.

Este es quizá de los pocos puntos de acuerdo entre los distintos ordenamientos mexicanos, ya que todos –a excepción de la LEDPFT– establecen la obligación de incorporar las voluntades anticipadas al expediente o historial clínico.

Artículo 11 LVADF. “Una vez suscrito el Documento o el Formato de Voluntad Anticipada en los términos de los dos artículos anteriores, la Coordinación Especializada deberá hacerlo del conocimiento del Ministerio Público para los efectos a que haya lugar, y del personal de salud correspondiente *para integrarlo, en su momento, al expediente clínico* del enfermo en etapa terminal”.

Artículo 35 LVADF. “El solicitante o su representante deberán entregar el Documento de Voluntad Anticipada al personal de salud encargado de implementar el tratamiento del enfermo en etapa terminal, *para su integración al expediente clínico*, y dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en el mismo”.

Artículo 11 LVAEA. “Una vez suscrito el Documento o el Formato de Voluntad Anticipada en los términos de los dos Artículos anteriores, la Unidad Especializada dará aviso al Ministerio Público para su conocimiento e informará al personal de salud correspondiente, *para integrarlo en su momento, al expediente clínico del enfermo en etapa terminal*”.

Artículo 35 LVAEA. “El solicitante o su representante deberán entregar el Documento de Voluntad Anticipada al personal de salud encargado de implementar el tratamiento del enfermo en etapa terminal, *para su integración al expediente clínico*, y dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en el mismo”.

Artículo 11 LPDET “Guarda y Destino del Documento... Una copia simple del Documento de Disposiciones Previsoras deberá entregarse a los Centros Sanitarios donde el Autor pretenda ser atendido, *a efecto de incorporarla a su historia clínica*. Esta obligación corre –en primera instancia– a cargo del Autor y posteriormente de su Representante o sus familiares”.

Artículo 10 LVVAEM “El solicitante o su representante legal deberán entregar el acta, documento o formato al médico que atienda al enfermo para que se *integre al expediente clínico* y se cumpla con las disposiciones contenidas en él”.

4.6.7.3 Análisis y propuestas.

La legislación española y la mexicana coinciden en establecer la obligación de incluir en el expediente o historia clínica el documento de voluntades anticipadas para su consulta y ejecución por parte del equipo médico, principalmente por el médico tratante, en virtud de su doble aspecto: el ético-médico y el jurídico.

En España, por lo general, la inclusión se hace a solicitud del propio paciente-otorgante, o bien de la persona designada como representante o de los familiares ante la imposibilidad de aquel.

En México, la LVADF y la LVAEA señalan que la Coordinación Especializada⁶¹⁰ y la Unidad Especializada, respectivamente, así como el paciente-otorgante o su representante son los obligados de informar o de entregar las voluntades anticipadas al personal de salud encargado de la atención del paciente.

La LPDET establece que será el paciente-otorgante, su representante o sus familiares los encargados en entregar una copia del documento para su incorporación en la historia clínica. La LVVAEM, por su parte, sólo hace referencia al paciente-otorgante y a su representante.

⁶¹⁰ En el capítulo Quinto de la LVADF se señala que la Coordinación Especializada es la unidad administrativa adscrita a la Secretaría de Salud del Distrito Federal encargada de velar por el cumplimiento de los ordenamientos jurídicos en materia de voluntad anticipada dentro de esa entidad federativa. Finalmente hay que decir que en el artículo 46 de esa ley se fijan sus atribuciones, y en el artículo 40 de su reglamento se establecen las atribuciones y obligaciones del titular de la Coordinación Especializada. Es importante señalar que tanto la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal como el Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal son omisos al respecto. La Coordinación Especializada debe cumplir con la obligación de informar al personal de salud sobre la existencia de voluntades anticipadas para integrarlas al expediente clínico una vez que haya sido notificada del otorgamiento de un “documento” o “formato” de voluntad anticipada. En el primer caso, conforme a los artículos 9 de la ley y 7 de su reglamento, el obligado de la notificación es el notario; sin embargo, tal como lo apunta el Eduardo García Villegas, el legislador debió haber utilizado el término “dar aviso” en lugar de “notificación” en razón de que la notificación es uno de aquellos hechos que el notario puede hacer constar en acta y la intención del legislador, evidentemente, no es que se levante un acta. En el segundo caso, es decir, cuando la voluntad anticipada se haga constar en “formato”, el artículo 10 de la ley no precisa quién deberá notificar de la suscripción del formato, el personal de salud o los testigos; sin embargo, de la interpretación de la fracción II del artículo 33 del reglamento podría entenderse que es el personal médico. El mismo análisis *mutatis mutandis* es aplicable al caso de la LVAEA en virtud de que esta es prácticamente una copia de la LVADF. Véase García Villegas, Eduardo. *La voluntad anticipada*. Op. Cit. Pág. 16.

4.6.8 El registro de las voluntades anticipadas.

La efectividad del derecho de autodeterminación del paciente y el pleno el respeto a su dignidad personal exigen que las voluntades anticipadas, independientemente del lugar en el que hayan sido otorgadas, puedan ser conocidas por los profesionales de la salud a los que, en su momento, corresponda la responsabilidad de brindar la asistencia sanitaria. En consecuencia, el tema la inscripción y del registro es obligado dentro de todo análisis jurídico que se haga de las voluntades anticipadas.

Para dar una orientación epistemológica clara a este punto es necesario estudiar lo relativo a la naturaleza jurídica del registro a partir de la normativa española en materia de voluntades anticipadas. A diferencia de la metodología utilizada anteriormente, aquí no se dividirá la exposición descriptiva de la normativa y su análisis correspondiente.

Así, el Decreto 100/2003 de *Aragón* en su artículo 7 señala que el registro se constituye como *órgano administrativo*; el Decreto 13/2006 de *Canarias* en su artículo 9.3 determina que el registro tiene carácter *administrativo, público y gratuito*; y el Decreto 259/2007 de *Galicia* en el artículo 2.2 establece que el registro es de naturaleza *administrativa*, que la inscripción del documento es voluntario y que tiene *efectos declarativos*.

A pesar de que dichos ordenamientos son los únicos que expresamente incluyen disposiciones relativas a la naturaleza jurídica del registro, aportan los elementos suficientes para guiar el presente estudio tanto en la legislación española como en la mexicana: a) El carácter administrativo del registro, b) el carácter público del registro y, c) los efectos declarativos de la inscripción.

a) El carácter administrativo del registro.

En cuanto al carácter administrativo del registro, es posible afirmar que toda la normatividad española coincide en encomendar a un órgano administrativo en materia de sanidad la adscripción, funcionamiento y organización del registro de voluntades anticipadas.

Tal normatividad es la siguiente: **Real Decreto** 124/2007, artículo 1 (el registro estará adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo a través de la Dirección General de Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección); Decreto 238/2004 de **Andalucía**, artículo 2.1 (el registro estará adscrito a la Viceconsejería de Salud); Decreto 100/2003 de **Aragón**, artículo 7 (el registro depende del Servicio Aragonés de Salud); Decreto 4/2008 de **Asturias**, artículo 3.2 (el registro estará adscrito a la Consejería competente en materia de salud y servicios sanitarios); Decreto 13/2006 de **Canarias**, artículo 9.1 (el registro estará adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad); Decreto 139/2004 de **Cantabria**, artículo 1.1 (el registro estará adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad); Decreto 15/2006 de **Castilla-La Mancha**, artículo 3.1 (el registro se adscribe a la Dirección General competente de materia de información sanitaria); Decreto 30/2007 de **Castilla y León**, artículo 10 (el registro estará adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad a través de la Dirección General de Planificación y Ordenación); Decreto 175/2002 de **Cataluña**, artículo 1 (el registro estará adscrito a la Dirección General de Recursos Sanitarios del Departamento de Sanidad y Seguridad Social); Decreto 311/2007 de **Extremadura**, artículo 4.1 (el registro se adscribe a la Consejería competente en materia de Sanidad de la Junta de Extremadura y depende funcionalmente de la Secretaría General de la misma Consejería); Decreto 259/2007 de **Galicia**, artículo 2.1 (el registro depende orgánica y funcionalmente de la Consejería de Sanidad); Decreto 58/2007 de **Islas Baleares**, artículo 5.1 (el registro es un órgano que se adscribe a la Dirección General de Evaluación y Acreditación de la Consejería de Salud y Consumo); Decreto 101/2006 de **Madrid**, artículo 3 (el registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid queda adscrito a la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid a través de la Dirección General de Atención al Paciente y Relaciones Institucionales); Decreto 80/2005 de **Murcia**, artículo 8.1 (el registro estará adscrito a la Consejería de Sanidad); Decreto Foral 140/2003 de **Navarra**, artículo 1 (el registro estará adscrito a la Dirección General del Departamento de Salud); Decreto 30/2006 de **La Rioja**, artículo 2.3 (el registro se adscribe a la Consejería competente en materia de salud); Decreto 270/2003 del **País Vasco**, artículo 3.1 (el registro depende de la Dirección de Estudios y Desarrollo Sanitario del Departamento de Sanidad); y Decreto 168/2004 de **Valencia**, artículo 6.1 (el registro estará adscrito a la Dirección General con competencias en materia de Calidad y Atención al Paciente).

También en México todos los ordenamientos jurídicos aplicables –a excepción de la LVVAEM que es omisa al respecto– le confieren a un órgano administrativo el registro y conservación de los documentos de voluntades anticipadas.

Artículo 45 LVADF. “La *Coordinación Especializada* es la *unidad administrativa* adscrita a la Secretaría encargada de velar por el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente Ley y en los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada”.

Artículo 46 LVADF. “Son atribuciones de la *Coordinación Especializada*: I. *Recibir, archivar y resguardar los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada*, procedentes de las instituciones públicas y privadas de salud; (...)”.

Artículo 2 RLVADF. “Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: (...) II. *Coordinación Especializada*: Es la *unidad administrativa* adscrita a la Secretaría de Salud en materia de Voluntad Anticipada; (...)”.

Artículo 39 RLVADF. “La *Coordinación Especializada* contará con un titular, presupuesto y las áreas administrativas necesarias para su funcionamiento. *El titular de la Coordinación Especializada será designado por el Secretario de Salud*”.

Artículo 40 RLVADF. “El titular de la Coordinación, tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones: I. *Recibir y resguardar los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada*; II. *Registrar, organizar y mantener actualizada la Base de Datos* de los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada; (...)”.

Artículo 45 LVAEA. “La *Unidad Especializada* de Voluntades Anticipadas, es la *unidad administrativa adscrita* al Instituto encargada de velar por el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente Ley y en los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada”.

Artículo 46 LVAEA. “Son atribuciones de la *Unidad Especializada* de Voluntades Anticipadas: I. *Recibir, archivar y resguardar los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada*, procedentes de las instituciones públicas y privadas de salud; (...)”.

Artículo 2 RLVAEA. “Para los efectos del presente Reglamento se entenderá por: I. *Unidad Especializada*: Es la *unidad administrativa* adscrita al Instituto de Salud del Estado de Aguascalientes en materia de Voluntad Anticipada; (...)”.

Artículo 40 RLVAEA. “La *Unidad Especializada* será la *unidad administrativa* adscrita al Instituto, especializada en Voluntad Anticipada, y contará con un titular, presupuesto y las áreas administrativas necesarias para su funcionamiento. *El titular de la Unidad Especializada será designado por el Director General del Instituto de Salud del Estado de Aguascalientes*”.

Artículo 41 RLVAEA. “El titular de la Unidad Especializada, tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones: I. *Recibir y resguardar los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada*; II. *Registrar, organizar y mantener actualizada la Base de Datos* de los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada; (...)”.

Artículo 27 LEDPFT. “A la *Secretaria de Salud en el Estado* corresponde la *custodia, conservación y accesibilidad* de una de las copias originales del documento de disposiciones premortem, que se otorguen modifiquen o revoquen.

Tercero Transitorio LEDPFT. “En un plazo de ciento ochenta días contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, la Secretaria de Salud deberá expedir el

reglamento relativo al funcionamiento y manejo del registro de las disposiciones premortem”.⁶¹¹

Artículo 16 LPDET. “Del Registro. El Registro de Documentos de Disposiciones Previsoras *estará a cargo de la Secretaría*, la cual tendrá la *custodia, conservación y accesibilidad* de una de las copias originales de las Disposiciones Previsoras que se otorguen, modifiquen o revoquen”.

Artículo 17 LPDET. “Reglamentación. Reglamentariamente se determinará la organización y funcionamiento del Registro...”.⁶¹²

De este modo, es posible concluir que el carácter administrativo del órgano o entidad encargada del registro de las voluntades anticipadas es evidente tanto en España como en México y dada su conveniencia no requiere más comentarios.⁶¹³

b) El carácter público del registro.

En lo que se refiere al carácter público del registro, cabe decir que sólo el Decreto 13/2006 de *Canarias* en su artículo 9.3 le atribuye tal carácter. En México sólo la LPDET declara expresamente que el registro no será público.

El principio registral sin el cual no se concibe un registro público es el de publicidad que consiste en el derecho de toda persona a que se le muestren los asientos del registro y obtener constancias relativas a los mismos.⁶¹⁴ Este principio es característico de los registros en materia inmobiliaria y de comercio.

El principio de publicidad encierra varias ideas: 1) El registro será público sólo si tiene como propósito dar publicidad al acto inscrito o registrado. 2) El principio de publicidad no es exclusivo de los registros en materia inmobiliaria. 3) El carácter público del registro le confiere el derecho a toda persona a tener acceso a los asientos

⁶¹¹ El mencionado reglamento no ha sido publicado en el Periódico Oficial del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí.

⁶¹² El mencionado reglamento no ha sido publicado en el Periódico Oficial del Estado de Coahuila.

⁶¹³ Solamente cabe mencionar que en las entidades federativas en que ya existe regulación aplicable a las voluntades anticipadas falta mucho por hacer principalmente en materia de registro, pues el trabajo legislativo no siempre está acompañado del trabajo administrativo; es decir, ya existen las leyes pero les falta operatividad.

⁶¹⁴ Carral y de Teresa, Luis. Op. Cit. Pág. 246. El principio de publicidad puede examinarse desde dos puntos de vista: el material y el formal. La publicidad material está concebida como los derechos que otorga la inscripción, por ejemplo, la presunción de su existencia o apariencia jurídica, y la oponibilidad frente a otro no inscrito. En cambio, la publicidad formal, consiste en la posibilidad de obtener del registro las constancias y certificaciones de los asientos y anotaciones, así como consultar personalmente los libros y los folios. Véase Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho registral*. 5ª ed. Porrúa. México. 1995. Págs. 73 a 75.

del registro y de obtener constancias relativas a los mismos. 4) La publicidad material se refiere a los derechos que otorga la inscripción; en tanto que la publicidad formal, es la posibilidad de obtener información documental de los asientos registrales. Y 5) La publicidad del acto es fundamental para que surta efectos ante terceros.

Por lo anterior, considero que los registros de voluntades anticipadas en España y en México no son públicos. Las razones son las siguientes:

1. Tal y como se encuentra actualmente la legislación española no toda persona tiene derecho a acceder al registro y consultar los documentos inscritos, es decir, para poder acceder al registro se debe estar legitimado por la ley. En este sentido, la legislación española en su totalidad –incluyendo el Decreto 13/2006 de **Canarias**– establece quiénes son las personas legitimadas para acceder al registro de voluntades anticipadas. Generalmente las personas que puede acceder al registro son: a) El otorgante del documento, b) el representante nombrado en el documento, o bien el representante legal, y c) el médico responsable de la atención médica del paciente cuando este sea incapaz para expresar por sí mismo su voluntad.

Los ordenamientos que así lo establecen son: **Real Decreto** 124/2007, artículo 4 –también incluye a las personas responsables de los registros autonómicos y personas designadas por la autoridad sanitaria de las comunidades autónomas o del Ministerio de Sanidad–; Decreto 238/2004 de **Andalucía**, artículo 8; Decreto 100/2003 de **Aragón**, artículo 12; Decreto 4/2008 de **Asturias**, artículo 15.1; Decreto 13/2006 de **Canarias**, artículo 19; Decreto 139/2004 de **Cantabria**, artículo 4; Decreto 15/2006 de **Castilla-La Mancha**, artículo 7; Decreto 30/2007 de **Castilla y León**, artículo 21; Decreto 175/2002 de **Cataluña**, artículo 6 –no contempla al representante–; Decreto 311/2007 de **Extremadura**, artículo 14; Decreto 259/2007 de **Galicia**, artículo 8; Decreto 58/2007 de **Islas Baleares**, artículo 10; Decreto 101/2006 de **Madrid**, artículo 5 –incluye a los testigos–; Decreto 80/2005 de **Murcia**, artículo 13; Decreto Foral 140/2003 de **Navarra**, artículo 8; Decreto 30/2006 de **La Rioja**, artículo 9; Decreto 270/2003 del **País Vasco**, artículos 12 y 14 –no contemplan al representante–; y Decreto 168/2004 de **Valencia**, artículo 9 –no contempla al representante–. En suma, el registro no es público, pues está restringido su acceso y consulta, especialmente, a los profesionales de la medicina encargados de brindar atención médica al paciente incapaz de manifestar su voluntad en

virtud de que ellos son los principales obligados a respetar la voluntad del paciente; es decir, son los principales destinatarios del documento de voluntades anticipadas.

En México –a excepción de la LPDET– ningún ordenamiento señala si el registro será público o no y; vinculado con lo anterior, –a diferencia de la normativa española– tampoco establecen qué personas están legitimadas para acceder al registro. No obstante, hay que decir que todas leyes –a excepción de la LVVAEM– refieren que la información contenida en el documento estará sujeta a las leyes de transparencia y acceso a la información pública correspondientes.

Así, por ejemplo, el artículo 10 del RLVADF señala que los documentos e información relativos a la voluntad anticipada estarán sujetos a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal.⁶¹⁵ Dicho ordenamiento establece:

Artículo 4 LTAIPDF. “Para los efectos de esta Ley se entiende por: (...) VII. *Información Confidencial*: La que contiene datos personales relativos a las características físicas, morales o emocionales, origen étnico o racial, domicilio, vida familiar, privada, íntima y afectiva, número telefónico privado, correo electrónico, ideología, preferencias sexuales y toda aquella información que se encuentra en posesión de los entes públicos, susceptible de ser tutelada por el derecho fundamental a la privacidad, intimidad, honor y dignidad; (...)”.

Artículo 38 LTAIPDF. “Se considera como información confidencial: I. Los datos personales que requieran del consentimiento de las personas para su difusión, distribución o comercialización y cuya divulgación no esté prevista en una Ley; (...) Esta información mantendrá este carácter de manera indefinida y *sólo podrán tener acceso a ella los titulares de la misma y los servidores públicos que requieran conocerla para el debido ejercicio de sus funciones*”.

A pesar de que las leyes de transparencia y acceso a la información pública estatales consideran que la información contenida en los documentos de voluntades anticipadas no es pública considero conveniente que los reglamentos que regulen el registro señalen expresamente la naturaleza jurídica de la misma.

2. La gran mayoría de la legislación española y de la mexicana establecen ya sea como objetivo o como principio del registro la confidencialidad de los documentos

⁶¹⁵ En el mismo sentido véanse los artículos 10 del RLVAEA y 2 fracción X, 4 y 8 fracción IX de la Ley de Transparencia e Información Pública del Estado de Aguascalientes; 27 de la LEDPFT y 3 fracción XV, 32 y 80 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información pública del Estado de San Luis Potosí; 17 de la LPDET y 5 fracción VI, 32, 56 y 68 de la Ley de Acceso a la información Pública del Estado de Coahuila de Zaragoza. La LVVAEM, por su parte, es omisa al respecto.

inscritos y, además, el deber de guardar secreto sobre su contenido una vez consultados. La confidencialidad y el secreto profesional rompen con el principio de publicidad propio de un registro público.

La normatividad española que establece la confidencialidad y el deber de guardar el secreto profesional es: **Real Decreto** 124/2007, artículos 4.3, 4.5 y 5.2; Decreto 238/2004 de **Andalucía**, artículo 9.2 –no contempla el secreto profesional–; Decreto 100/2003 de **Aragón**, artículos 11, 12.2 y 12.3; Decreto 4/2008 de **Asturias**, artículos 7.4, 15.4, 16 y 17.2; Decreto 13/2006 de **Canarias**, artículos 10, 19.4 y 24; Decreto 139/2004 de **Cantabria**, artículo 4; Decreto 15/2006 de **Castilla-La Mancha**, artículos 2.3 y 7.5; Decreto 30/2007 de **Castilla y León**, artículos 15.1, 21.3, 22 y 23; Decreto 175/2002 de **Cataluña**, artículos 5.3, 6.2 y 6.3; Decreto 311/2007 de **Extremadura**, artículos 14.3, 14.4, 14.5, 17.2 ; Decreto 259/2007 de **Galicia**, artículos 8.2 y 8.4; Decreto 58/2007 de **Islas Baleares**, artículos 5.3, 10.3 –no contempla el secreto profesional–; Decreto 101/2006 de **Madrid**, en el preámbulo –no contempla el secreto profesional–; Decreto 80/2005 de **Murcia**, artículos 8.2, 13.3 y 13.4; Decreto Foral 140/2003 de **Navarra**; preámbulo, disposición adicional primera y artículo 6.2; Decreto 30/2006 de **La Rioja**, artículos 2.2 y 9.4; Decreto 270/2003 del **País Vasco**, preámbulo y artículos 3.3 y 15; y Decreto 168/2004 de **Valencia**, artículos 6.3 y 9.3.

La normatividad mexicana que establece la confidencialidad y el deber de guardar el secreto profesional es la siguiente:

Artículo 11 RLVADF. “El personal de salud y el personal administrativo... *deberán guardar confidencialidad y reserva* respecto a las disposiciones de la Voluntad Anticipada, así como de la información que obtengan por motivo de su cumplimiento”.

Artículo 11 RLVAEA. “El personal de salud y el personal administrativo... *deberán guardar confidencialidad y reserva* respecto a las disposiciones de la Voluntad Anticipada, así como de la información que obtengan por motivo de su cumplimiento”.

Artículo 27 LEDPFT. “(...) La Secretaría de Salud, a través del reglamento correspondiente, determinará la organización y funcionamiento del registro de los documentos premortem, *asegurando en todo caso la confidencialidad y el respeto de los datos personales...*”.

Artículo 17 LPDET. “Reglamentación. Reglamentariamente se determinará la organización y funcionamiento del Registro, *asegurando en todo caso la confidencialidad y el respeto de los datos personales...*”.

En consecuencia, el registro de voluntades anticipadas no puede ser público precisamente por el tipo de información que se contiene en el documento; por tanto, no podrá tener acceso, por ejemplo, la compañía de seguros que haya celebrado un contrato de seguro de vida con el otorgante de las voluntades anticipadas.

c) Los efectos declarativos de la inscripción.

En lo concerniente a los efectos declarativos de la inscripción conviene hacer algunas consideraciones. El notario mexicano Luis Carral y de Teresa⁶¹⁶ hace un interesante estudio de los sistemas de registro inmobiliario que tomaré como base para el presente estudio.

El autor refiere que según la forma en que el registro se hace es posible establecer tres sistemas registrales: 1) El sistema de transcripción, por el cual el documento se archiva o se copia íntegramente en los libros del registro. 2) El sistema de folio personal, en el cual los libros se llevan por índices de personas, es decir, de quien sea propietario o titular de derechos reales. Y 3) El sistema de folio real, en el que los libros se llevan por fincas, es decir, a cada una se le abre un folio en el que se inscriben todos los cambios, gravámenes, transmisiones, etc. relacionados con ella. En este sentido, –con la advertencia hecha de que son sistemas registrales esencialmente en materia inmobiliaria– los registros de las voluntades anticipadas en España y México se encuadran en el primer sistema pues en ellos se conserva el documento.

Por los efectos de la inscripción, Carral y de Teresa señala que se pueden considerar varios, entre ellos, el presupuesto de eficacia que supone el registro que exige el asiento de las declaraciones de voluntad para producir la eficacia contra terceros (sistema declarativo) o la eficacia o validez misma del acto (sistema constitutivo). La inscripción declarativa es aquella cuya eficacia estriba únicamente en declarar la existencia, la transmisión, la modificación o la extinción de un derecho; ya operaba fuera del registro por un negocio jurídico que se contiene en el título que se presenta al registro. El derecho nace extraregistralmente. La inscripción constitutiva, por su parte, no hace caso omiso al acuerdo de creación o extinción del derecho, sino

⁶¹⁶ Carral y de Teresa, Luis. Op. Cit. Págs. 229 y ss. Véase también Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho registral*. Op. Cit. Págs. 68 a 70 y 95 a 98.

que exige, además, la inscripción como requisito inexcusable para que el derecho quede constituido, transferido, extinguido, etc.

De este modo, los ordenamientos españoles que condicionan la eficacia de las voluntades anticipadas a su inscripción en el registro correspondiente (inscripción constitutiva) son: El Decreto 4/2008 de *Asturias*, artículo 13; la Ley 5/2003 de *Andalucía*, artículo 7; Decreto 13/2006 de *Canarias*, artículo 12.3 –solamente en el caso de haberse otorgado ante el funcionario encargado del Registro o ante testigos, no así ante notario–; Ley 7/2002 de *Cantabria*, artículo 34.5; Ley 3/2005 de *Extremadura*, artículo 18.2.

En México ningún ordenamiento jurídico condiciona la eficacia del documento a su inscripción en el registro correspondiente, esta en todo caso tiene efectos declarativos.

En España no existe uniformidad en cuanto a los efectos que produce el registro de las voluntades anticipadas lo cual obliga a sostener que los efectos del registro debieran de ser, como en el caso de México, siempre declarativos y no constitutivos. Las razones básicamente son tres:

1. Como se ha insistido a lo largo de este capítulo, las voluntades anticipadas y el testamento son dos actos distintos; sin embargo, tienen algunas semejanzas. Una similitud consiste en que ambos constituyen un mero proyecto, una expectativa que carece de obligatoriedad jurídica hasta que se cumplan las condiciones a las que están sujetos y, además, son esencialmente revocables. El testamento dada su importancia y la imposibilidad de convalidación es considerado como un acto solemne cuya eficacia no está condicionada a inscripción alguna, basta que se cumplan con las formalidades establecidas en la ley para su plena eficacia jurídica. *Mutatis mutandis* esa misma lógica debiera de prevalecer para las voluntades anticipadas, es decir, que su eficacia dependa de cumplir con las formalidades legales y no de cuestiones registrales.

2. La atención médica que recibe una persona incapacitada para expresar su voluntad generalmente se da en un contexto de urgencia e incertidumbre clínica, en esa situación la relevancia de las voluntades anticipadas es notoria pues se convierten en la

herramienta central para respetar su dignidad y los principios de autonomía y beneficencia. Su función práctica no puede quedar condicionada a un trámite administrativo como lo es el registro.

3. Los juristas abocados al estudio de los diversos sistemas registrales coinciden en que los efectos declarativos constituyen el prototipo moderno de dichos sistemas. Los efectos declarativos del registro son la regla general; en tanto que los efectos constitutivos, la excepción.

Finalmente, Carral y de Teresa⁶¹⁷ sostiene que conforme al principio registral de inscripción los derechos nacidos extraregistrarmente, al inscribirse, adquieren mayor firmeza y protección y; en cuanto a la necesidad de inscripción, caben dos situaciones: La inscripción forzosa y la inscripción voluntaria o facultativa. En la primera, la inscripción se exige coercitivamente, está sujeta a plazos y sanciones y, en caso de no efectuarse por rebeldía de la parte interesada, se lleva a cabo de oficio. En la segunda, en cambio, el derecho queda más o menos igual con o sin registro. Existe, además, un punto intermedio en el que la inscripción es voluntaria pero necesaria o indispensable para que el acto surta efectos contra terceros. Considerando estas explicaciones y las razones antes expuestas es posible sostener que la inscripción del documento de voluntades anticipadas debe ser voluntaria pues de la inscripción no depende su validez y eficacia, pero necesaria para dar a conocer su existencia y contenido al equipo médico que atiende al paciente incapaz.

4.7 Conflictos jurídicos a partir del proceso legislativo en México.

Como ya se ha dicho antes, en México no existe una legislación a nivel federal que regule las voluntades anticipadas, y a nivel local sólo son cinco los Estados que las regulan. Lo anterior provoca un vacío legal importante que se puede manifestar en el siguiente cuestionamiento: ¿El documento de voluntad anticipada otorgado en el Distrito Federal (o en cualquiera otra entidad que lo regule) es válido y, por tanto, aplicable en otra Entidad Federativa que no lo prevea en su legislación? Esa es una

⁶¹⁷ Carral y de Teresa, Luis. Op. Cit. Págs. 247 y 248.

pregunta frecuente en la *praxis* de las voluntades anticipadas a la cual se tiene que dar una solución.

La validez puede ser concebida además de como reglas sobre la normatividad de los enunciados creados con relación al sistema jurídico, como fuente de legitimación que implica su obligatoriedad y existencia. De este modo, todo ordenamiento jurídico tiene un ámbito espacial de validez, es decir, sólo obliga en determinada porción de territorio; en este sentido, el legislador tiene como principal objetivo regular actos jurídicos que se celebren dentro de un espacio geográfico determinado.

Es así que la fracción I del artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala:

Artículo 121. “(...) I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio, y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él. (...)”.

Los conflictos de las leyes en el espacio son frecuentes y se ven reflejados también en el ámbito personal ya que por el inevitable tráfico cotidiano tanto de personas como de cosas se involucran espacios distintos que en la teoría y en la práctica no comparten los mismos lineamientos a pesar de que formen parte de un mismo sistema.

Al respecto se han dado diversas soluciones. Así, el legislador ha procurado la creación de normas de conflicto en su sistema, o bien otro tipo de normas que permitan ese enlace con los otros sistemas jurídicos alterando la vocación territorial original de su sistema otorgándole un ámbito espacial más amplio en la medida que otros legisladores nacionales o locales hacen lo mismo, con la finalidad de conseguir un reconocimiento sobre un lineamiento práctico de acuerdo a las necesidades de su propia localidad.

Por ejemplo, la fracción I del artículo 13 del Código Civil Federal establece:

Artículo 13. “La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas: I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas; (...)”.

García Máynez establece tres soluciones al problema:

1. La territorialidad absoluta. El territorialismo aparece como un fenómeno cultural implícito que poco a poco se manifiesta exteriormente hasta alcanzar gran precisión en el ámbito jurídico. Se trata de una evolución social y política de antiguas sociedades que más tarde tuvo su reflejo en el derecho y que se fue desarrollado por la dogmática y el formalismo jurídicos hasta alcanzar el nivel de conceptualización que actualmente tiene. En este sentido, las leyes de cada Estado se aplican exclusivamente dentro del territorio del mismo y a todas las personas que en él se encuentren, sean nacionales o extranjeros. Esta forma de solución en teoría parece lo ideal mientras que en la práctica su aplicación es imposible, ya que se lo que acarrea es la supresión del problema en virtud de que el conflicto de leyes no llegaría nunca a suscitarse. La aplicación tan rigurosa de esta teoría implica la total incertidumbre acerca de la existencia y perduración de los derechos.

2. El de la extraterritorialidad absoluta. En cada norma jurídica esta implícito su ámbito espacial de validez. El legislador nacional o local tiene siempre en mente elaborar normas jurídicas que sirvan con eficacia para regular la convivencia en la comunidad o sociedad de la cual él es representante. Esta teoría elabora una bifurcación de circunstancias en las que aparecen estatutos personales y reales. Los estatutos personales siempre acompañan al sujeto, por tanto, dependiendo de la localidad donde se encuentran han de sujetarse a las reglas, siendo de competencia extraterritorial; en cambio, los estatutos reales únicamente alcanzan su vigencia dentro del territorio de cada Estado, por ende, su validez es territorial. En este contexto, la teoría acepta que las personas deben sujetarse a los lineamientos que en lo personal marca el ámbito extraterritorial, mientras que las cosas que le son propias se sujetan exclusivamente al ámbito territorial.

La crítica a esta teoría deriva en que los jueces de una determinada localidad no tienen obligación alguna de observar las leyes extranjeras, pues es contrario a la independencia de los Estados; no obstante, lo más apropiado es observar ciertas reglas con respecto al extranjero por razones de reciprocidad internacional.

3. El de la territorialidad y extraterritorialidad combinadas. Esta teoría, lejos de encontrar su sustento en el respeto a la soberanía, encuentra su justificación en normas jurídicas obligatorias para todas las localidades según los criterios de permanencia y generalidad de la ley. En la realidad, la ley posee dos características que aparentemente para la extraterritorialidad son contrarias, la generalidad y la permanencia. Es permanente cuando se aplica a las personas de una manera constante, sin interrupción alguna y; general, bajo el entendido que se aplica a todos los sujetos y a todas las relaciones jurídicas dentro de su ámbito territorial. Si bien es cierto estas dos características representarían un problema a nivel del derecho internacional privado – debido a la interrupción forzada de alguna de las dos–; para el caso de las Entidades Federativas no es así, ya que son parte de un elemento mucho más grande, la Federación, por lo que rara toda la población las leyes se aplican por igual manteniendo esa generalidad y su permanencia.

4.8 Recomendaciones bioéticas para la elaboración y aplicación de los ordenamientos jurídicos que regulan las voluntades anticipadas.

1. *Respeto a la dignidad y a la naturaleza humana.* La legislación en materia de voluntades anticipadas debe tener presente en todo momento que la dignidad humana se fundamenta en el *ser*, particularmente en el ser persona y que; por tanto, debe respetarla. Si la persona es vulnerada en su dignidad también es vulnerada en su naturaleza, es decir, en el acto más primigenio y más íntimo en el que reposa su perfección ontológica.

2. *Protección de la dignidad del enfermo incapaz.* No existe ningún motivo para no considerar como personas y tratarlas como tales a aquellas que poseen la misma naturaleza, aunque por motivos de enfermedad incapacitante no estén en condiciones de expresar sus valores, deseos, intereses, etc. La dignidad humana es independiente de toda “función” ya que se fundamenta en el carácter personal del hombre; en consecuencia, ningún ordenamiento jurídico debe juzgar si un hombre posee o no los rasgos fundamentales de su personalidad, es decir, de su dignidad.

3. *El prius filosófico de la dignidad humana.* El pensamiento filosófico es a menudo el único ámbito de entendimiento y de diálogo con quienes no comparten los mismos criterios morales, por ello la bioética y el derecho han de acudir a la reflexión

filosófica para sentar las bases epistemológicas de toda construcción normativa en torno a la dignidad humana.

4. *Argumentación.* El derecho, en general, y las normas aplicables a las voluntades anticipadas, en lo particular, deben apoyarse en la bioética y en la filosofía para lograr una argumentación sólida que permita mostrar racionalmente la bondad, la conveniencia o corrección de ciertos principios o reglas. El ejercicio racional de buscar respuestas cada vez más refinadas, certeras y correctas no tiene final, es una tarea constante e ineludible. En este sentido, la reflexión bioética y filosófica contribuyen a dotar de racionalidad y corrección a las premisas normativas formuladas por el derecho porque cualquier disciplina normativa sin una base filosófica se convierte en mero instrumento el cual puede ser utilizado para manipular la conciencia humana.

5. *Mínimos morales.* Los problemas relativos al final de la vida humana y a las voluntades anticipadas deben ser discutidos por la sociedad en su conjunto antes de que sean adoptadas soluciones jurídicas. En lo que no haya consenso no puede ser materia del derecho. El consenso, por su parte, no debe confundirse con votación o con el principio de mayoría propio de la política. Las normas jurídicas en materia de voluntades anticipadas, como mínimos morales, no se votan sino se fundamentan; y esa fundamentación sólo se logra gracias a la explicación de las cosas por sus últimas causas.

6. *Decisiones vitales finales y derechos humanos.* Los derechos humanos, como valores positivizados, gravitan en torno a la idea central de dignidad humana. Esta es un supuesto pre-jurídico y pre-político necesario para formular las normas jurídicas aplicables a las voluntades anticipadas cuya legitimación y corrección dentro de la *praxis* jurídica sólo es posible cuando los derechos humanos constituyen las bases del sistema jurídico y el mínimo ético irreductible sobre los que se asientan las sociedades democráticas y libres.

7. *Ausencia de coerción.* Ni el médico, ni el legislador, ni la sociedad pueden obligar a una persona a realizar o no sus voluntades anticipadas porque eso sería lo mejor para él, o porque le haría más feliz, o porque en opinión de los demás hacerlo sería lo más acertado o justo; estas son solamente buenas razones para discutir, razonar

y persuadir, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de diferente manera.

8. *Prohibición de daño.* La persona en el ejercicio de su libertad y autodeterminación tiene la capacidad de decidir libre y responsablemente lo concerniente a sus voluntades anticipadas siempre que no se perjudique o se cause daño a otra. Los principios jurídicos y éticos que prohíben que se cause daño a otros (no maleficencia) son más vinculantes que aquellos que protegen y garantizar la libertad individual (autonomía).

9. *Educación moral.* El castigo no es el único medio que tiene la sociedad para encaminar a sus miembros a la toma de decisiones ponderadas, racionales y responsables; no existe razón para esperar una conducta ilícita o reprochable para reaccionar ante la realidad problemática de las decisiones vitales finales. Hay que echar mano de la educación moral para que cada persona cuestione, delibere y reflexione acerca de la trascendencia de esas decisiones. Esto nada más, pero también nada menos es tarea pendiente de la bioética contemporánea.

10. *Libertad y responsabilidad.* La libertad en las voluntades anticipadas no sólo significa que el individuo tiene la oportunidad y la posibilidad de decisión, sino también que debe soportar las consecuencias de sus acciones y recibir alabanzas o censuras por ellas. La libertad y la responsabilidad son inseparables. La principal función de la creencia en la responsabilidad individual es hacer que cada uno utilice su conocimiento y capacidad hasta el máximo en la consecución de sus fines. Una sociedad libre exige, más que ninguna otra, que los hombres guíen sus acciones por un sentido de responsabilidad más allá de los deberes marcados por la ley.

11. *Legislar a partir de principios generales.* El liberalismo considera conveniente que sólo sea ley aquello que acepta la mayoría, pero no cree en la necesaria bondad de todo lo por ella sancionado. La votación mayoritaria propia de la democracia es un método, como forma de gobierno, al servicio de la libertad. Pero mientras los demócratas dogmáticos consideran conveniente que, tantas veces como sea posible, la decisión se ajuste al voto de la mayoría; los liberales creen que existen límites definidos en cuanto a la categoría de las acciones, éstos consideran muy importante que los

poderes de cualquier mayoría temporal se hallen limitados por principios. La libertad tiene pocas posibilidades de sobrevivir si su mantenimiento descansa en la mera existencia de la democracia. De la misma forma que al decidir casos concretos los jueces se hallan sujetos a normas, así el legislador al hacer leyes particulares está ligado por principios generales. Tanto en la conducta social como en la individual, tan sólo podemos acercarnos a una medida de racionalidad o consistencia al tomar decisiones particulares sometiéndolas a principios generales independientes de las necesidades momentáneas. Normalmente un grupo de hombres no se convierte en sociedad porque se dé leyes a sí mismo, sino por obedecer idénticas normas de conducta. Esto último significa que el poder de la mayoría viene limitado por esos principios comúnmente mantenidos y que no existe poder legítimo fuera de los mismos. Las decisiones mayoritarias cuando no responden a normas comúnmente aceptadas, se hallan singularmente predestinadas a provocar consecuencias que nadie desea. La creencia de que la acción colectiva puede hacer caso omiso a los principios es una gran ilusión.

12. *Amenaza jurídica contra la libertad.* La libertad en el campo de las voluntades anticipadas se halla amenazada debido a la excesiva tendencia a abandonar las decisiones personales en manos de otros o a aceptar sin demasiada crítica las normas emitidas al respecto. El derecho no puede sustraer a la persona del territorio de la moralidad, es decir, cada persona debe decidir en conciencia, de modo libre y responsable –dentro de los principios ético-jurídicos aceptados y reconocidos por todos– la manera de afrontar o vivir su vida, además de la forma de afrontar o vivir su muerte.

13. *Permisión.* Todo aquello que permite hacer cosas específicas no es libertad, a pesar de que sea designado como tal. Se carece de ella si uno necesita permiso para llevar a cabo la mayor parte de cuanto uno puede hacer. Por ende, la elaboración y aplicación de las voluntades anticipadas no deben estar sujetas a un acto de permisón concreto –por ejemplo, padecer una enfermedad terminal–, por el contrario, la legislación –en el marco de unos mínimos morales– debe posibilitar que toda persona capaz de reflexionar sobre la trascendencia del acto y de responder de las consecuencias pueda otorgarlas.

14. *Igualdad ante la ley.* La igualdad que requiere la libertad es la igualdad ante la ley, pues es imposible olvidar la desigualdad de los individuos en otros ámbitos. La igualdad de los preceptos legales generales y de las normas de conducta social es la única clase de igualdad que conduce a la libertad y que cabe implantar sin destruir la propia libertad. En lo relativo a las voluntades anticipadas el Estado ha de tratar a todos igualmente, no debe emplearse la coacción con vistas a igualar más la condición de los gobernados.

15. *Reglas generales vs. mandatos específicos.* Las leyes de voluntades anticipadas sirven o deberían servir para ayudar a los individuos a formar planes de acción cuya ejecución tenga posibilidades de éxito. Una sociedad libre debe dirigir las acciones de los individuos mediante reglas generales (mínimos morales) en lugar de mandatos específicos, pues permiten involucrarlos y comprometerlos con sus decisiones. La finalidad del derecho no es ser medio para todo fin, sino sólo una condición para que la mayor parte de los fines individuales puedan ser perseguidos con eficacia. La tarea del legislador, por tanto, no consiste en establecer un orden particular, sino sólo en crear las condiciones en virtud de las cuales puede establecerse un orden e incluso renovarse a sí mismo. Una verdadera ley de voluntades anticipadas sí debe nombrar alguna particularidad –por ejemplo, la incapacidad como condición para ejecutar las disposiciones–, pero no debe destacar especialmente a ninguna persona determinada o grupo de personas –por ejemplo, personas con enfermedad terminal–.

16. *El consentimiento como criterio de moralidad.* Según la postura libertaria del “Estado mínimo”, el Estado no necesita ser tan egocéntrico como para pretender el derecho único de decidir cuestiones morales: La permisibilidad moral no es cuestión estatal. Por ende, cada persona goza de plena libertad para decidir hacerse o permitir hacer sobre sí salvo que haya adquirido una obligación con un tercero de tipo contractual de no hacerlo o no permitirlo. Sin embargo, esa postura no cumple con los requerimientos bioético-jurídicos para resolver satisfactoriamente los problemas que entrañan las voluntades anticipadas, pues la línea que circunscribe el área de espacio moral de un individuo –cuya protección le corresponde al Estado– denota las acciones que se pueden o no realizar; es decir, hay acciones que otros no pueden hacerle a una persona aun con su consentimiento, aquellas que la persona no puede hacerse a sí

misma, por tanto, el consentimiento no debe ser criterio de moralidad de ese tipo de actos.

17. *Compensación moral.* Para la teoría libertaria del “Estado mínimo” pagar una indemnización económica permite el traspaso de los límites que circunscriben el área de espacio moral de un individuo y, además, es *prima facie* más apropiado que prohibir, pues en este caso la persona a quien se le prohíbe o se le restringe la acción debe recibir una compensación. El que prohíbe tiene que proporcionar lo suficiente en dinero o en especie para superar completamente las desventajas. El recurso de la compensación, bajo ciertos matices, puede tener vigencia en las voluntades anticipadas. Una adecuada regulación de las voluntades anticipadas debiera comprender, por un lado, la prohibición de algunas acciones como pueden ser la eutanasia, el suicidio médicamente asistido, la aplicación o mantenimiento de medidas terapéuticas no indicadas, etc. y; por otro, la compensación –no económica, sino moral– en razón de aquellas. Dicho en otros términos, tanto bioética como jurídicamente se puede justificar la existencia de prohibiciones en la práctica de las voluntades anticipadas, pero quizá haya que hacer algo más que dar razones para prohibir, y ese algo es precisamente compensar moralmente. Tal compensación sería siempre social e implicaría, por ejemplo, elevar la calidad y accesibilidad de los servicios de cuidados paliativos, ofrecer otro tipo de atención a los pacientes más allá de los cuidados médicos, involucrar a la sociedad en el cuidado de los enfermos en etapa terminal, la educación para la salud, etc.

18. *Racionalidad prudencial.* La racionalidad propia de la moral no es matemática ni analítica, sino deliberativa y prudencial. Por tanto, los límites que el derecho establece no provienen de un razonamiento apodíctico, sino prudencial; es decir, las normas jurídicas son producto de un proceso reflexivo social. El derecho sólo es expresión del nivel y profundidad con el que se discute la moralidad de ciertos actos, si se quieren tener mejores normas jurídicas se tiene que mejorar la deliberación moral de la sociedad en base a la prudencia en sentido aristotélico.

19. *Ética y derecho.* En lo relativo a las voluntades anticipadas no todo es moral ni todo es jurídico. El derecho necesita de la ética y ésta, a su vez, al derecho. Las mejores decisiones, las más prudentes y las más acertadas son las que se hacen en el

seno de una ética que reclama un riguroso ejercicio de fundamentación al amparo del derecho que exige y garantiza un mínimo de respeto.

20. *Derecho a la muerte.* No existe un derecho legal a la muerte ya que tanto la vida como la muerte se gestionan, en principio, de modo privado; es decir, existen deberes morales para consigo mismo de acuerdo con el propio y personal sistema de valores los cuales no pueden elevarse a la categoría de derechos ni, en consecuencia, exigirse coactivamente. Por tanto, un documento de voluntades anticipadas no puede disponer o solicitar que se cause directamente la muerte en una determinada situación porque no habría persona alguna obligada jurídica ni éticamente a realizar el acto.

21. *Asistencia de expertos.* El aspecto formal de las voluntades anticipadas lo constituyen los valores morales y; el aspecto material, se compone por los hechos biológicos o clínicos. Uno y otro tienen como soporte al paciente, es decir, tanto los valores como los hechos son dados por el paciente; sin embargo, dada la trascendencia del acto, necesita la asistencia de expertos en esos aspectos. Por tanto, es imperioso que toda ley que regule las voluntades anticipadas prevea la asistencia y asesoramiento, no sólo para el otorgamiento sino también para la ejecución del acto, de dos personas expertas con el fin de aumentar la certidumbre y corrección moral de las decisiones: El bioeticista y el médico.

22. *Límites al derecho de autodeterminación.* Para que exista el derecho de autodeterminación y, por tanto, se pueda exigir coactivamente su respeto es indispensable la concurrencia de dos elementos: a) La competencia del paciente, y b) la información completa, veraz y oportuna. En tales condiciones se tienen que conjugar ética, médica y jurídicamente dos aspectos: a) La voluntad del paciente a modo de aceptación, solicitud o rechazo de tratamientos, y b) los tipos de tratamiento en función a la valoración médica del paciente, es decir, tratamientos indicados, tratamientos no indicados y tratamientos contraindicados. Lo anterior significa que el ejercicio del derecho de autodeterminación tiene límites muy precisos que lejos de ser convencionales o jurídicos, son éticos y médicos.

23. *Eutanasia y suicidio médicamente asistido.* Moralmente no es posible discutir el tema de la eutanasia ni el del suicidio médicamente asistido si previamente la

sociedad no ha cumplido con sus obligaciones de justicia y no maleficencia con los enfermos, especialmente aquellos que se encuentran en fase terminal con terrible sufrimiento. Una sociedad y un sistema sanitario justos no pueden relegar la importancia de los cuidados paliativos; o dejar de garantizar un mínimo decente en la atención médica, social, económica, familiar, espiritual, etc.; u olvidarse de acompañar al paciente y a la familia que sufren para en su lugar atender solícitamente las peticiones de muerte. Antes de plantearse la despenalización de la eutanasia y del suicidio médicamente asistido hay que plantearse la obligatoriedad y calidad de los cuidados paliativos como aliados del bienestar y libertad de la persona que está viviendo el final de su vida.

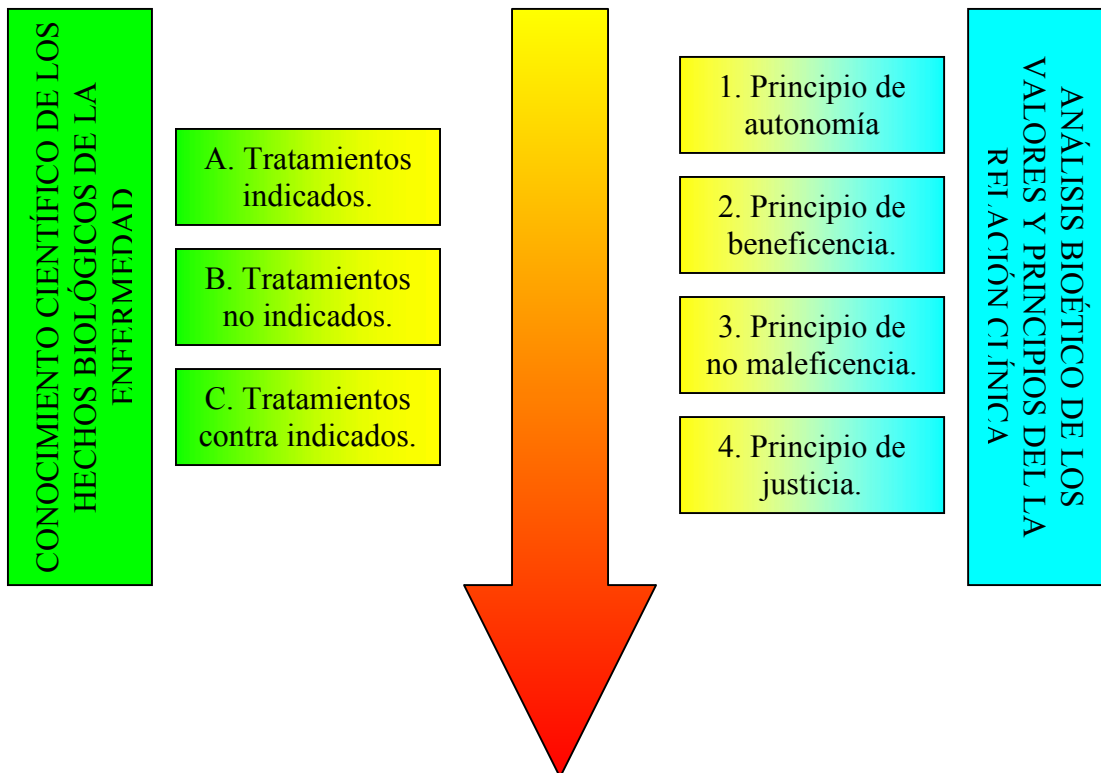
24. *Las voluntades anticipadas como documento.* El derecho no puede enfocarse solamente al aspecto documental de las voluntades anticipadas, pues ello sería empobrecer enormemente la vocación planificadora y la función comunicativa del acto. No pueden ser vistas como un mero instrumento jurídico. Es *moralmente* reprochable hablar de voluntades anticipadas refiriéndose a ellas meramente por su aspecto jurídico y; de igual forma, es *socialmente* cuestionable hablar de ellas prescindiendo de ese aspecto.

25. *Bioética y derecho.* Las voluntades anticipadas como herramienta en la planificación de la asistencia médica no deben permanecer aisladas en el mundo legal, pero tampoco deben abandonarse a la buena práctica médica; toda vez que por su contenido, fundamentación y practicidad se encuentran inmersas en dos mundos que, lejos de ser iguales o contrarios, son complementarios: El de la ética y la medicina (bioético) y el jurídico.

26. *La función de la bioética.* La bioética tiene como función *promover* que las voluntades anticipadas verdaderamente sean producto de un proceso de comunicación y deliberación entre el médico (incluyendo a todo el equipo sanitario), el paciente y su familia que permitan la planificación anticipada y estratégica de los tratamientos y cuidados –principalmente pero no exclusivamente médicos– a partir de un diagnóstico concreto y de un pronóstico conocido, y que no se reduzcan a la mera firma de un documento con consecuencias jurídicas como ha ocurrido ya con suficiente evidencia con el consentimiento informado.

27. *La función del derecho.* El derecho, por su parte, debe *proteger, garantizar y regular* la dignidad y el derecho de autodeterminación que tiene toda persona para decidir en lo relativo a su vida, salud y muerte y; además, que el acto de disposición que implican las voluntades anticipadas cumpla al menos con un mínimo técnico-científico (médico) y humano (ético), es decir, asegurándose que tanto en el proceso de legislación como en el de aplicación de las leyes de voluntades anticipadas se consideren, en un mínimo decente, los aspectos formales (dignidad humana y autonomía) y los aspectos materiales (hechos clínico-biológicos).

Cuadro número 1



El PACIENTE conforme a "1" puede elegir "A", "B" y/o "C".

Derecho subjetivo

El MEDICO conforme a "2" solo debe aplicar "A" y, en ocasiones, "B".

Deber moral

El MEDICO conforme a "3" y "4", le está prohibido aplicar "C" y, en ocasiones también "B".

Obligación jurídica

POR TANTO: Las voluntades anticipadas no sólo dependen de "1", sino también de "2", "3" y "4"; es decir, de la reflexión bioética en relación a los hechos biológicos propios de la enfermedad.

EN CONSECUENCIA:

- Si el paciente no ejerció su derecho a la autodeterminación por medio del documento de voluntades anticipadas el médico, la familia y la sociedad deberán actuar conforme a "2"; por tanto, no puede aplicar "B" ni "C".
- Si el paciente si ejerció su derecho a la autodeterminación por medio del documento de voluntades anticipadas el médico, la familia y la sociedad deberán actuar conforme a "3" y "4"; por tanto, no pueden aplicar "B" y "C".
- Los valores y los principios de la bioética aplicados a las voluntades anticipadas no pueden estar separados de los hechos biológicos de la enfermedad o patología concreta.

CONCLUSIONES

Primera.- La reflexión filosófica tiene un componente de pluralidad que ofrece una oportunidad de diálogo y entendimiento con quienes no comparten los mismos criterios morales; ello exige una argumentación racional a modo de fundamento como ejercicio inagotable de conocimiento, también exige una postura interrogativa y crítica, y de una verdadera fidelidad a la tarea de encontrar soluciones ante la realidad problemática que se nos presenta lejos de fanatismos, imposición o censura.

Segunda.- El concepto de dignidad humana nace y se desarrolla primordialmente en la filosofía, que junto con la metafísica y la ética, no sólo le dan su fundamento racional, sino la extrapolan a otros ámbitos de aplicación, tales como el derecho. Si no contase con un fundamento filosófico la dignidad humana se convertiría en un mero instrumento de manipulación humana.

Tercera.- La dignidad humana ocupa un espacio intermedio entre el *don* y el *mérito*. Si la dignidad sólo fuera producto del *don*, no haría espacio para el mérito; y si sólo proviniese del *mérito*, no habría espacio para el don. La dignidad del ser humano es una realidad que se impone a partir de su *ser*, es una nota constitutiva de su esencia como persona más allá de su mera existencia. Precisamente por su fuerza de imposición en el campo de lo real es que se reconoce la dignidad como un don, es decir, como algo inherente al ser, de ahí que el ser humano *es* digno en tanto que es persona. Pero, además, la dignidad humana tiene un lado activo, un irreductible componente de libertad, por tanto, hablar de dignidad es hablar de libertad y, más específicamente, libertad de *hacerse* a sí mismo digno mediante el obrar.

Cuarta.- Toda persona por el hecho de serlo está dotada de una dignidad ontológica o constitutiva de su ser la cual es irrenunciable y se halla indisolublemente unida a su naturaleza humana propiamente racional y libre, y que atiende no sólo a su sentido eminentemente material sino, además al espiritual. Esto deriva en dos obligaciones muy

concretas que de una forma u otra deben ser adoptadas por el derecho y, particularmente, por la legislación en materia de voluntades anticipadas: a) El *ser* de la persona exige respeto, consideración y protección en dos sentidos: De la persona para consigo misma, y de ella para con los demás; en suma, la persona –sea médico o paciente– no debe ser utilizada como instrumento ni como medio de servicio, ya sea individual o social; y b) tal respeto, consideración y protección del *ser* constitutivo de la personalidad ontológica del individuo y, por tanto, de su dignidad, no deberán condicionarse al desarrollo de sus facultades racionales o volitivas propias de su naturaleza pues estas sólo ayudan, mediante el actuar, a lograr una perfección superior; es decir, que no se desarrollen (enfermos incapacitados, por ejemplo) o no lo hagan conforme lo que se considera bueno o lícito no justifica la vulneración, por mínima que sea, al ámbito más íntimo y sagrado de la persona, su *ser*, su dignidad.

Quinta.- La forma más directa y radical de atentar contra la dignidad del ser humano en lo relativo a las decisiones propias en los confines de la vida se presenta de dos maneras: a) En contra de la vida biológica del individuo en función de un racionalismo y utilitarismo exacerbado que promueve la idea de persona a partir de una descripción material totalmente cuantificable, es decir, la persona que tiene dignidad y, por ende, merece respeto, es aquella que se encuentra dentro ciertos estándares intelectuales (racionales) socialmente construidos y aceptados y que, además, le permiten desarrollar un rol altamente productivo; y b) en contra de la dimensión espiritual de la persona mediante la imposición subliminal de comportamientos y necesidades que circunscriben al ser humano como un “algo” en el mundo, como un animal en su entorno natural, menguando la posibilidad de conocer y reflexionar en cuanto a su *ser* y existencia, así como de su capacidad de autodominio.

Sexta.- La libertad de la persona de *hacerse* (más allá del sólo hacer) que le viene dada por su dignidad le impone la obligación ineludible de tender a la excelencia y a la perfección. El ser humano no sólo es digno en tanto que *es* persona, sino también lo es en tanto que puede *hacerse* a sí mismo. La dignidad no es sólo una nota constitutiva, sino es toda una posibilidad; no sólo es realidad (ontológica), sino posibilidad (ética). La superioridad racional y volitiva de la persona le permite librarse de itinerarios prescritos o de determinismos naturalistas, pero no sólo la inteligencia y la voluntad diferencia al hombre de los animales, sino también su autoconciencia y la posibilidad de

realizar acciones que resalten o rebajen su propia condición de persona. Lo humano del hombre es la libertad de *ser*, sobre la base de que no puede *no ser*. En suma, de la dignidad inherente al *ser* deviene la libertad de *hacerse*, y ello exige un sistema de valores y de normas tanto éticas como jurídicas ampliamente consensuadas, es decir, tal libertad ha de tener en todo momento un fundamento racional que la justifique.

Séptima.- La dignidad humana tiene la función de vincular a la ética y al derecho. La reflexión interna que realiza la persona acerca de su idea de felicidad, proyecto de vida y perfección es una ética de máximos, es decir, corresponde a la ética y no al derecho determinar el sistema de valores y de normas que sirvan de criterio para su actuación. En tanto que los valores, principios y reglas aceptados y exigidos a todos los miembros de una sociedad bien ordenada constituyen la ética de mínimos, en consecuencia, el derecho puede exigir su cumplimiento u observancia coactivamente. Así, la dignidad humana como nota constitutiva del *ser* ha de ser objeto de la ética de máximos y de la ética de mínimos, ya que es un metavalor o metanorma anterior y superior a cualquier análisis o reflexión en el orden de la ética y del derecho. En tanto que la libertad o posibilidad de *hacerse* a sí mismo sólo puede ser abordado desde la ética de máximos. La ética promueve valores tendientes a la excelencia y la perfección de la persona, el hombre no sólo *es* digno sino *debe hacerse* digno; mientras que el derecho sólo protege y garantiza el *ser*, la dignidad como *minimum* invulnerable, es decir, no puede prescribir acciones que se dirijan a *hacer digno* al hombre.

Octava.- La dignidad humana es *dual*, ya que no sólo es un punto de partida donde se edifican las normas que regulan la vida pública y privada de la persona, sino también es un punto de llegada a través de la reflexión interior de cada individuo acerca de su propia existencia y de su entorno, es decir, no sólo es fundante sino operante. Es de tal envergadura, que se convierte en eje rector y motor de acciones y decisiones tanto en el orden interno como externo. Pero también es *dinámica* (más no mutable), porque se mueve del *ser* al *deber ser*, es decir, parte del ser de la persona, transita a través de la existencia real y concreta de la persona, y se mueve a lo largo de toda su vida hacia lo que tiene que hacer en cada momento para hacerse digno.

Novena.- Los derechos humanos son sin duda la expresión más evidente acerca de la consideración que el derecho y la política han tenido al referirse a la dignidad humana.

Que ella figure como idea rectora en las Constituciones y en diversos instrumentos internacionales reviste una profunda importancia ya que exige que los detentadores del poder público y los ciudadanos mismos respeten la integridad personal en todas sus dimensiones previendo; además, los mecanismos jurídicos para defenderla en caso de violación o transgresión. Lo anterior, sin embargo, no exime el análisis bioético ante las realidades problemáticas con las que se enfrenta el hombre contemporáneo. Entre la generalidad y abstracción de los derechos humanos consagrados constitucionalmente y la concreción de la realidad se encuentra un mesurado, pero elevado análisis bioético y jurídico. El positivismo jurídico de antaño hoy no debe convertirse en un constitucionalismo que pretenda juridificar algunos principios o valores morales para prescindir *a posteriori* de una reflexión ética-filosófica.

Décima.- La dignidad humana es un supervalor o metanorma que impone al derecho la obligación de respetar al hombre no sólo en su existencia, sino en su esencia misma. Esa fuerza de imposición no la tienen la libertad, ni la igualdad, ni algún otro valor, ya que como valores encuentran su constitución (su razón de ser) en la dignidad humana, es por ello que la dignidad es referencial; es decir, en el análisis del caso concreto es normal, y hasta cierto punto obligatorio, hacer referencia a algún otro valor cuando se habla de dignidad, no porque su fuerza de imposición, su *prius*, dependa de algún valor, sino para cobrar materialidad y darse contenido en las circunstancias concretas.

Décima primera.- Todo ordenamiento jurídico que regule las voluntades anticipadas debe tener presente que la dignidad humana radica en el *ser* y, por consecuencia, se convierte en el máximo valor ético-jurídico que fundamenta, orienta y juzga las decisiones personales relativas a la salud, a la vida y a la muerte. La *poiesis* y la *praxis* jurídica deben respetarla, protegerla y garantizarla como el mínimo irreductible configurador de legitimación y corrección social.

Décima segunda.- Concebir a la libertad como ausencia de coerción u opresión en los actos humanos en el sentido de que el único fin justificable por el cual el poder político o jurídico puede, con pleno derecho y por razones de justicia, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás obliga a considerar la distinción que existe entre “deberes de obligación perfecta” y “deberes de obligación imperfecta”, es decir, entre vida pública y vida privada. Los

deberes de la vida pública son negativos y están orientados a proteger, a modo de prohibición, los intereses o deseos de los otros ante la posibilidad de daño; estos deberes son más vitales para el ser humano que cualesquiera otros. Los deberes de la vida privada, en cambio, son positivos y están regidos por la libertad sin más origen que las convicciones personales, por tanto, quedan al arbitrio ponderado, racional y responsable del individuo la manera de realizarse de tal modo que la capacidad de autolegislarse permite, incluso, realizar acciones sobre sí mismo que otros consideran malas. Conforme a esta idea milliana de libertad, todo miembro de la sociedad –a excepción de los niños y aquellos que están bajo el cuidado de otro– tiene la capacidad de decidir libre y responsablemente lo concerniente a sus voluntades anticipadas siempre que no se perjudique a los demás. Sin embargo, considero que dicha postura no proporciona el fundamento adecuado sobre el cual cimentar la libertad en las decisiones vitales finales pues la función del derecho no se limita solamente a prohibir actos que produzcan daño, también sanciona, permite y faculta acciones más allá de la idea de daño.

Décimo tercera.- Considerar a la libertad como fuente y condición necesaria de los demás valores morales en el tema de las voluntades anticipadas al estilo de Hayek comporta: a) Aceptarla como un valor intrínseco, es decir, como algo que debe respetarse sin cuestionar si las consecuencias serán beneficiosas al caso particular; b) admitir, incluso, que los principios más fundamentales de la sociedad pueden sacrificarse temporalmente cuando se trate de preservarla; c) que el individuo tenga cierta esfera de actividad privada asegurada –cuyo contenido se puede modificar– y la posibilidad de ordenar sus vías de acción de acuerdo con sus intenciones presentes; y d) reconocerla, inicialmente, como un concepto negativo, es decir, como ausencia de coacción derivada de la voluntad de otros que únicamente se convierte en positiva a través del uso que de ella se haga. Esto significaría, entre otras cosas, que las voluntades anticipadas se guiaran única y exclusivamente por el valor libertad y, por tanto, todo individuo invocando la vigencia de ese valor podría otorgarlas incluyendo todo tipo de disposiciones (eutanasia y suicidio médicamente asistido, por ejemplo) al margen de los hechos clínicos y de otros valores lo que conllevaría a nuevos problemas morales quizá más complejos de los que la bioética y el derecho de hoy intentan resolver. Las decisiones para el final de la vida sin una amplia gama de valores son fariséicas; y tales valores sin toma de decisiones, resultan estériles.

Décima cuarta.- La libertad en las voluntades anticipadas no sólo significa que el individuo tiene la oportunidad y la posibilidad de decisión, sino también que debe soportar las consecuencias de sus acciones y recibir alabanzas o censuras por ellas. La libertad y la responsabilidad son inseparables. La principal función de la creencia en la responsabilidad individual es hacer que cada uno utilice su conocimiento y capacidad hasta el máximo en la consecución de sus fines. Una sociedad libre exige, más que ninguna otra, que los hombres guíen sus acciones por un sentido de responsabilidad más allá de los deberes marcados por la ley. La asignación de responsabilidad presupone en el hombre la capacidad para una acción racional y la aspiración de que actúe más racionalmente de lo que haría sin aquella. Presupone una cierta capacidad mínima humana para aprender a prever, para guiarse por el conocimiento de las consecuencias de sus acciones. En consecuencia, la bioética y el derecho tienen una tarea en común: Hacer que todo acto de autodeterminación propio de las voluntades anticipadas sea responsable. La primera, informando y formando valores en la persona a partir de la deliberación moral y; la segunda, incorporando los mínimos morales producto de esa deliberación en la legislación a fin de garantizar el escenario propicio para hacer que cada decisión sea reflejo una seria y comprometida reflexión personal y no sólo de un proceso lógico-jurídico.

Décima quinta.- Las leyes de voluntades anticipadas sirven o deberían servir para ayudar a los individuos a formar planes de acción cuya ejecución tenga posibilidades de éxito. Una sociedad libre debe dirigir las acciones de los individuos mediante reglas generales en lugar de mandatos específicos, pues permiten involucrarlos y comprometerlos con sus decisiones. La finalidad del derecho no es ser medio para todo fin, sino sólo una condición para que la mayor parte de los fines individuales puedan ser perseguidos con eficacia. La tarea del legislador, por tanto, no consiste en establecer un orden particular, sino sólo en crear las condiciones en virtud de las cuales puede establecerse un orden e incluso renovarse a sí mismo. Una verdadera ley de voluntades anticipadas sí debe nombrar alguna particularidad –por ejemplo, la incapacidad como condición para ejecutar las disposiciones–, pero no debe destacar especialmente a ninguna persona determinada o grupo de personas –por ejemplo, personas con enfermedad terminal–.

Décima sexta.- La idea del “Estado mínimo” descansa sobre el argumento de que el Estado no puede usar el aparato coactivo para prohibirles a los ciudadanos que realicen una actividad para su propio bien. Su función únicamente consiste en la protección contra la violencia, el robo, el fraude, el cumplimiento de los contratos, etc.; o bien en aquellas cosas en que los individuos no puedan establecer un acuerdo voluntario, pues los individuos son inviolables y no pueden ser utilizados por otros como medios o instrumentos; es decir, gracias al reconocimiento de los derechos individuales y la dignidad cada persona puede decidir en su vida y en la forma de alcanzar sus fines sin la necesidad de interponer antes un bien social general aunque este sea superior. Los partidarios del “Estado mínimo” –por ejemplo, Nozick– en relación a las voluntades anticipadas afirmarían que el Estado no necesita para su existencia y legitimación ser tan egocéntrico como para pretender el derecho único de decidir cuestiones morales ya que la permisibilidad moral no es cuestión estatal; por ende, dentro del espacio moral individual cada persona goza de plena y absoluta libertad para decidir hacerse o permitir hacer sobre sí salvo que haya adquirido una obligación con un tercero de tipo contractual de no hacerlo o no permitirlo. Esta postura es extremadamente radical pues apuesta por entero a la libertad individual para la realización de las voluntades anticipadas reduciéndolas, incluso, a un acuerdo de corte contractual que tiene que ser cumplido fuera de toda connotación moral.

Décima séptima.- Según la teoría libertaria del “Estado mínimo” pagar una indemnización económica permite el traspaso de los límites que circunscriben el área de espacio moral de un individuo. En este sentido, Nozick sostiene que ante cualquier acción que crea un riesgo de traspasar esos límites en los demás se tienen tres posibilidades: 1) Prohibirla. 2) Permitirla con tal de que se pague una indemnización a aquellas personas cuyos límites efectivamente fueran traspasados. Y 3) Permitida con tal de que se pague una indemnización a todas aquellas personas que sufren un riesgo de un traspaso a sus límites. Para él, la segunda opción es más viable e implica menores costos de operación. Pagar una indemnización es *prima facie* más apropiado que prohibir, pues en este caso la persona a quien se le prohíbe o se le restringe la acción debe recibir una compensación. El que prohíbe tiene que proporcionar lo suficiente en dinero o en especie para superar completamente las desventajas. El recurso de la compensación, bajo ciertos matices, puede tener vigencia en las voluntades anticipadas si se aplica del siguiente modo: Una adecuada regulación de las voluntades anticipadas

debiera comprender, por un lado, la prohibición de algunas acciones como pueden ser la eutanasia, el suicidio médicamente asistido, la aplicación o mantenimiento de medidas terapéuticas no indicadas, etc. y; por otro, la compensación –no económica, sino moral– en razón de aquellas. Dicho en otros términos, tanto bioética como jurídicamente se puede justificar la existencia de prohibiciones en la práctica de las voluntades anticipadas, pero quizá haya que hacer algo más que dar razones para prohibir, y ese algo es precisamente compensar moralmente. Tal compensación sería siempre social e implicaría, por ejemplo, elevar la calidad y accesibilidad de los servicios de cuidados paliativos, ofrecer otro tipo de atención a los pacientes más allá de los cuidados médicos, involucrar a la sociedad en el cuidado de los enfermos en etapa terminal, la educación para la salud, etc.

Décima octava.- Ni la ley ni el derecho pueden sustraer la capacidad de las personas para tomar sus propias decisiones; es decir, no pueden suprimir la vida moral de los individuos. Al derecho, en todo caso, le corresponde garantizar esa capacidad en todas y cada una de las personas. La vida moral no puede reducirse a un orden normativo coercitivo, sin embargo, este es indispensable para fijar los límites de aquella y así asegurar el orden social. En las decisiones individuales relativas a la vida, la salud y la muerte no todo queda arbitrio de la persona de acuerdo a su propio y personal sistema de valores, pero tampoco es función exclusiva del sistema jurídico.

Décima novena.- La racionalidad propia de la moral no es matemática ni analítica, sino deliberativa y prudencial. Por tanto, los límites que el derecho establece no provienen de un razonamiento apodíctico, sino prudencial; es decir, las normas jurídicas no son un símbolo de un absolutismo moral sino de un proceso reflexivo social. De este modo, el derecho sólo es expresión del nivel y profundidad con el que se discute la moralidad de ciertos actos, y en el caso de este trabajo, de las decisiones para el final de la vida. Si se quieren tener mejores normas jurídicas se tiene que mejorar la deliberación moral de la sociedad, siendo esto uno de los grandes retos que tiene que asumir y afrontar la bioética de nuestros días. Más allá del estudio de la legalidad o ilegalidad de un acto (aspecto positivista), se tiene que reflexionar sobre la bondad o maldad que una sociedad informada, formada, comprometida y reflexiva le confiera a ese acto (aspecto bioético).

Vigésima.- El derecho como sistema normativo tiene una función muy importante para la vida moral o privada de las personas ya que limita, por medio de la deliberación y no de la tiranía ni de la imposición, el campo o territorio de la moralidad. En lo relativo a las voluntades anticipadas no todo es moral ni todo es jurídico. El derecho necesita de la ética y ésta, a su vez, al derecho. El derecho no puede dar una respuesta moral caso por caso, en tanto que la ética por sí sola no puede establecer valores universales con suficiente fuerza vinculante en una determinada sociedad. El derecho es más general y abstracto cuando se refiere a valores, en cambio la ética es más concreta y práctica. Así, las mejores decisiones, las más prudentes y las más acertadas son las que se hacen en el seno de una ética que reclama un riguroso ejercicio de fundamentación al amparo del derecho que exige y garantiza un mínimo de respeto.

Vigésima primera.- No existe un derecho legal a la muerte ya que tanto la vida como la muerte se gestionan, en principio, de modo privado; es decir, existen deberes morales para consigo mismo de acuerdo con el propio y personal sistema de valores. Lo que existe en todo caso es el derecho que tiene toda persona no se le cause la muerte. Aquellos deberes morales no pueden elevarse a la categoría de derechos ni, en consecuencia, exigirse coactivamente. Por tanto, un documento de voluntades anticipadas no puede disponer o solicitar que se cause directamente la muerte en una determinada situación porque no habría persona alguna obligada jurídica ni éticamente a realizar ese acto. Ninguna persona está obligada a realizar un acto calificado como maleficente por la colectividad aunque medie la voluntad expresa y consciente del sujeto en quien recaerá el acto.

Vigésima segunda.- Toda solicitud al suicidio médicamente asistido o a la eutanasia esconde en el fondo la denuncia moral de que la sociedad ha sido incapaz de cumplir ciertos deberes para con esas personas. Cuando una persona prefiere morir a seguir viviendo, la sociedad ha fracasado en algo.

Vigésima tercera.- El alcance y contenido de las voluntades anticipadas no sólo depende del sistema de valores de la persona sino además, y de forma muy importante, de los hechos biológicos o clínicos particulares. El aspecto formal del acto lo constituyen los valores morales (dignidad humana y libertad, por ejemplo) y; el aspecto material, en cambio, se compone por los hechos biológicos o clínicos (diagnóstico,

pronóstico y tratamiento). Ambos tienen como soporte al paciente, es decir, tanto los valores como los hechos son dados por el paciente. En este caso, considero imperioso que la ley de la materia prevea la asistencia y asesoramiento, no sólo para el otorgamiento sino también para la ejecución del acto, de dos personas expertas en esos aspectos con el fin de aumentar la certidumbre moral de las decisiones: El bioeticista y el médico. En consecuencia, la norma jurídica que regule las voluntades anticipadas con la intención de que las personas tomen las mejores decisiones, las más prudentes y las más acertadas debe exigir la concurrencia y participación activa de un bioeticista confiable para el paciente y de su médico tratante o de cabecera.

Vigésima cuarta.- Es muy importante distinguir, en la medida de lo posible, entre enfermedades agudas y enfermedades crónicas, entre cuidados intensivos y cuidados paliativos; ya que la eficacia legal y moral de las voluntades anticipadas dependerá en mucho de que se conviertan en una verdadera herramienta que permita una adecuada planificación del tratamiento y atención médica. Así como se acepta que no hay enfermedades sino enfermos, también debe aceptarse la idea de que el documento de voluntades anticipadas no es un mero formulario con efectos jurídicos aplicable a todas las situaciones, sino que constituye una oportunidad para que el médico, el paciente y la sociedad planifiquen estratégicamente y personalizadas los cuidados y tratamientos principales –pero no solamente– médicos.

Vigésima quinta.- Para que exista el derecho de autodeterminación y, por tanto, se pueda exigir coactivamente su respeto es indispensable la concurrencia de dos elementos: a) La competencia del paciente, y b) la información completa, veraz y oportuna. En tales condiciones se tienen que conjugar ética, médica y jurídicamente dos aspectos : a) La voluntad del paciente a modo de aceptación (A), solicitud (S) o rechazo (R) de tratamientos, y b) los tipos de tratamiento en función a la valoración médica del paciente, es decir, tratamientos indicados (TI), tratamientos no indicados (TNI) y tratamientos contraindicados (TC). En principio, el verdadero poder de decisión en lo concerniente a las voluntades anticipadas lo tiene el paciente en lo individual, es decir, puede combinar libremente los seis factores (A [TI], [TNI], [TC]; S [TI], [TNI], [TC]; R [TI], [TNI], [TC]; A [TI], S [TNI], R [TC];...); sin embargo, el ejercicio del derecho de autodeterminación tiene límites muy precisos que lejos de ser convencionales o jurídicos, son éticos y médicos. En otras palabras, el ejercicio del derecho a la

autodeterminación por parte del paciente no puede obligar al médico ni a la sociedad a realizar un acto maleficiente. Si el paciente A o S [TI], [TNI], [TC] el médico, en razón de los principios de beneficencia, no maleficencia y de justicia sólo puede aplicar [TI] pues no está legitimado para realizar un acto maleficiente aunque sea consentido o solicitado. Pero si el paciente R [TI], [TNI], [TC] el médico, en virtud del principio de autonomía y de beneficencia, no puede obligar o forzar al paciente a recibir ninguno de ellos. En suma, si el paciente ha expresado previamente su deseo de rechazar algunos tratamientos de soporte vital es obligación ética respetar su decisión. Por el contrario, no existe obligación de aplicar un tratamiento si el médico lo considera contraindicado. Además, es importante considerar que cualquiera que sea la decisión del paciente nunca se le pueden escatimar, limitar o suprimir los cuidados básicos que garanticen un mínimo decoro; en consecuencia, se debe controlar el dolor, las náuseas, vómitos, convulsiones, angustia, agitación, etc.

Vigésima sexta.- En relación a los medios de soporte vital hay varias obligaciones que se tienen que hacer explícitas tanto en el documento de voluntades anticipadas como en la norma jurídica que las regule. Tales obligaciones son: 1) No hacer daño ni causar un mal o dolor innecesario al momento de poner o mantener las medidas de soporte vital, porque hay ocasiones en que mantener la vida de modo artificial puede ser considerado como maleficiente. 2) No hacer daño ni causar un mal al momento de retirar las medidas de soporte vital, porque hay enfermedades con posibilidad real de recuperación. 3) No aplicar tratamientos contraindicados aunque sean queridos o solicitados por el paciente. 4) Gestionar eficientemente los recursos. 5) Poner las medidas de soporte vital sólo cuando estén médicamente indicadas. 6) En servicios públicos no poner tratamientos ni realizar procedimientos no indicados o de dudosa eficacia. Y 7) Quitar tratamientos o medidas de soporte vital cuando no tengan una efectividad probada.

Vigésima séptima.- La limitación del esfuerzo terapéutico es un acto médico que consiste en no aplicar, no mantener o suspender tratamientos o medios de soporte vital por considerarlos no indicados o, incluso, contraindicados de acuerdo con la voluntad del enfermo, el pronóstico, la posibilidad real de recuperación, el estado del conocimiento científico en ese momento, etc. La limitación del esfuerzo terapéutico obedece a una indicación médica y no sólo ética que pretende buscar un equilibrio entre dos extremos en sí mismos maleficientes para el paciente y para la sociedad: El

encarnizamiento terapéutico y la eutanasia. Por tanto, no es un acto eutanásico ni cae en la obstinación terapéutica. Se puede incluir en las voluntades anticipadas con las limitaciones establecidas al derecho de autodeterminación (conclusión vigésima quinta). La regla general es que todos los pacientes ingresados en la Unidad de Cuidados Intensivos reciban todos los tratamientos y medios de soporte vital, las excepciones a la regla, que sí las hay, provienen de la voluntad declarada del enfermo y de la racionalidad médica.

Vigésima octava.- Un tratamiento es fútil, es decir, inútil cuando su aplicación está desaconsejada para un paciente concreto. Es un tratamiento no indicado porque no mejora sustancialmente el pronóstico, los síntomas o las enfermedades intercurrentes pudiendo, incluso, convertirse en contraindicado. El criterio de futilidad encuadra en la limitación del esfuerzo terapéutico, por tanto, no es eutanásico porque no se busca provocar la muerte del paciente, sino evitar causar un mal a una persona que está muriendo. En consecuencia, una persona puede incluir en sus voluntades anticipadas su aceptación, solicitud o rechazo a este tipo de tratamientos. En caso de aceptarlos o de solicitarlos su disposición quedará a valoración del médico por dos razones: a) Por el principio de no maleficencia el médico debe abstenerse de aplicar un tratamiento fútil si cree que esto representará un daño directo al paciente y, b) por el principio de justicia el médico debe gestionar eficiente, eficaz y efectivamente los recursos, por ende, aunque sean solicitados, el médico debe abstenerse si la demanda es mayor que la oferta. Y, en caso de rechazarlos, se debe respetar la decisión del paciente.

Vigésima novena.- Es mejor utilizar el término “muerte encefálica” que el de “muerte cerebral” porque el cerebro sólo es una parte del encéfalo y no controla los estímulos más primitivos del sistema nervioso central, tal como la respiración, el ritmo cardiaco y algunos reflejos. La muerte encefálica puede ser definida como el cese irreversible de todas las funciones del encéfalo incluyendo el tronco encefálico. Por otra parte, los criterios científicos para diagnosticar la muerte encefálica son muy importantes para la toma de decisiones clínicas y éticas en determinadas situaciones especialmente cuando el paciente se encuentra en la UCI. La muerte, y sobre todo la muerte encefálica, no es algo que ocurra en un determinado momento, se trata de un proceso; por tanto, antes de establecer la muerte clínica del paciente es prudencialmente correcto y necesario que el equipo médico observe los protocolos que al efecto haya aceptado la comunidad

científica. Una vez establecidos los hechos biológicos o clínicos, entonces es posible plantearse cursos de acción. De este modo, en las voluntades anticipadas no sólo se puede establecer, sino que es recomendable que así se haga, los deseos, valores y preferencias del paciente de encontrarse en el futuro en esa situación. Aunque médica y jurídicamente han sido reconocidos y aceptados los criterios de muerte encefálica pueden tener alguna objeción en la práctica, sobre todo por la familia, por ello es aconsejable que el paciente prevea esa situación en aquel documento. En este sentido, el paciente puede solicitar la suspensión de la ventilación mecánica, rechazar la RCP, así como la interrupción de todo tipo de medicamentos; éstas son decisiones que obligan al médico y a la sociedad. También puede pedir lo contrario aunque su obligatoriedad sería muy dudosa. Pero en uno y en otro caso, primero debe demostrarse la existencia de signos negativos de vida y no signos positivos de muerte. Además, esas acciones médicas deben de acompañarse de apoyo psicológico y tanatológico para los familiares del paciente; la irreversibilidad en el deterioro de las funciones del encéfalo no es excusa para dejar de procurar lo mejor para el paciente ni para abandonar a la familia en el proceso de duelo que está viviendo.

Trigésima.- El estado vegetativo persistente es el cuadro clínico caracterizado por la inconsciencia completa del paciente, tanto de sí mismo como del entorno, acompañado por ciclos de vigilia-sueño y con la preservación total o parcial de las funciones anatómicas hipotalámicas y troncoencefálicas. Es importante distinguir entre estado vegetativo persistente y estado vegetativo permanente; el primero es un diagnóstico, en tanto que el segundo es un pronóstico. El estado vegetativo comienza siendo persistente, pudiendo ser o no reversible. Los pacientes en estado vegetativo producen inquietud y desasosiego entre los médicos y la sociedad no sólo desde el punto de vista clínico por las grandes connotaciones pronósticas de la enfermedad, sino también desde el punto de vista ético por las dudas acerca de cómo atender a estos pacientes que no cumplen los criterios de muerte cerebral, han perdido la conciencia y no pueden considerarse enfermos terminales. Estos pacientes entran en la categoría de enfermos crónicos no terminales y, por ende, se les deben aplicar todos los medios terapéuticos y de cuidado como en cualquier otro proceso patológico. Sin embargo, es recomendable establecer los siguientes niveles de tratamiento: a) Máximo esfuerzo terapéutico, b) medicación y tratamiento conservador (excluyendo reanimación cardiopulmonar en caso de parada cardíaca) y, c) nutrición, alimentación, cuidados mínimos o paliativos. En este orden de

ideas, hay dos extremos que deben ser considerados en la redacción de las voluntades anticipadas y de la norma jurídica que las regule. El primero, de gran amplitud, de máximo esfuerzo terapéutico, es decir, donde se deben aplicar todos los recursos médicos y tecnológicos disponibles y; el segundo, mucho más restringido, de cuidados mínimos o paliativos que incluyen la hidratación y la nutrición. Las acciones disponibles entre esos dos extremos son muchas y dependen del pronóstico de irreversibilidad donde el factor tiempo desde la aparición del cuadro clínico es esencial. El estado vegetativo persistente está más cercano al primer extremo, en tanto que el permanente al segundo. De este modo, el paciente puede disponer en sus voluntades anticipadas el tipo de tratamiento que desea recibir de encontrarse en esa situación. A pesar de ello, aplicando los principios de la bioética hay dos cosas que no puede considerar porque no obligarían ni al médico ni a la sociedad: a) Solicitar el máximo esfuerzo terapéutico en caso de estado vegetativo permanente y, b) rechazar los cuidados mínimos o paliativos en cualquier momento, ya sea en el persistente o en el permanente. Considerando esas restricciones, conocer la voluntad del paciente es fundamental porque según se ha dicho las acciones entre los extremos son muchas y muy probablemente eficaces, además fácilmente pueden prevenirse en el documento como una auténtica planificación del tratamiento.

Trigésima primera.- Moralmente no es posible discutir el tema de la eutanasia ni el del suicidio médicamente asistido si previamente la sociedad no ha cumplido con sus obligaciones de justicia y no maleficencia con los enfermos, especialmente aquellos que se encuentran en fase terminal con terrible sufrimiento. Una sociedad y un sistema sanitario justos no pueden relegar la importancia de los cuidados paliativos; o dejar de garantizar un mínimo decente en la atención médica, social, económica, familiar, espiritual, etc.; u olvidarse de acompañar al paciente y a la familia que sufren para en su lugar atender solícitamente las peticiones de muerte. Antes de plantearse la despenalización de la eutanasia y del suicidio médicamente asistido hay que plantearse la obligatoriedad y calidad de los cuidados paliativos como aliados del bienestar y libertad de la persona que está viviendo el final de su vida.

Trigésima segunda.- El derecho no puede enfocarse solamente al aspecto documental de las voluntades anticipadas, pues ello sería empobrecer enormemente la vocación planificadora y la función comunicativa del acto. No pueden ser vistas como un mero

instrumento jurídico. Es *moralmente* reprochable hablar de voluntades anticipadas refiriéndose a ellas meramente por su aspecto jurídico y; de igual forma, es *socialmente* cuestionable hablar de ellas prescindiendo de ese aspecto. En definitiva, las voluntades anticipadas como herramienta en la planificación de la asistencia médica no deben permanecer aisladas en el mundo legal, pero tampoco deben abandonarse a la buena práctica médica; toda vez que por su contenido, fundamentación y practicidad se encuentran inmersas en dos mundos que, lejos de ser iguales o contrarios, son complementarios: El de la ética y la medicina (bioético) y el jurídico.

Trigésima tercera.- La bioética tiene como función *promover* que las voluntades anticipadas verdaderamente sean producto de un proceso de comunicación y deliberación entre el médico (incluyendo a todo el equipo sanitario), el paciente y su familia que permitan la planificación anticipada y estratégica de los tratamientos y cuidados –principalmente pero no exclusivamente médicos– a partir de un diagnóstico concreto y de un pronóstico conocido, y que no se reduzcan a la mera firma de un documento con consecuencias jurídicas como ha ocurrido ya con suficiente evidencia con el consentimiento informado. El derecho, por su parte, debe *proteger, garantizar y regular* la dignidad y el derecho de autodeterminación que tiene toda persona para decidir en lo relativo a su vida, salud y muerte y; además, que el acto de disposición que implican las voluntades anticipadas cumpla al menos con un mínimo técnico-científico (médico) y humano (ético), es decir, asegurándose que tanto en el proceso de legislación como en el de aplicación de las leyes de voluntades anticipadas se consideren, en un mínimo decente, los aspectos formales (dignidad humana y autonomía) y los aspectos materiales (hechos clínico-biológicos).

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

a) Fuentes bibliográficas.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. 346 pp.

_____ *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. 607 pp.

ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Técnos. Madrid. 1998. 172 pp.

ARANA, Juan. *Los filósofos y la libertad*. Síntesis. España. 2005. 256 pp

ARISTÓTELES. *Ética nicomaquea*. Porrúa. México. 1992.

_____ *Ética Nicomáquea y Ética Eudemia*. Trad. Julio Pallí Bonet. Gredos. Madrid. 2008. 561 pp.

ATIENZA, Manuel y **RUÍZ MANERO**, Juan. *Las piezas del derecho*. 2ª Ed. Ariel. España. 2004. 207 pp.

BARRIO, María Inés y **SIMÓN**, Pablo. *¿Quién decidirá por mí? Ética de las decisiones clínicas en pacientes incapaces*. Triacastela. Madrid. 2004. 300 pp

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad y ambivalencia*. Anthropos-UNAM. Barcelona-México. 2005. 380 pp.

_____ *Amor líquido*. FCE. México. 2007. 201 pp.

BEAUCHAMP, Tom L. y **CHILDRESS**, James F. *Principios de ética biomédica*. Masson. Barcelona. 2001. 522 pp.

BLOCH, Ernest. *Derecho natural y dignidad humana*. Trad. Felipe González Vicen. Aguilar. 1980. 331 pp.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Paidós – Univesidad Autónoma de Barcelona. Barcelona. 2000. 155 pp.

BRINGAS LÓPEZ, Ma. Isabel e **IBEAS CAUSANTE**, Emilio José. *Una nueva disciplina: la bioética*. Universidad Popular para la Educación y Cultura de Burgos. España. 2004. 214 pp.

BUTLER, Eamonn. *Hayek. Su contribución al pensamiento político y económico de nuestro tiempo*. Trad. Eloy Fuentes. Unión Editorial. Madrid. 1989. 187 pp.

CABRÉ PERICAS, Ll. (Coord.). *Decisiones terapéuticas al final de la vida*. Edika Med. Barcelona. 2003.

CALLAHAN, Daniel. *Poner límites: Los fines de la medicina en la sociedad que envejece*. Triacastela. Madrid. 2004. 335 pp.

CANO VALLE, Fernando (Comp.). *Bioética y derechos humanos*. UNAM. México. 1992. 283 pp.

CARRAL Y DE TERESA, Luis. *Derecho notarial y derecho registral*. 15a ed. Porrúa. México. 1998. 270 pp.

CARUNCHO MICHINEL, Cristina. *Sobre la libertad. A propósito de la obra de John Stuart Mill*. Eris. España. 1999. 164 pp.

CASADO GONZÁLEZ, María (Coord.). *Estudios de bioética y derecho*. Tirant lo blanch. Valencia. 2000. 350 pp.

CORETH, Emerich. *¿Qué es el hombre?* 5ª ed. Herder. Barcelona. 1985. 268 pp.

CORTINA, Adela. *10 palabras clave en ética*. Verbo divino. Navarra. 1994. 465 pp.

COUCEIRO, Azucena (ed.). *Bioética para clínicos*. Triacastela. Madrid. 1998. 362 pp.

_____ *Ética en los cuidados paliativos*. Triacastela. Madrid. 2004. 448 pp

D'AGOSTINO, Francesco. *Bioética, estudios de filosofía del derecho*. Ediciones internacionales universitarias. Madrid. 2003. 260 pp.

DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford University Press. London. 1968. 139 pp.

DÍAZ RUBIO, E. y **GARCÍA CONDE**, J. *Oncología Clínica Básica*. Arán. Madrid. 2000. 750 pp.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho civil. Parte general*. Porrúa. México. 1994. 701 pp.

DURAND, Guy. *La bioética*. DDB. Bilbao. 1992.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ariel. Barcelona. 1994. 359 pp.

ELIZARI BASTERRA, Francisco Javier (dir.). *10 palabras clave ante el final de la vida*. Verbo Divino. Navarra. 2007. 461 pp.

ELORZA MARTÍNEZ, Gustavo de. *Diccionario médico Zamora*. Zamora editores. Colombia. 2006. 1280 pp.

ENGELHARDT, H. T. *The foundations of bioethics*. Oxford. EEUU. 1986.

ESCAMILLA CASTILLO, Manuel (ed.). *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*. Universidad de Granada. España. 2004. 284 pp.

FERNÁNDEZ COSTALES, J. *Seguridad jurídica y fe pública*. Civitas. Madrid. 1994.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate. Madrid. 1987. 241 pp.

_____ *Estudios de ética jurídica*. Debate. Madrid. 1990. 154 pp.

_____ *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Dykinson. Madrid. 2001. 129 pp.

FIBLA, Carla. *Debate sobre la eutanasia*. Planeta. Barcelona. 2000. 344 pp.

FINNIS, John. *Absolutos morales*. Trad. Juan José García Norro. EIUNSA. Barcelona. 1991.

GAFO, Javier. *La eutanasia: El derecho a una muerte digna*. Temas de hoy. Madrid. 1989. 240 pp.

_____ *Trasplante de órganos: Problemas técnicos, éticos y legales*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1996. Dilemas éticos de la medicina actual. No. 10. 162 pp.

_____ *10 palabras clave en bioética*. 4ª ed. Verbo Divino. Navarra. 1998. 379 pp.

_____ *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1999. Colección Dilemas éticos de la medicina actual. No. 12. 252 pp.

GARCÍA FÉREZ, José y **ALARCOS MARTÍNEZ**, Francisco José (dirs.). *10 palabras clave en humanizar la salud*. Verbo Divino. Navarra. 2002.

GARCÍA VILLEGAS, Eduardo. *La tutela de la propia incapacidad*. Porrúa-Colegio de Notarios del D.F. México. 2006. 96 pp.

_____ *La tutela de la propia incapacidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. México. 2007. 285 pp.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, ética y política*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. 958 pp.

GINESTRAL GÓMEZ, Ricardo J. (Coord.). *Libro de texto de cuidados intensivos*. Tomo I. EDA-ARAN. Madrid. 1991. 1039 pp.

- GÓMEZ RUBÍ**, Juan A. *Ética en medicina crítica*. Triacastela. Madrid. 2002. 286 pp.
- GONZÁLEZ PÉREZ**, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid. Civitas. 1986. 225 pp.
- GONZÁLEZ VALENZUELA**, Juliana. *Genoma humano y dignidad humana*. Anthopos. Barcelona. 2005. 252 pp.
- GONZÁLEZ**, Ana Marta. *Naturaleza y dignidad*. EUNSA. Pamplona, España. 1996. 242 pp.
- GRACIA**, Diego. *Fundamentos de bioética*. Eudema. Madrid. 1989.
- _____ *Primum non nocere: El principio de no maleficencia como fundamento de la ética médica*. Real Academia Nacional de Medicina. Madrid. 1990.
- _____ *Procedimientos de decisión en ética clínica*. EUDEMA. Madrid. 1991.
- _____ *Cuestión de principios*. Univesidad Carlos III de Madrid y Dykinson. Madrid. 1997.
- _____ *Fundamentación y enseñanza de la bioética*. El Búho. Colombia. 1998. *Ética y Vida*. No. 1. 194 pp.
- _____ *Bioética clínica*. El búho. Colombia. 2001. *Ética y vida*. No. 2. 150 pp.
- _____ *Ética de los confines de la vida*. El búho. Colombia. 1998. *Ética y vida*. No. 3. 353 pp.
- _____ *Profesión médica, investigación y justicia sanitaria*. El búho. Colombia. 1998. *Ética y vida*. No. 4. 194 pp.
- _____ *Como arqueros al blanco*. El Búho. Colombia. 2004. *Ética y vida*. No. 5. 491 pp.
- _____ *Como arqueros al blanco. Estudios de bioética*. Triacastela. Madrid. 2004.
- _____ *Fundamentos de bioética*. 2ª ed. Triacastela. Madrid. 2007. 605 pp.
- GRACIA**, Diego y **JÚDEZ**, Javier. *Ética en la práctica clínica*. Triacastela. Madrid. 2004. 380 pp.
- HART**, H.L.A. *Derecho, libertad y moralidad*. Dykinson. Madrid. 2006. 168 pp.
- HAYEK, FRIEDRICH AUGUST VON**. *The constitution of liberty*. Routledge & Kegan Paul. London. 1963. 560 pp.
- _____ *Law, legislation and liberty. Rules and order*. Vol. 1. Routledge & Kegan Paul. London and Henley. 1973. 184 pp.

_____ *Law, legislation and liberty. The mirage of social justice.* Vol. 2. Routledge & Kegan Paul. London and Henley. 1976. 195 pp.

_____ *The road to serfdom.* Routledge & Kegan Paul. London and Henley 1979. 184 pp.

_____ *Los fundamentos de la libertad.* Trad. José Vicente Torrente. 6ª ed. Unión Editorial. Madrid. 1998. 541 pp.

_____ *Derecho, legislación y libertad.* Sin datos del traductor. Unión editorial. Madrid. 2006. 556 pp.

HUERTA OCHOA, Carla. *Conflictos normativos.* Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. México. 2003. 215 pp.

HURTADO OLIVER, Xavier. *El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, suicidio asistido y aborto. Problemas éticos, legales y religiosos.* Porrúa. México. 2008. 268 pp

IBARROLA, Antonio De. *Cosas y sucesiones.* 15ª ed. Porrúa. México. 2006. 1120 pp

JENNINGS, B., **KAEBNICK**, G. y **MURRAY**, T. *Improving end of life care. Why has it been so difficult?* Hastings Center Report. New York. 2005. 60 pp.

JIMÉNEZ JIMÉNEZ, José. *Manual de gestión para jefes de servicios clínicos.* You & Us. Madrid. 1997. 441 pp.

JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: Sobre la práctica del principio de responsabilidad.* Trad. Carlos Fortea Gil. Paidós. Barcelona. 1997. 206 pp.

KANT, Imanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.* Porrúa. México. 1972. Colección Sepan cuantos... No. 212. 252 pp.

_____ *Crítica de la razón práctica.* Porrúa. México. 1972. Colección Sepan cuantos... No. 212. 252 pp.

KRIELE, Martín. *Liberación e ilustración: defensa de los derechos humanos.* Herder. Barcelona. 1982. 254 pp.

KÜBLER-ROSS, Elizabeth. *Una luz que se apaga.* Trad. Pilar Angulo. Pax. México. 1985. 217 pp

_____ *La muerte: Un amanecer.* Trad. Paz Jauregui. Liciernaga. Barcelona. 1989. 118 pp.

KÜNG, Hans y **JENS**, Walter. *Morir con dignidad: Un alegato a favor de la responsabilidad.* Trad. José Luís Barbero. Trotta. Madrid. 1997. 94 pp

KUTSCHERA, Franz Von. *Fundamentos de ética.* Cátedra. Madrid. 1989. 335 pp.

LACHANCE, Louis. *El derecho y los derechos del hombre*. Trad. Pérez Luño. Rialp. Madrid. 1979. 274 pp

LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luís Díez-Picazo. Civitas. Madrid. 1985. 202 pp.

MACCORMICK, Neil. *Derecho legal y social democracia*. Técnos. Madrid. 1990. 216 pp.

MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. (Coord.) *Diagnóstico genético y derechos humanos*. UNAM. México. 1998. 243 pp.

MASIÁ, J. (ed.). *Ser humano, persona y dignidad*. Universidad Pontificia de Comillas – Desclée de Brouwer. Madrid – Bilbao. 2005.

MELENDO, Tomás y **MILLÁN PUELLES**, Lourdes. *Dignidad: ¿Una palabra vacía?* EUNSA. Pamplona, España. 1996. 204 pp.

MELENDO, Tomás. *Dignidad humana y bioética*. EUNSA. Navarra, España. 1999. 186 pp.

MILL, John Stuart. *De la libertad. Del gobierno representativo. De la esclavitud femenina*. Trad. Marta C. C. de Iturbe. Técnos. 1965. 458 pp.

_____ *Sobre la libertad*. Trad. Pablo de Azcárate. Alianza. Madrid. 1969. 206 pp.

_____ *El utilitarismo*. Trad. Esperanza Guisán. Alianza. Madrid. 2002. 157 pp.

_____ *Utilitarianism and On liberty*. 2ª ed. Blackwell. EEUU. 2003. 264 pp.

MOLTMANN, Jürgen. *La dignidad humana*. Sígueme. Salamanca. 1983. 80 pp.

MORO, Tomás santo. *Diálogo de la fortaleza contra la tribulación*. Rialp. Madrid. 1999. 343 pp.

MORRIS, Charles *Signos, lenguaje y conducta*. Losada. Buenos Aires. 1962. 341 pp.

MORRISON, R. S. "Death: Process or event?" *Science*. No. 173. 1971.

NELKIN, Dorothy y **LINDEE**, M. Susan. *The DNA mystique. The gene as a cultural icon*. W. H. Freeman and Company. New York. 1995.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Ariel. Barcelona. 1989. 494 pp.

NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Trad. Rolando Tamayo. FCE. México. 1990. 333 pp.

_____ *Meditaciones sobre la vida*. Trad. Carlos Gardini. Gedisa. Barcelona. 1992. 242 pp.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. 423 pp.

_____ *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. 2ª ed. Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson. Madrid. 2003. 82 pp.

_____ *Ética, poder y derecho*. Fontamara. México. 2004. 154 pp.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASILLO, Bernardo. *Derecho registral*. 5ª ed. Porrúa. México. 1995. 214 pp.

_____ *Derecho notarial*. 12 ed. Porrúa. México. 2002. 459 pp.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 3ª ed. Técno. Madrid. 1988. 228 pp.

_____ *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed. Técno. Madrid. 2005. 659 pp.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Oration on the dignity of man*. Gateway. Chicago. 1971. 72 pp.

_____ *De hominis dignitate*. Atanor. Roma. 1986. 202 pp.

PLATÓN. *La República*. 6ª ed. Trad. Antonio Camarero. EUDEBA. Buenos Aires. 1972.

_____ *Laws*. New Jersey. Princeton University. 1978.

_____ *Diálogos*. Porrúa. México. 2001. Colección Sepan cuantos...

PONZIO, Paolo. *Verità e attualità*. Pagina. Bari, Italia. 2007.

REINHARDT, Elisabeth. *La dignidad del hombre en cuanto imagen y semejanza de Dios*. Eunsa. Pamplona. 2005. 242 pp.

RÍOS HELIG, Jorge. *Práctica de Derecho Notarial*. 5ª ed. Mc Graw-Hill. México. 2002.

RODRÍGUEZ-ARIAS, David. *Una muerte razonable. Testamento vital y eutanasia*. Desclée De Brouwer. Bilbao. 2005. Colección Ética Aplicada. 147 pp.

ROVIRA, Antonio. *Autonomía personal y tratamiento médico*. Aranzadi. Pamplona. 2007. 226 pp.

S.D. *Diccionario médico*. 3ª ed. Masson – Salvat. México. 1995. 730 pp.

SÁNCHEZ, Isidoro Martín (Coord.). *Bioética, religión y salud*. Consejería de Sanidad y Consumo. Dirección General de Aseguramiento y atención al paciente. Madrid. 2005. 352 pp.

SERRANO RUÍZ-CALDERON, José Miguel. *Eutanasia y vida dependiente*. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid. 2001. 149 pp.

_____ *Retos jurídicos de la bioética*. Ediciones internacionales universitarias. Madrid. 2005. 276 pp.

SHANNON, Thomas A. (ed.). *Bioethics: Basic writings on the key ethical questions that surround the major modern biological possibilities and problems*. 4a ed. Paulist Press. New Jersey. 1993.

SHILLER, Friederich. *De la gracia y de la dignidad*. Nova. Buenos Aires. 1962.

SIMÓN, Pablo. *El consentimiento informado*. Triacastela. Madrid. 2000.

SINGER, Peter. *Ética práctica*. 2ª ed. Ariel. Barcelona. 1988. 288 pp.

_____ *Compendio de ética*. Alianza. Madrid. 1995. 755 pp.

_____ *Repensar la vida y la muerte: El derrumbe de nuestra ética tradicional*. Trad. Yolanda Fontal Rueda. Paidós. Barcelona. 1997. 241 pp.

_____ *Izquierda darwiniana: política, evolución y cooperación*. Crítica. Barcelona. 2000. 97 pp.

SIURANA, Juan Carlos. *Voluntades anticipadas. Una alternativa a la muerte solitaria*. Trotta. Madrid. 2005. 212 pp.

SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. Libro II. Cambridge University Press. 1954.

SPAEMANN, Robert. *Lo natural y lo racional*. Rialp. Madrid. 1989. 155 pp.

_____ *Felicidad y benevolencia*. Rialp. Madrid. 1991. 285 pp.

_____ *Ética: cuestiones fundamentales*. 5a ed. EUNSA. España. 1998. 124 pp.

TORRALBA ROSELLÓ, Francesc. *¿Qué es la dignidad humana?* Herder. Barcelona. 2005. 414 pp.

URRACA MARTÍNEZ, Salvador (ed.). *Eutanasia hoy. Un debate abierto*. Noesis. España. 1996. Colección Humanidades Médicas. 495 pp.

V.V.A.A. *Limitación de prestaciones sanitarias*. Actas de la jornada organizada por la Fundación de Ciencias de la Salud. FCS – Doce calles. Madrid. 1996. 155 pp.

V.V.A.A. *Morir con dignidad: Dilemas éticos al final de la vida*. Actas de la jornada organizada por la Fundación de Ciencias de la Salud. FCS – Doce calles. Madrid. 1996.

VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*. Gedisa. Barcelona. 1998.

_____ *Bioética y derecho*. ITAM-FCE. México. 1999. 281 pp.

VELARDE, Caridad. *Hayek. Una teoría de la justicia, la moral y el derecho*. Civitas. Madrid. 1994. 289 pp.

VELASCO, Juan María de. *La bioética y el principio de solidaridad*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2003. 366 pp

WASSERSTROM, Ricardo (ed.). *Morality and the law*. Wadsworth. Belmont, California. 1971. 152 pp.

WEBER, Max. *Theory of social and economic organization*. Free Press. New York. 1966. 436 pp.

_____ *El político y el científico*. Trad. Raymond Aron. Alianza. Madrid. 2007.

WILDES, Kevin Wm. (ed.). *Critical choice and critical care. Catholic Perspectives on Allocating Resources in Intensive Care Medicine*. Kluwer Academics Publishers. Netherlands. 1995. Philosophy and medicine. Vol. 51. 288 pp.

WOJTYLA, Karol. *Amor y responsabilidad: estudio de moral sexual*. Razón y fe. Madrid. 1978. 347 pp.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. *Contratos civiles*. 11a ed. Porrúa. México. 2007. 611 pp.

b) Fuentes hemerográficas.

ABIM Foundation, ACP-ASIM Foundation and European Federation of Internal Medicine. "Medical Professionalism in the New Millennium: A Physician Charter". *Annals of internal Medicine*. Vol. 136. No. 3. Febrero de 2002.

ABIZANDA, R et. al. "Limitación del esfuerzo terapéutico. Encuesta sobre el estado de opinión de los profesionales de la medicina intensiva". *Medicina Intensiva*. No. 18. 1994.

ALEMANY, Macario. "El concepto y la justificación del paternalismo". *Doxa*. No. 28. 2005.

ALEXY, Robert. "On Necessary Relations Between Law and Morality". *Ratio Juris*. Vol. 2. Inssue 2. Julio. 1989.

_____ “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. Trad. Manuel Atienza. *Doxa*. No. 5. España. 1998.

Asociación Catalana de Estudios Bioéticos. “Razones del ‘si’ a la vida y del ‘no’ a la eutanasia”. Cuadernos de Bioética. Vol. 17. No. 60. 2006.

ATIENZA, Manuel. “Juridificar a la bioética”. *Isonomía*. España. No. 8 1998.

AZULAY TAPIERO, Armando. “Voluntades anticipadas y práctica médica”. *Medicina Clínica*. Vol. 123. No. 15. 2004.

BABARRO, Alfonso. “Atención a pacientes al final de su vida”. *Atención primaria*. Vol. 35. No. 7. 2005.

BARBERO, Javier. et al. “Limitación del esfuerzo terapéutico”. *Medicina clínica*. Vol. 117. No. 15. 2001.

BARRIO CANTALEJO, Inés M. et. al. “La perspectiva de las personas mayores sobre el testamento vital”. *Index de Enfermería*. Vol. 15. No. 52-53. 2006.

BORELL, Francesc et al. “El deber de no abandonar al paciente”. *Medicina Clínica*. Vol. 117. No. 7. 2001.

BRESLIN, Jonathan M. et al. “Top 10 health care ethics challenge facing the public: view of Toronto bioethicists”. *BMC Medical Ethics*. Vol. 6. Junio de 2005.

BRODY, B. “Cuestiones éticas que plantea el paciente en estado vegetativo permanente”. *The Hastings Center Report*. 1985.

BRODY, B. A. y **HALEVY, A.** “Is futility a futile concept?” *The Journal of medicine and philosophy*. Vol. 2 No. 20. 1995.

BROGGI, Marc Antoni. “El documento de voluntades anticipadas”. *Medicina Clínica*. Vol. 117. No. 1. 2001.

CABRÉ PERICAS, Ll. y **SOLSONA DURÁN, J. F.** “Limitación del esfuerzo terapéutico en medicina intensiva”. *Medicina Intensiva*. No. 26. 2002.

CABRÉ, Ll. et al. “Código Ético de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC)”. *Medicina Intensiva*. Vol. 30. No. 2. 2006.

CAL, de la M. A. et. al. “Recomendaciones de la 6ª Conferencia de Consenso de la SEMICYUC. Estado vegetativo persistente postanoxia en el adulto”. *Medicina Intensiva*. Vol. 27. No. 8. 2003.

CALLAHAN, D. “Death and the research imperative”. *The New England Journal of Medicine*. Vol. 342. No. 9. Marzo 2000.

CANTARELL, G. “Medidas de soporte en un paciente en estado vegetativo persistente: soporte poscrítico y continuado”. *Medicina Intensiva*. Vol. 28. No. 3. Marzo 2004.

CARLET, Jean et al. “Challengers in end-of-life care in the ICU”. *Intensive Care Medicine*. Volume 30. No. 5. Mayo de 2004.

CASADO GONZÁLEZ, María. “¿Por qué bioética y derecho?”. *Acta Bioethica*. Santiago de Chile. Año VIII. No. 2. 2002.

_____ “Estado vegetativo persistente: Aspectos éticos”. *Medicina Intensiva*. Vol. 28. No. 3. 2004.

CASAS ANGUITA, Juana et al. “Medidas de calidad de vida relacionada con la salud. Conceptos básicos, construcción y adaptación cultural”. *Medicina clínica*. Vol. 116. No. 20. 2001.

CHRISTAKIS, N.A. y ASCH, D.A. “Bases in how physicians choose to withdraw life support”. *Lancet*. Vol. 342. 1993.

CODERCH, Pablo Salvador. “Ministros de muerte”. *La Vanguardia*. Opinión. 27 de febrero de 1998.

Congregación para la Doctrina de la fe. “Respuestas a algunas preguntas de la Conferencia Episcopal Estadounidense sobre la Alimentación e Hidratación Artificiales”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. XIX. No. 65. Enero – abril 2008.

COUCEIRO, Azucena. “La ética de los cuidados paliativos”. *Jano*. Vol. 67. No. 1532. 2004.

ECHEVERRÍA, Carlos et al. Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago. “Diagnóstico de muerte”. *Revista Médica de Chile*. Vol. 132. 2004.

ENCK, Robert E. “Drug-induced terminal sedation for symptom control”. *American Journal of Hospice Palliative Care*. Vol. 8. 1991.

ESTEBAN, Andrés et al. “Withdrawing and withholding life support in the intensive care unit: a Spanish prospective multi-centre observational study”. *Intensive Care Medicine*. Vol. 27. No. 11. Noviembre de 2001.

FERNÁNDEZ FERÁNDEZ, R. et al. “Limitación del esfuerzo terapéutico en Cuidados Intensivos. ¿Ha cambiado en el siglo XXI?” *Medicina Intensiva*. Vol. 29. No. 6. Agosto 2005.

FERNÁNDEZ HERRÁEZ, Elías y MARTÍNEZ LÓPEZ, María de Jesús. “Instrucciones previas. Es necesario cerrar el círculo de información entre los clientes y el registro”. *Medicina Clínica*. Vol. 127. No. 18. 2006.

GARCÍA VILLEGAS, Eduardo. “La voluntad anticipada”. *Revista Mexicana de Derecho*. No. 10. 2008.

GEBHARD, Albert. “The goals of medicine: Setting new priorities”. *The Hastings Center Report*. Vol. 26. Noviembre de 1996.

GÓMEZ BATISTE-ALERTORN, Xavier. “Los cuidados paliativos: Asignaturas pendientes”. *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*. Vol. 3. No. 2. 2005.

GÓMEZ RUBÍ, J. A. et. al. “Conflictos éticos en la instauración de la ventilación mecánica: Análisis de la actitud de los profesionales de Cuidados Críticos, Emergencia y Estudiantes”. *Revista Clínica Española*. Vol. 201. No. 7. Julio 2001.

GRACIA, Diego. “Justicia sanitaria: Una propuesta”. *Perspectivas bioéticas en las américas*. No. 2. 1996.

_____ “Moral deliberation: The role of methodologies in clinical ethics”. *Medicine, Health Care and Philosophy*. Vol. 4. No. 2. 2001.

_____ “Toma de decisiones en el paciente menor de edad”. *Medicina Clínica*. Vol. 117. No. 5. España. 2001.

_____ “Morir a tiempo. La eutanasia y sus alternativas”. *Claves de Razón Práctica*. No. 152. Mayo 2005.

_____ *El maestro deliberador*. “El País”. España. 29 de enero de 2006.

GRENVIK, A.; **POWNER**, D.J. y **SNYDER**, J.V. “Cessation of therapy in terminal illness and brain death”. *Critical Care Medicine*. Vol. 6. No. 4. Julio-agosto 1978.

HAWRYLUCK, Laura A. et al. “Consensus guidelines on analgesia and sedation in dying intensive care units patients”. *BMC Medical Ethics*. Vol. 3. Agosto 2002.

HERRANZ, Gonzalo. “Voluntades anticipadas y testamento vital”. *Informaciones Psiquiátricas*. Núms. 179 y 180. 2005.

IRIBARREN-DIARASARRI, S. et. al. “Limitación del esfuerzo terapéutico tras el ingreso en la Unidad de Medicina Intensiva. Análisis de factores asociados”. *Medicina Intensiva*. Vol. 31. No. 2. Marzo 2007.

JENNETT, Bryan. y **PLUM**, Fred. “Persistent vegetative state after brain damage: a syndrome in search of a name”. *Lancet*. Vol. 1. No. 7753. Abril 1972.

JOHNSTON, Sarah Coate. et. al. “The discussion about advance directives”. *Archives of Internal Medicine*. Vol. 155. No. 10. 1995.

JONSEN, Albert R. “Ética de la eutanasia”. *Humanitas. Humanidades Médicas*. Vol. 1. No. 1. Enero – marzo 2003.

JÚDEZ, Javier. “Suicidio médicamente asistido en el final de la vida”. *Medicina Clínica*. Vol. 125. No. 13. 2005.

KASS, R. León. “Eutanasia y autonomía de la persona: Vivir y morir con dignidad”. *Human Life Review*. Vol. XVI. No. 2.

_____ “Eutanasia y autonomía de la persona: Vivir y morir con dignidad”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. 1 No. 4. 1990.

LO, Bernard y **JONSEN**, Albert R. “Clinical decisions to limit treatment”. *Annals of Internal Medicine*. Vol. 93. No. 5. Noviembre 1980.

LUGMAYR, Martin. “La larga sombra de Hitler: Una contribución al debate actual sobre la eutanasia”. Trad. José M. Barrio Maestre. *Cuadernos de Bioética*. Vol. 19. No. 64. 2008.

MALACRIDA, R. et al. “Reasons for dissatisfaction: a survey of relatives on intensive care patients who died”. *Critical Care Medicine*. Vol. 26. No. 7. 1998.

MARÍN, N. et. al. “Sedación terminal: El último recurso ante una mala muerte”. *Revista Española de Geriatria y Gerontología*. Vol. 38. No. 1. 2003.

MARTÍNEZ ALMAZÁN, E. et. al. “Disposiciones previas: Experiencia piloto en una residencia de ancianos”. *Revista Española de Geriatria y Gerontología*. Vol. 37. No. 4. 2002.

MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, Koldo. “Reflexiones sobre el testamento vital (I y II)”. *Atención primaria*. Vol. 31. No. 1. Enero 2003.

_____ “Sobre la moralidad de la eutanasia y del suicidio asistido”. *Revista de Calidad Asistencial*. Vol. 20. No. 7. 2005.

_____ “Los documentos de voluntades anticipadas”. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*. Vol. 30. Suplemento 3. 2007.

MINDLING, J. Daniel. “El Papa Juan Pablo II: La muerte con dignidad”. Recurso electrónico.

MIRÓ, Gloria. et. al. “Conocimiento de la enfermedad y los documentos de voluntades anticipadas en el paciente seropositivo para el VIH”. *Medicina Clínica*. Vol. 125. No. 15. 2006.

MOHANDAS, A. et al. “Brain death: A clinical and pathological study”. *Journal of Neurosurgery*. No. 35. 1971.

MONZÓN MARÍN, J.L. “Recomendaciones de tratamiento al final de la vida del paciente crítico”. *Medicina Intensiva*. Vol. 32. No. 3. Abril 2008.

MULTI-SOCIETY TASK FORCE ON PVS. “Medical aspects of the persistent vegetative state”. *New England Journal Medicine*. Vol. 331. No. 20. Noviembre 1994.

MÜNCH, Ingo Von. “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. España. Año 2. No. 5. Mayo –agosto de 1982.

MUÑOZ LLARENA, Alberto. et. al. “Principio de autonomía y voluntades anticipadas”. *Medicina Clínica*. Vol. 128. No. 3. 2007.

OLLERO, ANDRÉS. “Derecho y moral. Implicaciones actuales: A modo de introducción”. *Persona y derecho*. No. 61. Julio-diciembre 2009.

OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, Eduardo. “El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. XVII. No. 59. Enero-abril 2006.

PARKER, R.A. “Caring for patients at the end of life: Reflexions after 12 years of practice”. *Annals of Internal Medicine*. Vol. 136. No. 1. Junio 2002.

PASTOR GARCÍA, Luis Miguel. “¿Qué significado hay que dar al término “calidad de vida” en bioética?” *Cuadernos de Bioética*. Vol. XII. No. 61. Septiembre – diciembre 2006.

PEREÑA VICENTE, Montserrat. “La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?” *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. No. 703. 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Sobre la igualdad en la Constitución Española”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. No. 4. Madrid. 1987.

PETTLÄ, V. et al. “Comparison of multiple organ dysfunction scores in the prediction of hospital mortality in the critically ill”. *Critical Care Medicine*. Vol. 30. No. 8. Agosto 2002.

POLAINO-LORENTE, Aquilino. “Antinaturalidad y eutanasia”. *Persona y Derecho*. No. 2. 1975.

_____ “Ansiedad ante la muerte y actitudes ante la eutanasia. Revisión crítica de un estudio experimental”. *Persona y Derecho*. No. 8. 1981.

_____ “Eutanasia y actitudes sociales”. *Persona y Derecho*. No. 7. 1980.

PORTA I SALES, J. et al. “Aspectos éticos de la sedación en Cuidados Paliativos”. *Medicina Paliativa*. Vol. 9. No. 1. 2002.

President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. *Defining death. Medical, legal and ethical issues in the determination of death*. Julio 1981.

PUY, Francisco. “La eutanasia hoy”. *Persona y Derecho*. No. 26. 1992.

RIVES SEVA, José María. “Testamento vital y objeción de conciencia”. *Diario La Ley*. Año. XXIX. No. 6898. Marzo 2008.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. “La autonomía del menor: Su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas”. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. No. 2. 2005.

ROYES I QUI, Albert. “El documento de voluntades anticipadas”. *Jano*. Vol. LXV. No. 1495. Extra noviembre 2003.

S. A. “A controlled trial to improve care for seriously ill hospitalized patients. The study to understand prognoses and preferences for outcomes and risks of treatments (SUPPORT). The SUPPORT Principal Investigators”. *JAMA*. Vol. 274. No. 20. Noviembre 1995.

S. A. “Harvard Criteria: A definition of irreversible coma. Report of Ad Hoc Committee of Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death”. *JAMA*. Vol. 6. No. 205. Agosto 1968.

S.A. “Practice parameters: Determining brain death in adults. Report of the Quality Standards Subcommittee of the American Academy of Neurology”. *Neurology*. Vol. 45. 1995.

S.A. “Reflections on artificial nutrition and hydration colloquium of the Canadian Catholic Bioethics Institute”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. 18. No. 62.

SÁNCHEZ-CARO, Javier. “La ley sobre autonomía del paciente y su repercusión en las Comunidades Autónomas”. *Revista de Administración Sanitaria*. Vol. 1 No. 2. 2003.

SANS-SABRAFEN, Jordi. “Entre la muerte inevitable y la búsqueda de la inmortalidad”. *Medicina Clínica*. Vol. 119. No. 3. 2002.

_____ “Entre la muerte inevitable y la búsqueda de la inmortalidad”. *Jano*. Vol. LXV. No. 1495. Noviembre 2003.

SANTOS DE UNAMUNO, C. “Documento de voluntades anticipadas: Actitud de los pacientes de atención primaria”. *Atención Primaria*. Vol. 32. No. 1. 2003.

SANZ RUBIALES, Álvaro et al. “Actitudes ante el final de la vida en los profesionales de la sanidad”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. XVII 2a. No. 60. 2006.

_____ “Actitudes ante el final de la vida en los profesionales de la sanidad”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. XVII 2a. No. 60. 2006.

SARALEGUI RETA, I. et. al. “Instrucciones previas en medicina intensiva”. *Medicina Intensiva*. Vol. 28. No. 5. 2004.

SCHNEIDERMAN, Lawrence J.; **JECKER**, Nancy S. y **JONSEN**, Albert R. “Medical futility: it’s meaning and ethical implications”. *Annals of Internal Medicine*. Vol. 112. No. 2. Junio 1990.

SEMICYUC. “Código Ético de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. 18. No. 62. 2007.

SEOANE, José Antonio. “Derecho y planificación anticipada de la atención: Panorama jurídico de las instrucciones previas en España”. *Derecho y Salud*. Vol. 14. No. 2. Julio–diciembre 2006.

SERRANO RUÍZ-CALDERON, José Miguel. “La Ley 41/2002 y las voluntades anticipadas”. *Cuadernos de Bioética*. Vol. XVII. No. 59. Enero-abril 2006.

SHANNON, Thomas A. (ed.). *Bioethics: Basic writings on the key ethical questions that surround the major modern biological possibilities and problems*. 4a ed. Paulist Press. New Jersey. 1993.

SIMÓN-LORDA, Pablo. “Aspectos éticos de la hidratación y nutrición artificial en el paciente con esclerosis lateral amiotrófica”. *Revista de Neurología*. Vol. 1. No. 4. 2005.

SINGER, Peter. A. et al. “Bioethics for clinicians: 6. Advance care planning”. *Canadian Medical Association Journal*. Vol. 155. No. 12. Diciembre 1996.

SINGER, Peter. A.; **MARTIN,** Douglas K. et. al. “Reconceptualizing Advance Care Planning From the Patient's Perspective”. *Archives of Internal Medicine*. Vol. 158. 1998.

_____ “A new model of advance care planning. Observations from people with HIV”. *Archives of Internal Medicine*. Vol. 159. 1999.

SITURANA, Juan Carlos. “Lo que ya compartimos sobre la eutanasia”. *Jano*. Vol. 68. No. 1561. 2005.

SOLSONA DURÁN, J. F. et al. “La adjudicación de recursos en los pacientes con mal pronóstico: la necesidad de un debate”. *Medicina Intensiva*. Vol. 31. No. 2. 2007.

SPAEMANN, Robert. “La ética mundial como ‘proyecto’”. *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*. España. 2ª serie. XXIII. No. 50. Abril-mayo de 1997.

_____ “¿Son todos los hombres personas?” *Cuadernos de Bioética*. España. Vol. VIII. No. 31-3ª. Julio-septiembre de 1997.

_____ “¿Matar o dejar morir?” *Cuadernos de Bioética*. Vol. 18. No. 62. 2007.

TENO, J. et. al. “Advance directives for seriously ill hospitalized patients: effectiveness with the patient self-determination act and the SUPPORT intervention”. *Journal of the American Geriatrics Society*. Vol. 45. No. 4. 1997.

THOMAS PUIG, Petra María. “Valores y principios constitucionales”. *Parlamento y Constitución*. España. No. 5. 2001.

TRUEBA GUTIÉRREZ, Juan Luis. “La muerte clínica: un diagnóstico y un testimonio”. *Anales del sistema sanitario de Navarra*. Vol. 30. No. 3. 2007.

TRUOG, Robert D. “Is it time to abandon brain death?” *The Hastings Center Report*. Vol. 27. No. 5. Septiembre – Octubre 1997.

VAN DELDEN, J. J. M. et al. “The Rummelink Study. Two years later.” *The Hastings Center Report*. Vol. 23. No. 6. Noviembre 1993.

VEATCH, Robert M. “The definition of death: ethical, philosophical and policy confusion”. *Annals of the New York Academy Sciences*. Vol. 315. Noviembre 1978.

VINCENT, J.L. et al. “Use of the SOFA score to assess the incidence of organ dysfunction/failure in intensive care units: results of a multicenter, prospective study”. *Critical Care Medicine*. Vol. 26. No. 11. Noviembre 1998.

ZAMORA MARÍN, René. “Consideraciones éticas sobre la muerte encefálica”. *Vitral*. Año. IX. No. 49. Mayo – Junio 2002.

c) Cartas, conferencias, declaraciones y discursos.

Carta Apostólica *Salvifici Doloris* de S.S. Juan Pablo II del 11 de febrero de 1984.

Carta Encíclica *Redemptor hominis* de S.S. Juan Pablo II del 4 de marzo de 1979.

Carta Encíclica *Veritatis splendor* de SS Juan Pablo II del 6 de agosto de 1993.

Carta Encíclica *Evangelium Vitae* de S.S. Juan Pablo II del 25 de marzo de 1995.

Carta Encíclica *Fides et Racio* de SS Juan Pablo II del 14 de septiembre 1998.

Carta del Papa a los ancianos del 1 de octubre de 1999.

Discurso pronunciado por SS Juan Pablo II en el marco del Congreso Internacional de Teología Moral el 10 de abril de 1986.

Discurso pronunciado por Juan Pablo II en torno al Foro Internacional de la Democracia Cristiana el 23 de noviembre de 1991.

Mensaje de S.S. Juan Pablo II para la X Jornada Mundial del enfermo, los días 11 de febrero de 2003.

Mensaje de S.S. Juan Pablo II para la XI Jornada Mundial del enfermo, los días 11 de febrero de 2004.

Discurso de S.S. Juan Pablo II sobre el estado vegetativo y eutanasia en el Congreso sobre Tratamientos de Mantenimiento Vital y Estado Vegetativo el 20 de marzo de 2004.

Conferencia: Fe, verdad y cultura pronunciada por el cardenal Joseph Ratzinger el 16 de febrero de 2000 dentro del Primer Congreso Teológico Internacional.

Conferencia: “Latinoamérica y la diversidad cultural”, pronunciada por León Olivé el 7 de septiembre de 2007 en el marco del Simposium “Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética” realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Declaración del Instituto Borja de Bioética “Hacia una posible despenalización de la eutanasia”.

Declaración sobre la Eutanasia. Emitido por la Congregación de la Doctrina de la Fe, el 17 de junio de 1980.

Declaración sobre la atención médica al final de la vida emitida por la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL) el 11 de enero de 2002.

Recomendación 1418 (1999) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa del 25 de junio de 1999 sobre la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de los Enfermos Terminales y Moribundos.

d) Otras fuentes documentales.

Acta Bioethica. Santiago de Chile. Año VIII. No. 2. 2002.

Actas de las Jornadas de la Sociedad Internacional Tomás de Aquino. Vols. I y II. Balmes. Barcelona. 1993. 961 pp.

Anuario de Filosofía del Derecho. No. 4. Madrid. 1987. 652 pp.

Cuidados Paliativos. Guías para el manejo clínico. OMS. 2004.

Parlamento y Constitución. España. No. 5. 2001. 204 pp.

Revista Española de Derecho Constitucional. España. Año 2. No. 5. 1982. 329 pp.

XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público. Tomo I. Edeval. Valparaíso, Chile. 1995. 389 pp.

XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público. Tomo III. Edeval. Valparaíso, Chile. 1995. 317 pp.

e) Fuentes electrónicas.

<http://bidi.unam.mx>

<http://constitucion.rediris.es>

<http://content.nejm.org>
<http://dialnet.unirioja.es>
<http://hemeroteca.lavanguardia.es>
<http://oxfordjournals.org>
<http://www.aan.com>
<http://www.abimad.org>
<http://www.annals.org>
<http://www.articlearchives.com>
<http://www.asociacionbioetica.com>
<http://www.bioethics.gov>
<http://www.ccmjournal.com>
<http://www.cfnavarra.es>
<http://www.constitucion.es>
<http://www.diocesispalencia.org>
<http://www.elpais.es>
<http://www.elsevier.es>
<http://www.muertedigna.org>
<http://www.multimedios.org>
<http://www.ncbi.nlm.nih.gov>
<http://www.secpal.com>
<http://www.tribunalconstitucional.es>
<http://www.unav.es>
<http://www.usccb.org>
<http://www.vatican.va>
<http://www.vitral.org>