

**CONSIDERACIÓN BIOÉTICO - JURÍDICA ACTUAL
SOBRE EL MORIR HUMANO***
MORIR, ¿UN DERECHO?

Dra. Catalina Elsa Arias de Ronchietto
Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Civil V
Investigadora-Miembro del Centro de Investigaciones
Superiores de la Universidad de Mendoza

A Carlos Ignacio Massini Correas,
a quien agradezco configuradora amistad personal y guía
intelectual, dedico este estudio, porque al no haberlo
dirigido, puede recibirlo como genuina cosecha espiritual.

SUMARIO

Introducción

A. La Bioética Jurídica

B. El Sujeto de Derecho

B.1. Filosofía. Del universo al mundo

B.2. Antropología médico-filosófica. Del cuerpo personal al organismo animal.

B.3. Filosofía Jurídica. Del ius a la lex

B.4. Los derechos humanos. Morir, ¿un derecho?

C. Ética, Derecho y Bioética

C.1. Naturaleza jurídica del acto del médico

C.2. El "testamento vital". ¿Sólo una nominal paradoja?

C.3. El consentimiento informado del paciente. ¿Es algo más que un asentimiento expreso?

C.4. Algunas consideraciones sobre la ley 24.193

D. Conciencia solidaria. ¿El suicidio asistido?

D.1. Ortotanasia, eutanasia y distanasia. Validez jurídica de su distinción

Precisiones conclusivas

* Una versión anterior del presente trabajo ha sido publicada en el mes de diciembre de 1997 en la revista El Derecho, Bs. As. A la versión actual se han agregado observaciones, de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU.

INTRODUCCIÓN

Las presentes reflexiones, tal como su título lo sugiere, se centrarán en la consideración bioético-jurídica del morir humano en la actualidad como pauta especialísimamente expresiva de nuestra cultura, y de su crisis y transformación contemporáneas, a las que de puro acuciantes, corremos el riesgo de negarlas o de retacearles atención proporcionada a su entidad y significación. Así nos lo indica, en el tema, la sanción en Holanda, en febrero de 1993, de la ley que legalizó la eutanasia y que pasó casi desapercibida aunque constituyó un hecho ético-jurídico y político profundamente trascendente. Es expresiva de su gravedad, incluso por la "naturalidad" con la que se incorporó al mundo jurídico, junto con su antecedente la ley dinamarquesa de 1992. A ellas se sumó, en diciembre de 1994, la ley de Oregon, EE. UU, y tal parece ser el rumbo legislativo predominante en un futuro próximo.¹

Nuestra inquietud central en el tema desearíamos plantearla, al inicio de este estudio, en los siguientes términos: **¿Está naciendo**

1. DIARIO "LA NACIÓN", Bs. As., 12 nov. 1994. La noticia es tan escueta como significativa. Informa acerca de la primera legalización en EE.UU. de la eutanasia, con origen en un referéndum que registró una mayoría del 52%. "A partir del 08 de diciembre los médicos podrán recetar una dosis letal del medicamento adecuado para producir la muerte. Los requisitos son: que dos médicos atestigüen y coincidan con el diagnóstico y pronóstico de la enfermedad la que no deberá ofrecer una sobrevivida de más de 6 meses. Es indispensable que el paciente la haya solicitado dos veces una en forma oral y otra por escrito. La ley ordena 2 semanas de espera entre la solicitud y la ejecución. Por último, el paciente puede optar entre ejecutar el acto final por sí mismo o si lo debe hacer el médico".

07 Marzo 1997. "Eutanasia en Australia" *Sydney*, (Reuter). Una mujer desahuciada por los médicos se convirtió en la segunda persona en morir bajo la ley de eutanasia australiana, la primera de su tipo en el mundo, usando una computadora. Los partidarios de la eutanasia dijeron que *Janet Mills*, de 52 años, afectada por una forma rara de cáncer que desintegra la piel, murió el jueves último. La ley sobre eutanasia entró en vigor en el Territorio del Norte en julio. En setiembre, Bob Dent, de 66 años y enfermo de cáncer, se convirtió en el primero en usarlo".

GAFO, Javier, "10 palabras clave en Bioética", Verbo Divino, Navarra, 1993, págs. 90-167, págs. 126-127. En cuanto a Holanda, *Javier Gafo*, estima ciertas las cifras oficiales de 3.000 casos anuales por aplicación de una sobredosis de morfina o de cianuro. En 1950 se envió a la ONU una solicitud de enmienda de la Declaración de los Derechos del Hombre que incluyese el derecho a la eutanasia para enfermos incurables, petición reiterada en 1968 y 1970 paralela a varias decisiones judiciales que en EE.UU. admitieron la interrupción de la alimentación artificial a pacientes terminales.

DIARIO "LA NACIÓN", 24 de junio 1996 "La muerte digna empieza a tener reglas claras", título de la nota que informa que, en la República Argentina, hay un despacho conjunto de legisladores radicales y peronistas de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados sobre el controvertido anteproyecto sobre muerte digna en próximo tratamiento. En principio la comisión concuerda en que quedarán excluidos los menores y los enfermos en coma y tampoco serán admitidas acciones que precipiten el deceso. El caso Parodi, según declaraciones del diputado *Álvarez* es el que dio lugar al inicio decisivo del tratamiento del proyecto; "... El 30 de junio de 1995 Ángel Fausto Parodi ingresó en el Hospital zonal General de Agudos de Mar del Plata con un foco de gangrena en su pie

hoy un hombre cuya muerte, momento y circunstancias, serán legítimamente dispuestas por otros, sus pares? ¿O lo estamos "produciendo" bajo el imperativo tecno-científico?

Julián Marías, en 1992, ratificando lo que con típica expresividad española, denomina "la intemperie de nuestros días", señaló: "Personalmente me asombra la facilidad con la que el hombre de nuestra época admite la destrucción de lo más real que conocemos: una persona humana: tú, yo"². Entre lo mucho escrito sobre este asombro -estupor- como personal respuesta contemporánea, hemos elegido la expresión de Marías, porque expresa con concisión lo central de la advertencia que el tema cuyo desarrollo ofrecemos exige atender.

La actualidad, complejidad y dificultad del mismo y de nuestro enfoque, se vertebrarán en la persona humana como sujeto de derecho. Lo cual, en referencia al régimen jurídico nacional, evidencia el carácter configurativo, con rigor de subordinación necesaria, del reconocimiento -objetivo, absoluto y trascendente- de la dignidad del estatuto óntico de la persona humana. Su reconocimiento o su negación. No son posibles términos medios porque concluyen en inaceptables reduccionismos. Afirmamos esto con convicción y calor de causa tanto intelectual como de orden práctico.

Consideramos, dicho frontalmente, que en temas de esta índole este reconocimiento es un punto de partida ineludible. No son aceptables -ni leales- las propuestas pretendidamente eclécticas. En verdad

derecho. Los médicos diagnosticaron diabetes, agravada por un cuadro de alcoholismo crónico. Tras la primera amputación, se comprobó luego un problema similar en el pie izquierdo. Frente a esta nueva y traumática demanda quirúrgica, Parodi negó su consentimiento. Ante estas circunstancias intervinieron el comité de bioética del nosocomio marplatense y se dio intervención al juzgado en lo criminal y correccional n° 3 de Mar de Plata. El dictamen judicial fue concluyente: aconsejó, sobre las bases del principio de autonomía "respetar la voluntad previamente expresada por el paciente de rehusar la amputación propuesta". Pocas semanas después el paciente internado murió".

DIARIO "UNO", Mendoza, Argentina, **27 de junio de 1997**. Ya en prensa este estudio es reconfortante la noticia que la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos convalidó las leyes de los Estados de New York y de Washington que prohíben el llamado suicidio asistido.

DIARIO "LA NACIÓN", Bs. As., Argentina, **27 de junio de 1997**, n° 45.136, sec. 1, pág. 2 "Contra la eutanasia". Idem.

DIARIO "ÁMBITO FINANCIERO", Bs. As., Argentina, **27 de junio de 1997**, pág. 22, ídem.

En las conclusiones comentaremos esta alentadora jurisprudencia del más alto tribunal estadounidense.

2. MARIAS, Julián, "La previsión de Leibniz", DIARIO LA NACIÓN, Bs. As., 1.993.

impiden, traicionándola, la vigorosa convergencia que debe animar el pluralismo social como forma cierta y planificadora de participación en el bien común garantizando que la vida y la muerte humana no quedan libradas "a las circunstancias del caso". "...Nunca como ahora ha tenido el hombre un sentido tan agudo de la libertad frente a nuevas formas de esclavitud social y psíquica"³.

En el presente estudio trataremos de dilucidar "qué" se le debe desde el Derecho al ser humano sufriente que se encuentra atravesando la etapa terminal de su existencia. ¿Cuáles son los deberes que le adeudan su familia, la sociedad, el estado y en especial, el principal sujeto como el "otro" en esta situación, el médico, el equipo médico y sus auxiliares? ¿Corresponde, en nuestro país, legalizar la eutanasia y/o el suicidio asistido? ¿O tal como lo propone el derecho comparado es más acertado subsumir tal conducta -¿médica?- en el homicidio atenuado denominándolo "homicidio por piedad"⁴. La ortotanasia -proporción entre los medios terapéuticos y el estado del paciente- ¿cuándo es tal? ¿qué criterio rige la certeza de la proporción justa en tan complejísticas decisiones? Los "living-will" paradójicamente llamados "testamentos vitales" ¿qué son para el Derecho? ¿Cómo prevenir e impedir el abuso pseudoterapéutico en el que se desvirtúan, demasiadas veces, los recursos quimioterápicos, farmacológicos y, en especial, los quirúrgicos, tales como los trasplantes

3. GAUDIUM ET SPES, "Constitución Pastoral, La Iglesia en el mundo contemporáneo". Concilio Vaticano II, Paulinas, Bs. As., 1.966, pág. 6.

4. Así lo califica el anteproyecto español del nuevo Código Penal de 1.992 y la corriente doctrinaria propulsora del mismo propugnan penas menores para la Inducción al suicidio, el homicidio consentido de una persona mayor de 18 años. El Código Penal de Colombia sanciona con muy baja escala penal para el homicida por piedad, el Código Penal del Perú de 1991 prevé en el artículo 112 "Una pena no mayor de 3 años para quien por piedad mata a un enfermo Incurable que lo solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus interminables dolores".

En 1947, PÍO XII, la rechaza con su arquetípica sabiduría. Respecto a la eutanasia por piedad dice "no basta con que el corazón sea bueno, sensible, generoso, debe ser también sabio y fuerte... una de esas falsas piedades es la que pretende justificar la eutanasia y sustraer al hombre del sufrimiento no por medio de un consuelo caritativo sino con la muerte como se hace con un animal sin razón y sin inmortalidad".

Declaración sobre la eutanasia, Paulinas, Bs. As., 1.984. Se debe a PÍO XII la distinción entre medios ordinarios y extraordinarios. Un grupo de médicos le planteó: la supresión del dolor y de la conciencia por medio de narcóticos está permitida al médico y al paciente incluso cuando la muerte se aproxima o cuando se prevé que el uso de narcóticos abreviará la vida? El Papa contestó: "Si no hay otros medios y si, en tales circunstancias ello no impide el cumplimiento de otros deberes religiosos o morales, sí (Discurso del 24-2-1957). En este caso la muerte no es querida o buscada de ningún modo por más que se corra el riesgo por una causa razonable, se intenta mitigar el dolor de manera eficaz usando a tal fin los analgésicos a disposición de la medicina. PÍO XII advierte el límite: "no es lícito privar al moribundo de la conciencia propia sin grave motivo" (Alocución 9-9-1958).

de órganos a pesar de su regulación en la ley 24.193? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del acto del médico -siempre- con independencia de las circunstancias del paciente?

Consideramos que estamos ante un tema profundamente revelador de nuestra identidad como Nación, fruto de nuestra originalidad histórica, de nuestra cultura⁵. Desearíamos por ello contribuir a incentivar el diálogo, también el debate, la discrepancia franca entre nuestros colegas, nuestros alumnos y todos aquellos interesados desde la Ética, la Metafísica, la Filosofía, la Teología Moral, las Ciencias Médicas, las Ciencias Biológicas, la Sociología, la Psicología, desde sí y desde la confluencia de todas ellas en la acuciante, contemporánea Bioética, a través de sus Centros de Estudios, Comités Hospitalarios y la cada vez más amplia bibliografía especializada. Se trata de temas que integran los programas de estudio de nuestra Universidad como ocurre en la mayoría de las Universidades del país y del exterior.

En cuanto a la calificación de "bioético-jurídico" que hemos aceptado para este enfoque, pensamos que es oportuno destacar que conlleva el deliberado propósito de aprovechar la formidable fuerza normativa de las palabras para abrir y delimitar espacios y, así, reclamar para el Derecho, dentro del lenguaje cada vez más receptado de la Bioética, la

5. PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Historia de la originalidad constitucional argentina*, Martín Fierro, Depalma, Bs. As., 1994. vid.:Cap. V, págs. 51-67, 106 págs. En esta obra el autor ratifica, doce años después, su adhesión al pensamiento alberdiano exhaustivamente expuesta en *El pensamiento conservador de Alberdi y la constitución de 1853*, Depalma, 1984, 177 pág. El prestigioso historiador y constitucionista, con convicción que nos consta, señala "... el legislador humano debe operar reconociendo la existencia de la constitución dada. Jamás debe pretender crear de la nada conforme racionales utopías." pág. 53.

MONTEJANO, Bernardino, "Villey, Burke y el espíritu de la doctrina del derecho natural", en *Persona y Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992.

SEGOVIA, Juan E, *Julio Irazusta, conservatismo y nacionalismo*, EDIUM, Mendoza, 1992, 211 págs.

Nuestra referencia a la Constitución histórica en el texto obedece a la intención de oponerla a toda Ideología que pretendiese "crearnos". Como precisa SEGOVIA, citando a PALACIO: "... Llamamos ideología a la especulación racionalista que alza en el vacío construcciones teóricas sin posibilidad de realización práctica e Ideólogos a sus cultores", pág. 37.

MASSINI CORREAS, Carlos, *El renacer de las ideologías, Idearium*, Mendoza, Argentina, 1.984, págs. 126. Recuerda MASSINI CORREAS, "... la solercia (vid. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, VI, c. 2) consiste en la capacidad para adaptar los juicios prácticos a las nuevas circunstancias (...) El ideólogo es un planificador total que no acepta las consecuencias de la libertad humana... reflexión que culmina citando a IRAZUSTA"... seguro de su cabeza, menos seguro de su corazón, creyó eliminar del mundo el azar aún subsistente, estableciendo una ley fija, dictada a voluntad por su razón abstracta. Como un príncipe que abdicara al día siguiente de recuperar el trono, el hombre moderno volvióse esclavo de una nueva quimera..." págs. 103-104.

consideración plena de su realidad analógica centrada en su principal analogado: "la conducta humana exterior y referida a otro sujeto jurídico objetivamente debida y, en principio, coercible"⁶. Conducta desde la que el Derecho se vincula inescindiblemente a la Ética o Filosofía Moral, y unidos ambos órdenes, deslindan lo lícito de lo ilícito, lo posible y lo prohibido por la Bioética referido a las ciencias médicas y a las ciencias biológicas. Esa es la relación jerárquica que sostenemos, corresponde en el plano normativo en un orden socio-político congruente con el reconocimiento de la dignidad del sujeto de derecho: la persona humana y la exclusiva función coercitiva de la ley positiva.

Por último, teniendo presente el compromiso moral que éste y otros temas bio-jurídicos, tales como la problemática del SIDA, la procreación humana médicamente asistida y otros, implican para nosotros y para las generaciones futuras, insistimos, aunque en minoría, en rechazar como calificativo para los mismos el de "transdisciplinarios"⁷. In-

6. SOAJE RAMOS, Guido, *El concepto de derecho II*, págs. 5/7, INFIP, Bs. As., 1.976.

MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del Derecho. El derecho y los derechos humanos*, Abeledo-Perrot, Bs. As., T. 1, 1994, págs. 39-43, 286 págs. cfr. Cap. I. "Aproximación al concepto de derecho".

Del mismo autor, *vid. El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, págs. 15-28, 267 págs. Concluye el autor "El derecho, pues, en su primer analogado, es un acto, una obra humana, por la que se cumple la exigencia de justicia de dar a cada uno lo suyo". En homenaje a la amistad universitaria que nutre la vida de nuestra Universidad es grato recordar que el autor dedica este excelente estudio, a la memoria de Benigno MARTÍNEZ VÁZQUEZ y de Héctor CORVALÁN LIMA, recordados profesores y autoridades de esta casa.

LACHANCE Louis, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Taladriz, Bs. As., 1953., págs. 266-267, 404 págs., "La noción de derecho está esencialmente ligada a aquellas de finalidad y de persona. Un derecho sin un sujeto que fuese su beneficiario, construiría una figura de mecánica puramente abstracta, puramente lógica..." (...) La persona humana es la única capaz de realizar las condiciones radicalmente prerrequeridas por la aptitud jurídica.

KALINOWSKI, Georges, *Concepto, fundamentación y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983. 123 págs., *vid.* "Nombres y conceptos analógicos jurídicos", págs. 51-57.

VIGO, Rodolfo, *Las causas del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983.

7. BORDIN, Celia, Fracapani, Marta, Giannaccari Liliana y Bochaty, Alberto, Miembros del comité de asesoramiento bioético del Hospital Notti de Mendoza sostienen en Bioética, *experiencia transdisciplinaria desde un comité hospitalario latinoamericano* Facultad de Ciencias Médicas, UNC, Mza., 1994, pág. 5, 267 págs.: "la bioética llama desde su raíz a una intervención interdisciplinaria o mejor dicho trans+disciplinaria porque se trata de realizar una suerte de síntesis y su fuente es lo trascendente de cada una de las otras disciplinas o ciencias".

MAINETTI, José A., la define como "disciplina académica y discurso sistemático" y opta, según nos parece en su nutrida producción de pionero en esta amplia temática bioética en nuestro país por calificarla como interdisciplinaria. Del mismo autor: *Bioética sistemática*, Quirón, La Plata, 1991. *Bioética Fundamental: La crisis bioética*, Quirón, La Plata, 1990. Recomendamos esta obra en la que luce la experiencia del autor en la materia.

sistimos en la calificación de interdisciplinarios porque, nos sentimos ciertos que así lo impone el debido rigor tanto metodológico como epistemológico. Sólo de ese modo es posible un encuentro esclarecedor, fuente dialógica de criterio razonable de opinión pericial calificada, fruto del "esfuerzo de mediación a fin de salvar la incomunicación entre la cultura científica y tecnológica, por una parte, y la cultura humanística, por otra." Esfuerzo al que nosotros desde el Derecho, respaldamos en la observancia coercitiva de las leyes, nacidas de la **exclusiva y excluyente** función imperativo-normativa ético-jurídica⁸.

Tal como lo señala, *Héctor Padrón*, a quien seguimos en este punto de nuestro desarrollo "... este esfuerzo se enfrenta con los tres rasgos que *G. Hottois* señala como propios del imperativo tecno-científico: a) es an-ético: implica hacer todo lo que es posible hacer. En aras de una libertad centrada en un hacer sin término, abismal, b) es no ontológico, la tecnociencia sólo conoce una plasticidad insondable

8. HOOFT, Pedro F., "*Bioética y Derecho*", en *El Derecho*, U.C.A., T. 132.

MATEO, Ramón, *Bioética y Derecho*, Ariel S.A., Barcelona, 1987. En especial, *vid.*: "La positivización de la ética", págs. 157-181. 189 págs.

BORDA, Guillermo A., "Acerca del llamado daño biológico", en *El Derecho*, U.C.A., Bs. As., T. 152.

RODRIGUEZ VÁRELA, Alberto, "La vida y la muerte frente al derecho", en *El Derecho*, U.C.A., 9-12-93.

BLANCO, Luis G., "Bioética Proyecciones y aplicaciones jurídicas", en *El Derecho*, U.C.A., 21-7-94, Bs. As.

CERRUTI, Francois-Régis, *L'euthanasie, Approche médicale et juridique*, Préface de Louis-Vincent Thomas, Privat, Toulouse, 1987, *vid.*: *Approches juridiques del'euthanasie*", págs. 231-302, 309 págs.

ANDORNO, Roberto, "Impacto tecnológico y manifestación social en el derecho privado", en *La Ley*, Bs. As., 1990.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano", en *El Derecho*, U.C.A., Bs. As., T. 153.

PELLEGRINO, Edmund, "La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica", en *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, Washington, 1990, págs. 379-391, 651 págs.

GRACIA, Diego, "La Bioética médica", en *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, Washington, 1990, págs. 374-379, 651 págs.

BASSO, Domingo, *Nacer y morir con dignidad. Bioética*, Prólogo de Jorge A. Mazzinghi, Depalma, Bs. As. 1993, *vid.*: "Principio de la causa de doble efecto" pág. 390, "La vida humana terminal artificialmente abreviada (el suicidio y la eutanasia)" págs. 415-472. "Dignidad humana y respeto por la vida, fundamentos antropológicos" págs. 17-53.

HERRERA, Julio J., "Algunos significados del acto suicida", en *Cuadernos de Psiquiatría*, n°s, 15/16. Mendoza, U.N.C., 1981, págs. 86-98, 145 págs.

YAMPEY, NASIM, BORONAT, CARLOS B., *Desesperación y suicidio*, Kargieman, 159 págs.

y la explota, la plasticidad de la materia, del viviente, de la naturaleza del hombre que lo invita a recrearla, c) es no discursivo, este imperativo tecnocientífico se ubica fuera de la dialogicidad, fuera de la comunidad humana del logos. La razón tecnocientífica "es ciega y es muda", no va a ninguna parte, sólo avanza sin más en todas las direcciones explotables" (...). Inquieta Héctor Padrón: "En suma, frente a la configuración que parece irreversible, de un tecnocosmos y una tecnociencia multívoca, se trata de saber si la Bioética (bios=vida, ethos=moral) está en condiciones de sostener de manera racionalmente fundada el ethos del hombre con todos sus derechos y deberes; o si, por el contrario, su esfuerzo generoso en el principio queda subsumido en sus resultados en el poder inconsulto de un nuevo imperativo, el imperativo tecnológico que de suyo, reconoce como único límite ético el límite de lo posible tecnológicamente hablando. Así la inevitable cuestión de la imputación y de la correspondiente licitud o ilicitud de los actos humanos, se trasladada del ser al hacer admitiendo para éste sólo un límite móvil, es decir una estructura tal que ella misma implica la transgresión sin otra medida que la posibilidad táctica del hacer..."⁹.

Por lo expuesto y pese a la autoridad en el tema de *Mainetti*, no compartimos su convicción acerca de que la Bioética, conjuga biología y moral en síntesis paradigmática de ciencia y conciencia, hechos y valores, ser y deber ser" porque su enfoque excluye la fundamentación ontológica y sostiene que nos encontramos ante una redefinición acerca de qué es humano. Esto, además, en el plano jurídico -ámbito axiótico-normativo -al que no considera de suficiente modo-, pretende desvincular a la ley positiva de su fundamento objetivo y trascendente.

9. PADRÓN, HÉCTOR, "La cuestión de la bioética", en AA. W., *Ética y cultura contemporánea*. EDIUNC, Mendoza, 1993, págs. 43-56, pág. 46. Del mismo autor, vid.: *Tecnociencia y Ética*, Facultad de Filosofía y Letras, U.N.C., Mendoza, 1994, vid.: págs. 22-24, págs. 1-26; 26 págs. "Tecnociencia y libertad", de original que nos facilitó el autor: "...vemos cómo la ciencia moderna contiene dentro de sí misma un proyecto operatorio ... ya F. BACON, en *La Nueva Atlántida* señalaba que, el poder y el dominio sobre la naturaleza exigen actuar en vista de extender el imperio del hombre sobre la naturaleza entera y ejecutar todo lo que es posible (...) ciertas tecnologías contemporáneas ya no satisfacen necesidades elementales para el hombre sino que son empleadas en crear necesidades artificiales..." 30 págs.

A. LA BIOÉTICA JURÍDICA

La bioética jurídica, tal como propiciamos denominarla, se funda en el reconocimiento de ser quién es el sujeto de derecho y en la adecuación del régimen jurídico a ese reconocimiento básico y, por cierto, configurante. Coincidimos profundamente con el iusfilósofo español, *Javier Hervada*; quien afirma: "...Hoy el problema de la persona es enfocado casi exclusivamente desde un punto de vista psicológico y ético con preocupaciones esencialmente sociales, políticas y económicas. Pero, a la vez, se olvida nada menos que la dimensión ontológica de la persona, es decir, lo que es el soporte mismo de su originalidad psicológica, de su valor moral y de su destino espiritual"¹⁰.

B. EL SUJETO DE DERECHO.

B.1. FILOSOFÍA. DEL UNIVERSO AL MUNDO.

Los títulos -nombres- nunca son casuales. Siempre indican algo acerca de lo central de la preocupación que los ha motivado y que, seguramente, predominará en su desarrollo. Por ello, en este estudio, en su título, "Consideración bioético-jurídica actual sobre el morir humano", el calificativo humano señala -subrayando- al sujeto del acto de morir: la persona humana. A su vez, la elección del infinitivo morir y no del sustantivo muerte resalta el morir como acto, porque como tal integra -culminándolos- los actos del vivir humano. Morimos cuando estamos vivos. No es la muerte algo que sobreviene sino que, cada vez, bajo las más diversas circunstancias, pero -con idéntico sentido siempre- es alguien quien muere cuando ese misterioso, biográfico, intransferiblemente propio instante, llega a cada vida. **Instante cuyo misterioso desconocimiento en cuanto a su fecha, circunstancias precisas y, a su indisponibilidad, hacen a la prístina, inefable realidad de ser quienes somos: ser sustancial de naturaleza racional. El único ser capaz de revelar al "otro" y remitir a su Creador.**

10. HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, EUNSA, Pamplona, 1990, pág. 11, "La juridicidad no la crea el poder ni la sociedad, sino que dimana del ser humano", págs. 115-125, 195 págs.

COTTA, Sergio, "La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho", en *Persona y Derecho*, Pamplona, 1982, págs. 13-18.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y Persona*, Normas Legales S:A., Perú, 1995, "La persona como protagonista del derecho", págs. 77-83, "La coexistencialidad de la vida humana y el derecho" págs. 83-86, 115 págs.

La referencia al momento actual alerta -ésta es la urgente preocupación- acerca de la eventualidad de un cambio ético en cuanto a la apreciación de una realidad humana esencial connotada, tanto por certezas "de siempre" fundadas en la confianza de su intrínseca intangibilidad como por situaciones y decisiones que nunca antes se habían presentado respecto al morir humano en y desde la Biomedicina y la cultura en general frente a la Ética y al Derecho¹¹.

Por último, la calificación de bioético -jurídico en cuanto al enfoque acentúa en el mismo al Derecho como orden dikelógico- nucleado en el secular principio de justicia: "Dar deliberadamente a cada uno lo suyo, propio y debido". Nos remite, vigorosamente, al centro de nuestra preocupación: el reconocimiento de la dignidad del estatuto óntico del exclusivo titular de "lo suyo", el sujeto de derecho, el viviente racional. El sujeto exclusivo, reiteramos, de lo "suyo", su derecho. Derecho cuyo reconocimiento en cuanto tal, "suyo", se caracteriza por ser **inexcusable**: absoluto, obliga al cumplimiento de la deuda-deber del otro de modo inexcusable, fuera de toda circunstancia que pretenda relativizarlo; **objetivo**, su consistencia intrínseca es independiente de los contenidos subjetivos de conciencia lo cual aleja lo propiamente humano del criterio consensualista; **trascendente** desde una doble vertiente: ontológica y gnoseológica. Así lo señala *Carlos Ignacio Massini Correas*, siguiendo a *Guido Soaje Ramos*: la de un trascendentismo gnoseológico que implica la afirmación de la posibilidad de conocer realidades diversas de nuestra propia conciencia y de un trascendentismo ontológico, afirmación de la existencia de una realidad que supera y se distingue del mundo material. Corresponde recordar

11. ROA, Armando, *La extraña figura antropológica del hombre de hoy*, Universitaria, Chile, 1991, Prólogo de RAUL ZURITA. Insta el autor "a remover los pseudocimientos de la cultura positivista que lo ha relativizado todo por la implementación en especial en los jóvenes de una vigorosa ética de principios".

PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Rialp, Madrid, 1980, 572 págs. vid. "Justicia" "...El hombre como creatura, fundamento de la irrevocabilidad del derecho..." pág. 96.

MERAN, Johannes, "El arte de la red. Ideas para evitar que la muerte sea un hecho disonante", en *Bioética. Consideraciones filosófico-teológicas sobre un tema*, AA. VV. Rialp, Madrid, 1992, pág. 165-187, 206 págs.

LLANO ESCOBAR, Alfonso, "El morir humano ha cambiado", en *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, Washington, Vol. 108, 1990. "Hoy es común que las personas mueran en instituciones privadas del apoyo de su familia..." págs. 472, 465-472, 651 págs.

HOOFT, Pedro, ZANIAR, Justo y otros, "Estado actual y perspectivas de la bioética en la Argentina", pág. 556-565 en *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, 651 págs.

que por el contrario, el inmanentismo gnoseológico identifica el ser con el pensar y que el inmanentismo ontológico reduce lo real a lo intramundano y por ello se constituye en el fundamento, que no quiere ser tal, de las teorías contractualistas, utilitaristas y otras afines en el tema¹².

Joseph de Finance, en su Tratado de Ontología, "El conocimiento del Ser", desde su autoridad y erudición, en esta obra, encantadoramente presentada por su autor como "un libro de buena fe", exalta la clásica definición de *Boecio*: "*Naturae rationalis individua substantia*", sustancia individual de naturaleza racional, realizada por Tomás de Aquino, siglos después: "*Subsisten in rationali natura*", unidad sustantiva de naturaleza racional, expresando: "En fin de cuentas la vieja definición de persona humana de *Boecio* es la que proporciona el marco más satisfactorio para una metafísica de la persona..." "...Las demás definiciones son válidas en la medida en que se apoyan en ella y exponen uno u otro de sus aspectos, válidas en cuanto ellos como parciales, siempre que se reconozca esto y se exprese que, desde tal reducción, no se pretende negar a la persona su subsistencia en sí"¹³. Conforme a la ontología tomista, la unión del alma y del cuerpo constituye una unidad de existencia. "*Anima unitur corpori secundum esse unum*" (C.G. 11,81). La unión es muy profunda porque el alma humana como sustancia espiritual está unida al cuerpo a título de forma substancial, de tal modo que el acto de existir por el que subsiste el compuesto es idéntico al acto de existir por el que subsiste la forma (C.G.II, 68). *Joseph Rassam*, a su vez, desarrolla: "...la persona es un ser concreto, una sustancia primera o hipóstasis, es decir, un individuo que subsiste

12. MASSINI CORREAS, Carlos, "Inmanencia, trascendencia y derechos humanos" Ap. II, *Filosofía del Derecho*, T.I, op. cit. págs. 215-223, vid.: "Derechos y trascendencia ontológica" Cap. V. págs. 161-175. Del mismo autor, cfr. "Derechos humanos débiles y derechos humanos absolutos", en *separata Revista: O Direito*, Lisboa, 1991, pág. 24-28, 40 págs. Me permito señalar que considero que éste es uno de los más importantes estudios del destacado profesor mendocino y significó, según me parece, el punto de partida de los siguientes. Así, cfr.: "La normatividad de la naturaleza y los absolutos morales", en *Sapientia*, Bs. As., n° 195-196, 1995, págs. 99-105, *La falacia de la falacia naturalista, Idearium*, Mendoza, 1995."... De la falacia naturalista a la abolición del hombre: ... será necesario abrir el entendimiento, más allá de los prejuicios filosóficos de gran parte de la intelectualidad contemporánea, aún Absoluto trascendente, no sólo gnoseológico, sino también ontológico, es decir, **a una realidad absoluta que se encuentra más allá de la contingencia, la que no resulta ser sino su signo o manifestación**" (subrayado nuestro). Del mismo autor, cfr. la importante compilación *El lusnaturalismo actual*, S. COTTA, F D'AGOSTINO, A. MACYNTYRE, P. SERNA, R. SPAEMANN, J. M. TRIGEAUD, y otros igualmente notables pensadores contemporáneos, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996, 510 págs.

13. DE FINANCE, Joseph, *El conocimiento del ser, Tratado de ontología*, Madrid, Gredos, 1971, págs. 30-55, págs. 472-478, 510 págs.

en sí, como un todo completo, con sus determinaciones esenciales y sus características accidentales, integradas en el acto de existir que ejerce por su propia cuenta. El hombre no es una persona únicamente por su alma sino por la unión sustancial de un alma espiritual y de un cuerpo material, unión por la que subsiste como ser singular (In III Sent. d.5, q. 3., a.2)". Conforme a ello, sujeto propio del existir, la persona es más que la naturaleza humana individuada sólo existe por el existir de cada persona. La persona tiene la iniciativa y el dominio de sus actos, precisamente porque es el sujeto singular que ejerce por sí mismo, en una naturaleza intelectual, el acto de existir¹⁴.

La palabra sujeto, considerada como realidad fundamental, como sub-iectum al modo clásico indica una realidad -dada- soporte óntico de lo suyo, su derecho, deuda del otro. De tal realidad substancial dimana con carácter raigal la juridicidad, que como su etimología lo sugiere, indicará el *ius*. En la estructura ontológica del ser humano está fundamentada su dimensión jurídica, como hemos subrayado, y está perfilado el contenido, de los bienes que *John Finnis* denomina "bienes humanos básicos"¹⁵ de carácter fundamental, entre ellos la vida desde su concepción hasta su último instante. **La condición ontológica de persona abarca -fundamentando- al sujeto en su dimensión jurídica la cual, vincula radicalmente al Derecho con el estatuto óntico de la persona humana.** Dice, con fineza, *Abelardo Pithod*: "...la "personeidad" (*Zubia*) aúna en la simplicidad del alma espiritual del hombre toda la dinámica del ser humano. Ya sabemos que esta unidad no es perfecta y que el hombre es un compuesto a partir de dos naturalezas que presenta como una tensión y "cierta contrariedad". Pero en el núcleo de lo personal, (...) brota su mismidad a través de los cambios y del tiempo... Allí se refugia el alma, en sí misma y de allí brota su altísima e inviolable dignidad... En fin, el hombre es una finitud con infinitos anhelos, que no haya reposo sino se auto-posee pero, cuyo trasfondo lo deja abierto más allá de sí mismo, a la relación trascendental con aquel que lo sostiene en el Ser"¹⁶. "El hombre es algo esencialmente distinto de

14. RASSAM, Joseph, *Introducción a la Filosofía de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, Rialp, 1980, pág. 152, cfr. "El existir humano" págs. 135-163, 339 págs.

15. FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1984, 214 págs. MASSINI CORREAS, Carlos, "Realismo y derechos humanos. Una exposición a partir de las ideas de John Finnis", en revista *Atlántida*, Rialp, Madrid, págs. 55-63, 1990.

16. PITHOD, Abelardo, *El alma y su cuerpo, una síntesis psicológico-antropológica*, Grupo Latinoamericano, Bs. As., 1994, págs. 265, 323, 323 págs.

todos los demás seres -señala *Tomás Casares-* y lo es porque la inteligencia y la voluntad son algo substancialmente distinto del conocimiento sensible y de los movimientos del instinto. El positivismo asumió la tarea gigantesca y poco feliz de demostrar que la humanidad había vivido en el engaño de esa diferencia substancial o de naturaleza siendo que sólo se trataba de una diferencia de grado. El resultado fue suscitar un tipo humano que casi le dio la razón al positivismo¹⁷.

Desde el siglo XIV -el nominalismo de *Ockham*, el voluntarismo, el subjetivismo- aunque no simplemente desde ese siglo -por cuanto, en historia de las ideas, en la historia de la filosofía, las fechas son meros hitos referenciales de procesos profundos que, por esencialmente espirituales, son fruto de la historia toda de la humanidad y trascienden y desbordan toda pretensión de encasillamiento pseudo preciso porque sucesivas, impetuosas crisis fundamentales que calificaríamos de "intratemporales", vuelven mundo al universo y este deviene mudo en lograda síntesis de *Jacques Maritain* quien en "*Le songe de Descartes*", precisa que, la vana ruptura del movimiento del alma hacia la sabiduría, el soberbio desasimiento del pensamiento con el ser y la ruptura irreverente del compuesto humano, paralelos al endiosamiento de la razón, desconociéndola como realidad, creada, insuflada la presenta como fundada en sí misma y, por ello, audaz autoconstructora del mundo y de sus elementos, entre ellos, el ser humano mismo¹⁸.

El hombre, abdica. De señor, subsistencia en sí, todo sustantivo

17. CASARES, Tomás, *La justicia y el derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1974. Porque la condición humana que acabamos de enunciar tanto como de privilegio y eminencia es de fragilidad y dependencia".

18. MONTEJANO, Bernardino (h), *Ideología, racionalismo y realidad*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1981, 254 págs. vid.: "Antropocentrismo: la relativización de lo Absoluto", pág. 112-117. En esta obra se lucen la versación y el vigoroso lirismo de Montejano, págs. 42-49, pág. 45.

CALDERÓN BOUCHET, Rubén, "Guillermo de Ockam, ideólogo del siglo XIV", en *Idearium*, Universidad de Mendoza, 1975, T. 1, págs. 33-48. Con la típica, brillante ironía que matizaba sus clases a las que recordamos agradecidos tantos exalumnos de sus Cursos de Doctorado, concluye "... para la Edad Media la Iglesia era el pueblo de Dios y no se comprendía la idea de que se pudiera reclamar un bien perteneciente al pueblo de Dios en nombre de otro pueblo. Ockam, sin mucha claridad, advirtió la presencia de esa nueva constelación y como era una suerte de emporio de todos los lugares comunes de su tiempo se apresuró a darle un estatuto ideológico..." pág. 48. Del mismo autor, *La valija vacía, El poder espiritual y la Ideología*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1989, 193 págs.

VILLEY, Michel, *La genese du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, en *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, Paris, 1964, págs. 97-127.

de espiritualidad racional a individuo numerable, genitificable, de la especie. Despojado de sí, genera un antropocentrismo que lo aliena. Rompe, negándose, en ejercicio de su libre albedrío, el movimiento del alma a la sabiduría como ya señalamos y, se conforma "reformándose", desligándose y queda, sin advertirlo, encerrado fuera de sí mismo. Alienado. El compuesto humano, *todo sustantivo de espiritualidad, racional, es quebrado*. Del alma resta sólo pensamiento, mente, del cuerpo un organismo verificable, extensión cuantificable. En síntesis, luminosa como todas las suyas, *Etienne Gilson*, señala: "...ya no irá del ser al conocer sino del conocer al ser"¹⁹. En el plano jurídico del ius resta la lex.

Se pretende el "desencantamiento del mundo" en expresión de *Weber*. La marginación de lo trascendente, de lo absoluto, con actitud de darle la espalda estalla en la "trivialización del mundo"(Spaemann). Despojado de "*le reflechi soi*", (*Kalinowski*), desinteriorizado, (*Lersch*) "con visión de relojero" (*Espinosa*)²⁰. Ya no "el hombre es persona porque Dios es su Tú" (*Guardini*) que lo imbuía de intrínseca dignidad, participada condición del ser, *genitum non factum*, es arrojado a resultar un objeto más entre los objetos. Sin una naturaleza suya, sin reconocimiento de su dignidad esencial como exclusivo titular de su peculiar estatuto óntico el ser humano queda reducido a individuo

19. GILSON, Etienne, *El realismo metódico*, Madrid, Rialp, 1963, "... ya no se irá del ser al conocer, sino del conocer al ser; de la res medieval se ha pasado al cogito de Descartes...", pág. 133, pág. 71, pág. 82. Del mismo autor, cfr. "La caída de la filosofía medieval", págs. 111-143, pág. 147. "La caída de la filosofía moderna", págs. 309-335, en *La unidad de la experiencia filosófica*, Rialp, Madrid, 1973, 369 págs.

20. ESPINOSA, Nolberto, "El principio de la conciencia, el nuevo modelo científico", separata Facultad de Filosofía y Letras, U.N.C., 1990, págs. 297-306. Celebrando la generosa inteligencia de sus memorables clases de Filosofía Jurídica, muy en su estilo, citamos: "... ¿Qué es un modelo científico? ¿Qué diferencia hay entre principio y modelo? Este es un asunto muy importante en la teoría general de la ciencia. Modelo, ejemplar o dicho en griego paradigma, es lo mismo que criterio, pauta, medida, regla, perspectiva, horizonte, punto de vista, enfoque (...) Es desde el modelo de donde el cognoscente arranca de donde deriva las conclusiones de su estudio, he aquí la importancia del cambio de modelo científico", págs. 298-299. "... El modelo causal es "microológico" es decir sirve para explicarse fenómenos muy simples es la visión del relojero", pág. 301. Del mismo autor, *vid.*: "La reintroducción del principio de la conciencia en la psicología", separata del anuario *Philosophia*, U.N.C., 1988, *La personalidad ideológica, Estudio sobre el carácter del hombre moderno, Idearium*, 1989, 189 págs.

FRANKL, Viktor E., *La presencia ignorada de Dios*. Herder, Barcelona, 1977, 117 págs.

LERSCH, Philipp, *El hombre en la actualidad*, Gredos, Madrid, 1973. 186 págs. "... Hoy en pleno siglo XX la sensación radical del peligro que amenaza la existencia moderna actúa Inconscientemente, (SPENGLER) en el pensamiento de todos", pág. 14, "Interiorización frente a racionalización", págs. 94-130, "... La interiorización es un volver a recobrar aquel centro íntimo y profundo de nuestra alma del que provienen los movimientos del corazón..."

manipulate de la especie. Resulta más que huérfano -el Creador no abandona a sus criaturas- soberbio hacedor de tempestades y náufrago de ellas, librado a la inaugural ideología científicista que, en su desquicio, pretenda producirlo a su semejanza y conveniencia ideológica. Ofrecerlo, tal como incita *Burhuss Skinner*, en "Más allá de la libertad y la dignidad",²¹ como marioneta "a rellenar" de comportamientos según lo decidan los "reforzadores" de la ideología que imponga su molde y su capricho.

B.2. ANTROPOLOGÍA MÉDICO FILOSÓFICA. DEL CUERPO PERSONAL AL ORGANISMO ANIMAL

En 1980, en los "Cuadernos de Psiquiatría", desde su autoridad, señaló *Julio José Herrera*: "La medicina está en crisis. Pero esta crisis es simultáneamente tránsito o pasaje hacia una nueva forma de concepción. La medicina científico natural es "insuficiente" para ejercer una medicina humana y proclive a un ejercicio veterinario o cosificante. Sin embargo, la necesidad de la aparición de una medicina científico personal con características específicamente antropológicas no excluye la existencia de la anterior sino que la complementa y le da carácter imprescindible con un sentido o significación nuevo. En cuanto el hombre tiene cuerpo participa de algunos de los supuestos fundamentales de las leyes de la naturaleza pero, como en el cuerpo no se agota su esencialidad, aquellas resultan insuficientes para su tratamiento. Los aspectos psíquico espirituales del hombre exigen conocimientos que conlleven lo personal propio de lo antropológico. Ambos aspectos son modos de concebir al hombre y por consiguiente al hombre enfermo, complementarios e indispensables entre sí". Trazando el perfil de la antropología médica que, por muchos años, *Herrera* defendió en nuestro país y en el exterior, desde su cátedra y desde el ejercicio de la medicina psiquiátrica, señala:

"...a)- Los conocimientos puros que envuelven al médico de hoy le han hecho perder la imagen del hombre completo y concreto.

"...b)- La enfermedad, o mejor, la enfermabilidad humana, es un modo de ser expresión de una posibilidad humana y como tal no se penetra adecuadamente en su realidad si se la aísla de la reflexión sobre el hombre.

21. SKINNER, Burrhus., *Más allá de la libertad y la dignidad*, Barcelona, Salvat, 1971, pág. 57, 205 págs.

"...c)- La ciencia natural ha de resultar insuficiente en esta búsqueda no por referencia a la limitación de lo que afirma acerca del objeto de enfermedad sino por lo que silencia u omite respecto del sujeto de la enfermedad.

"...d)- Este querer ahondar de la medicina en lo que constituye al hombre "por entero" que ha demarcado o configurado en sí misma apunta a la cura o terapia apropiada, no como muchas veces se cree, a la pura especulación.

"...e)- Tales aspiraciones son posibles precisamente porque no se trata de una mixtura de métodos o aspectos sino de una aceptación de la singularidad humana por la abertura deliberada al orden filosófico de tal modo que lo que la ciencia revele acerca de la realidad avive el preguntar ontológico y, recíprocamente, esta actitud de disponibilidad frente al misterio e inagotabilidad de ser es condición para que éste brinde nuevas facetas a la exploración científica"²².

Trasladando esa perspectiva al plano del Derecho, corresponde precisar nuevamente que, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana no es sólo esperanzada puja desde la antropología médica sino expresa exigencia normativa de conductas concretas de los profesionales del arte de curar ordenadas por su fin: defender la vida, restaurar a la salud, paliar el dolor, fin cuya traición o incumplimiento, doloso o culposo, acarrea responsabilidad y severas sanciones penales, civiles y administrativas, tal como lo corrobora, por ejemplo, la reciente sanción de la ley 24.193, sobre trasplantes de órganos y material anatómico, que impone responsabilidad solidaria y sanciones que llegan a la pena de reclusión perpetua para quienes incurran en los delitos previstos en esta ley cuyo análisis crítico, en lo pertinente, efectuaremos más adelante.

22. HERRERA, Julio J., *Cuadernos de Psiquiatría*, publicación de la Cátedra de Psiquiatría, Facultad de Ciencias Médicas, U.N.C Mendoza, 1980, págs. 11-12 en n°11 y 12. "Reflexiones acerca de la antropología médica y su Inserción dentro del contexto de otras antropologías, en n° 17 y 18, 1982.

B. 3. FILOSOFÍA JURÍDICA. DEL IUS A LA LEX.

En la Grecia Clásica lo justo se denominaba "*to dikaion*", nombre derivado de "*Diké*", diosa encargada de traer la justicia del Olimpo a la Tierra. "*To dikaion*" era un determinado obrar del hombre, era el obrar humano justo, que así participaba de la esencia de la diosa. La norma de derecho se designaba con otro nombre "*nomos*" para señalar con nombre distinto realidades análogas por atribución. En Roma ocurrió algo similar, "*ius*" señalaba el obrar y "*lex*", a la norma que para ser jurídica, para ser *lex*, debía ordenarse con respecto al *ius*. No a la inversa.

Las ciencias prácticas, referidas al obrar humano entre las que se encuentra el Derecho, se animan a partir de los fines de ese obrar. Por ello, reducido el mundo a una estructura de causas eficientes, el Derecho terminó por ser concebido como una entelequia. Inútil por artificial, para servir como instrumento apto para ordenar la vida humana social; para promover una realidad fecunda, fluida y vigorosa. No una "teoría pura" resuelta en fórmulas coactivas. Los sucesivos reduccionismos fueron trasladados al derecho de su vital realidad de obrar humano justo a la unívoca realidad de la norma positiva. De norma desvinculada del obrar humano justo, a norma "puesta", positiva, y de norma "puesta" a norma "impuesta". De norma "impuesta" a "superestructura opresora". El racionalismo metódico -la pretensión de elaborar un derecho racional que no debiera nada a la experiencia-, el sistematismo deductivista -aplicación del método racional deductivo que procura hacer del Derecho un sistema cerrado, autosuficiente, de tal modo que toda solución jurídica tenga lugar y se justifique racionalmente, a partir del sistema-, el normativismo -fruto tanto del racionalismo como del voluntarismo, redujo lo jurídico a normas emanadas del legislador. El abandono del finalismo- priva de contenido y sentido a la normatividad jurídica al ahuecarla ignorando los fines del obrar humano social, transforman a la ciencia del derecho en teoría. La perspectiva individualista, deslizamiento desquiciante desde lo objetivo al capricho de lo subjetivo, dejan drásticamente atrás al Derecho como "la proporción real y personal" de *Dante*, la "obra justa" de *Tomás de Aquino* y, en general, la perspectiva desde la que se centra lo jurídico no será lo debido sino la de lo que se nos debe, tal como lo señala *Massini Correas* en nuestro carácter de individuos autónomos y autosuficientes y culmina en el *carácter revolucionario* de este nuevo derecho fundado en la razón

humana que resulta instrumentable y se identifica con la noción voluntarista de la ley porque abandona el fin del bien común. En expresiva pincelada de *Villey*, el derecho queda recortado como "jardín a la francesa"²³. Mísero destino para el orden al que *Soaje Ramos* señala como causa formal intrínseca del estado porque "inviscerado en las vidas y praxis de los miembros de la sociedad política logra esa vinculación vital ordenada" sin la cual es impensable la tarea de realizar el bien común entendido como común bien de todos y de cada uno.

Escribe con vigor y belleza, *Calderón Bouchet*, reclamando frente al carácter artificial y, en consecuencia, empobrecido del Derecho como rector de la vida sociopolítica: "...La sociedad no puede concebirse como un artefacto modificable a gusto de los beneficiarios. Es un orden práctico, nacido de movimientos libres pero fundados en exigencias naturales de perfección y desarrollo preexistentes a toda ley positiva que deberá promoverlos hacia el logro participado y participativo del bien común. La amistad constituye la base de la concordia civil porque el afecto incluido en la amistad tiene su fuente en las inclinaciones gregarias del instinto. El hombre ama la realización personal de las perfecciones propias de su naturaleza"²⁴.

B.4 LOS DERECHOS HUMANOS .MORIR, ¿UN DERECHO?

La exasperación con la que hoy se instrumenta demagógicamente la zarandeada pancarta de la "no discriminación", pretende arrebatarse al hombre el reconocimiento de su estatuto óntico para lanzarse a manipular su exclusivo, y por humano, excluyente modo de ser engendrado, *genitum non factum*, de nacer, de procrear y de morir, que deben discriminarse del nacimiento, reproducción y muerte de las plantas y los animales. ¡Al menos, en tanto perdure el llamado por *Routley* "chauvinismo humano" que nos salva... de caer de la fábula a la realidad! Viene al caso recordar la "*Rebelión en la granja*" de *George Orwell* en la que todo culmina en la

23. MASSINI CORREAS, Carlos, *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1980, pág. 26, 108 págs. Del mismo autor, en *La prudencia jurídica, Introducción a la gnoseología del derecho*, prólogo de Georges KALINOWSKI, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983, vid. "El conocimiento práctico" págs. 147-201, 235 págs.

24. CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *Sobre las causas del orden político*, Nueva Orden, 1976, pág. 81, 217 págs. "...El hombre moderno ha entendido mal el problema de la libertad. El hombre es libre cuando alcanza la plenitud de su naturaleza y se ordena al bien y a la verdad", pág. 204.

inadvertida transformación del Código inicial el que en el sexto mandamiento decretaba: "Ningún animal matará a otro animal", hasta que las nuevas "autoridades" dispusieron: "Ningún animal matará a otro animal *sin motivo*"²⁵.

El hombre negado como fin en sí mismo, ya no representación de lo absoluto, menos aún "alguien frente a Dios y para siempre", criatura dueña de sí, señor de sus circunstancias sus desleídos derechos caen como banderas cansadas. Pasan a ser "edictos de tolerancia revocables" (*Spaemann*), "un invento" (*Mackie*), "papel mojado" (*Robles*), y su fundamento se disuelve en "ensayos explicatorios" (*Massini Correas*)²⁶.

En "Derechos humanos débiles y derechos humanos absolutos", *Massini Correas*, precisa: "...la pretensión de fundar sobre principios relativos, derechos humanos también relativos aparece como inconsistente, toda vez que no se estaría tomando la palabra Derecho en su significado propio y formal pues éste supone la potestad de exigir de modo incondicionado. En realidad, en lugar de hablarse de derechos humanos relativos debería hacerse referencia a otras realidades semejantes como las peticiones, los ruegos o las súplicas; ellas pueden ser respetadas o no, según las circunstancias son sobrepasables por otro tipo de deberes o exigencias y no pueden ser calificadas, en rigor, de absolutas. **Pero, si se admite que existen derechos humanos en el sentido central propio y propio de la palabra debe admitirse también que plantean exigencias absolutas y que por las inexorables reglas de la lógica su fundamento ha de ser un principio absoluto o sin excepción**"²⁷. *Cornelio Fabro*, a su vez, señala:

25. ROUTLEY, Richard, "Against the Inevitability of Human Chauvinism, en AA. W, *Ethics & Problems of the 21 st Century*, Indiana, 1979.

SINGER, Peter, "Not for Humans Only: The Place of Nonhumans in Environmental Issues en, AA.W *Ethics & Problems of the 21st Century*, Indiana, 1979, 196 págs.

MONTEJANO, Bernardino, (h), "El sujeto de derecho" ¿podría hablarse de un derecho de los animales?, en *separata*, revista *Universitas*, n° 10, U.C.A., Bs. As., 1969.

ORWELL, George, *Rebelión en la granja*, Editorial Destino, Bs. As., 1995.

MASSINI CORREAS, Carlos I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994, 254 págs. cfr. "Utilitarismo y derechos humanos" págs.47-80.

26. MASSINI CORREAS, Carlos, "Derechos humanos débiles y derechos humanos absolutos" op. cit., pág. 27. Resaltado nuestro.

MACKIE, J. L., "Ethics: Inventing Right and Wrong, PENGUIN, London, 1977.

27. MASSINI CORREAS, Carlos, "Derechos humanos..." op. cit., pág. 31.

"...cuando no nos satisface la protección de los derechos encomendados sólo a la policía, fundamentar es hallar un principio absoluto y trascendente..." "...la norma que regula el obrar del hombre en cuanto a hombre ha de ser absoluta y trascendente. Absoluta, pues ha de enraizarse en su naturaleza espiritual de suerte que no esté directamente subordinada a ningún fin empírico, finito y, trascendente por cuanto esa absolutez particular dejada sola se disuelve en el devenir de los individuos o de las instituciones positivas"²⁸. Se disuelve. Tal la "destrucción" a la que se refería *Marías*. Por ello calificamos de inlaudable el reconocimiento jurídico-objetivo, absoluto y trascendente del estatuto óptico del ser humano. De tal dimensión óptica deriva el fundamento de los derechos humanos básicos: vida, integridad física, psíquica y moral, conocimiento, libertad, intimidad, propiedad, igualdad ante la ley, honor. Deberes- derechos que siguen al sujeto de derecho como la zaga al rey. Nunca a la inversa. Tal como ocurre en el positivismo formalista; *Kelsen* afirma: "la justicia es una característica posible pero no necesaria de un orden jurídico"²⁹.

O como lo ha pretendido, desde la psicología, el conductivismo. En "Más allá de la libertad y la dignidad", en el capítulo "Planificación de la cultura", *Skinner*, sostiene: "Una cultura es bastante parecida al espacio experimental utilizado para el análisis de la conducta. Ambos consisten en conjuntos de contingencias de reforzamiento. Un niño nace en el seno de una cultura de la misma forma que un organismo queda ubicado en un espacio experimental. Diseñar una conducta es parecido al diseñar un experimento (...) lo que nos interesa es si funcionará o no". El autor, cierra triunfal el último capítulo, advirtiendo: "...Todavía está por verse qué es lo que el hombre puede hacer **del** hombre"³⁰.

Escribamos, en 1981, en informe de interdisciplina a *Julio J. Herrera*: "...Para *Skinner*, el hombre (¿él también?) es un títere boquiabierto y aplaudidor producido "a imagen" de los reforzadores que lo han reforzado conforme a inéditas esclavitudes que aspiran a concre-

28. FABRO, Cornelio, *Drama del hombre y misterio de Dios*, Rialp, Madrid, 1977, págs. 747-748. "...fundamentar es hallar un principio absoluto y trascendente."

29. KELSEN, Hans, ¿Qué es la justicia?, *Leviatán*, Bs. As. págs. 11-15, 120 págs.

MASSINI CORREAS, Carlos I., *La revolución tecnocrática, Idearum*, Depalma, Bs. As., 1980, págs. 81-83, Comentario crítico del autor sobre el concepto de justicia de KELSEN, 174 págs.

30. SKINNER, Burrhus, *Más allá de...*, op. cit., págs. 141-176 y 206 págs.

tarse. Ante el avance de la investigación genética, que puede ser desviada hacia la temible manipulación genética, desde la perspectiva de un *Skinner* o de tantos otros "skinner" ¿qué podrá detenerlos cuando intenten clonar al ser humano, reproducirlo in vitro, modificar su genoma o infiltrar su placenta para asegurarse que la cultura diseñada "funcione"?³¹.

C. ÉTICA, DERECHO Y BIOÉTICA.

C.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DEL MÉDICO.

En "Fundamentación ética de la medicina", *Mario Caponnetto*, propugna "aquella capaz de formar la ciencia y la conciencia del médico, no al modo de recetas o fórmulas" preestablecidas, sino, más bien, a la manera de un hábito, de un *éthos* fundado en la naturaleza sobre la cual se opera y desde la cual se opera..." "no hay sustituto tecnológico del compromiso y la responsabilidad personal del médico tampoco como técnica jurídica -ley, contrato- que reemplace la consideración moral"³².

El médico *Luis Bustos*, de decantada experiencia profesional y docente, define a la relación médico-paciente como "aquella que se establece entre la conciencia del médico y la fe del paciente"³³. ¿Estas afirmaciones parecen fuera de la realidad actual? Tal vez. Sin embar-

31. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, "Acerca de un "más allá"... que es un por debajo del hombre, sujeto de derecho". Informe de interdisciplina con la Cátedra de Psiquiatría, U.N.C., 1981.

LEWIS, C S., *La abolición del hombre*, Philip & William, 53 págs. "...pero un mundo completamente transparente es un mundo invisible, "ver a través" de todo es lo mismo que no ver", pág. 53. "...Se acabaría por descubrir que a fuerza de explicarlo todo se ha perdido la explicación", pág. 52.

CATURELLI, Alberto, *Juicio crítico a Jean Piaget*, Paraná, Mikael, 1981, 91 págs., vid. "La negación de la filosofía y de la moral", págs. 71-79.

32. CAPONNETTO, Mario, "Fundamentación ética de la medicina", en Moenia, Bs. As., 1986, n° 25, pág. 60, págs.. 73-66.

HERRERA Julio, GUEMBE, Roberto y otros, "Observaciones antropológico-psiquiátricos en enfermos internados en un servicio de clínica médica", en *Cuadernos de Psiquiatría*, op. cit.

33. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, "Enfoque jurídico del morir humano en libertad" en AA. VV. *Temas de Bioética*, 1, Centro de Bioética, Universidad Juan A. Maza., 1996, págs. 59-85, 149 págs.

BUSTOS, Luis, "El médico y el paciente pre-terminal". Conferencia pronunciada en el Curso Ortotanasia y Eutanasia, Centro de Bioética, Universidad Juan A. Maza, Mendoza, junio, 1993, en prensa. Debe destacarse la esmerada labor, que bajo la dirección de la Dra. Ana M. PAGANOTTO DE GUIASOLA, cumple el citado Centro de Bioética.

AMENGUAL, Francisco, "El médico y la muerte". Conferencia pronunciada en el Simposio "El sentido de la muerte", Sociedad de Historia de las Ciencias de la Salud, abril, 1991, en prensa.

go, la bien denominada "fatiga médica" y la del personal auxiliar son una realidad cotidiana en nuestros hospitales carentes de demasiado.

Lograr que el enfermo y su familia afronten el proceso de la enfermedad y su desenlace y, el paciente asuma el acto de morir como suyo, es el más trascendente y riguroso deber que cada médico o equipo médico, debe a su paciente en situación de enfermedad, máxime si ésta es terminal. Es su deuda profesional. Cumplirla instala al acto del médico en el señorío del acto de justicia, de equidad. Tal es su naturaleza jurídica y, por ello, su esencial deber y derecho.

Desde esta acendrada convicción respecto a tal naturaleza jurídica del acto del médico, con fuente en el deber profesional, es que siempre hemos adherido al criterio sostenido por *Guillermo A. Borda*³⁴ quien afirma, desde siempre y en minoría, que la responsabilidad civil de los médicos es extracontractual por su fuente "...la responsabilidad que pesa sobre el médico legalmente siempre es la misma. No surge ella de la celebración de un contrato sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina haya o no contrato". Opinión reiterada en la Disertación Académica, pronunciada en la Universidad de Mendoza, con motivo de haber sido designado *Doctor Honoris Causa* por esta Universidad, el 26 de agosto de 1994. Corresponde recordar aquí la virtualidad magistral de la figura del abuso del derecho, implantada por la ley 17.711 de 1968, que constituye perfecta síntesis del vigoroso espíritu de equidad que esta ley insufló al régimen jurídico argentino. Dispone el artículo 1.071: "*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*"³⁵.

34. BORDA, Guillermo A., *Disertación Académica con motivo de su designación como Doctor Honoris Causa*, por la Universidad de Mendoza, "Nuevo perfil de la responsabilidad médica" en *Revista de la Universidad de Mendoza*, n° 14, 1997, en la que reitera su posición doctrinaria de siempre, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Contratos II*, "Carácter de la responsabilidad civil de los médicos", Abeledo-Perrot, 1969, págs. 63-66. "Responsabilidad extracontractual: fundamentos y tendencias", *Derecho de daños*, La Rocca, en AA. VV., 1991., págs. 93-105, "Naturaleza jurídica de la responsabilidad médica", en *La Ley*, Bs. As., 14-2-1995.

LORENZETTI, Ricardo, *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986, 357 págs. En especial, consultar el Seminario en el tema dictado por Guillermo A. BORDA, en 1980, págs. 63-67.

35. BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1971, págs. 126-134, 673 págs.

El empobrecimiento sufrido por la relación humana social en general y, en particular en nuestro tema, en la relación equipo médico-paciente es insalvable sólo por la presencia, a modo de referencia normativa, de los principios de beneficencia, de autonomía y de justicia con los que la Bioética como ciencia interdisciplinaria trata, como hemos señalado, de vertebrar desde hace más de veinte años la conciencia colectiva y las decisiones concretas en situaciones cada vez más complejas, con mucho de inaugurales. Los Centros de Estudios de Bioética y, en especial, los Comités Hospitalarios de Bioética, cada vez más reclamados, contribuyen sin duda de modo importante con la orientación y el apoyo que procuran brindar pero desde el derecho debemos advertir -y es una advertencia grave- muchos bioeticistas que no son juristas, en desmedida injerencia caen en concesiones o relativizaciones equívocas bajo la presión del caso concreto, frente al cual, si los principios -con fundamento objetivo, absoluto y trascendente- no están claros tambalea la certeza del bien frente a realidades muy crudas, muy dolorosas. También, muchas veces, aturde la tentación de *to play God!* a los médicos, a los familiares cansados, al poder político, a los legisladores, al propio y angustiado enfermo.

C. 2. EL "TESTAMENTO VITAL". ¿SÓLO UNA NOMINAL PARADOJA?

A fin de reflexionar sobre algunas respuestas legales contemporáneas reiteramos una pregunta que consideramos central: ¿en el régimen jurídico nacional o en otro que merezca el calificativo de jurídico de qué otro modo podría morir; morir como acto "suyo", el sujeto de derecho, sujeto de tal régimen, si no es al modo humano, en proporción a la reconocida dignidad de su estatuto óntico? La condición de mortales es la más palmaria y misteriosa de las igualdades humanas tanto que, realmente, nos fraterniza. El acto de morir -reiteramos- es un acto humano que integra los actos de vivir, la vida misma, de cada persona humana. ¡Morimos cuando estamos vivos!

Una de las más llamativas posibilidades legales es la de firmar un paradójicamente llamado "testamento vital". En 1989, la Conferencia Episcopal Española propuso como redacción apropiada la siguiente:

A mi familia, a mi médico, a mi sacerdote, a mi notario: Si me llega el momento en que no pueda expresar mi

voluntad acerca de los tratamientos médicos que me vayan a aplicar, deseo y pido que esta declaración sea considerada como expresión formal de mi voluntad, asumida de forma consciente, responsable y libre y que sea respetada como si se tratara de un testamento.

Considero que la vida en este mundo es un don y una bendición de Dios, pero no es el valor supremo y absoluto. Sé que la muerte es inevitable y pone fin a mi existencia terrena, pero desde la fe creo que me abre el camino a la vida que no se acaba, junto a Dios.

Por ello, yo, el que suscribe..., pido que si por mi enfermedad llegara a estar en situación crítica irrecuperable no se me mantenga en vida por medio de tratamientos desproporcionados o extraordinarios, que no se me aplique la eutanasia activa, ni se me prolongue abusiva e irracionalmente mi proceso de muerte; que se me administren los tratamientos adecuados para paliar los sufrimientos.

Pido igualmente ayuda para asumir cristiana y humanamente mi propia muerte. Deseo poder prepararme para este acontecimiento final de mi existencia, en paz, con la compañía de mis seres queridos y el consuelo de mi fe cristiana.

Suscribo esta declaración después de una madura reflexión. Y pido que los que tengáis que cuidarme respetéis mi voluntad. Soy consciente de que os pido una grave, difícil responsabilidad. Precisamente para compartirla con vosotros y para atenuaros cualquier posible sentimiento de culpa, he redactado y firmo esta declaración³⁶.

36. ALBURQUERQUE, Eugenio, *Bioética, una apuesta por la vida*, CCS, Madrid, 1992, p. 154,188.

NIÑO, Luis, *Eutanasia, Morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales*, Universidad, Bs.As., 1994, 268 págs. A su vez, los formularios de las llamadas "decisiones de vida" (*living will*) -en nuestro idioma "testamentos vitales"- ha recibido reconocimiento del Gobierno Federal de EE.UU. desde enero de 1992. Debido a que tales documentos tienden a cubrir el aspecto formal del "consentimiento informado" del paciente (*informed consent*) respecto de la eventual interrupción del tratamiento y de los cuidados, en caso de configurarse un cuadro irreversible, se teme que su utilización rutinaria los convierta en un requisito burocrático, en desmedro de la correcta asunción, en tales *living will acts*, de la autorización para el retiro de la hidratación y nutrición. Algunos pronunciamientos estatales concretos, como el sucedido en Nueva Jersey, en el mes de junio de 1987, han asentado las críticas de diversas asociaciones intermediarias que se rehúsan a considerar

C.3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE. ¿ES ALGO MÁS QUE UN ASENTIMIENTO EXPRESO?

En el ámbito técnico-jurídico se insiste, forzando el sentido común, que el paciente presta consentimiento informado a fin de que sea respetada su autonomía.

Sólo se puede aceptar esto desde el raquitismo espiritual de nuestra época, del ejercicio ilegal -abusivo- de la medicina, del ejercicio ilegal -abusivo- de la abogacía que, por cierto, no constituyen ejercicio profesional de la medicina ni de la abogacía. Son delitos y, como tales, la ley los prevé y los trata. En lugar de aceptar el consentimiento informado como expresión de la autonomía contractual de su paciente y, como medio idóneo para cubrirlos de las eventuales demandas por daños y perjuicios por *mala praxis*, los médicos y sus auxiliares debieran rechazar enérgicamente -como a una injuria- esta sobredimensión del consentimiento del enfermo porque disfraza con eufemismos su desconianza respecto a la entereza ética de la compleja conducta médica.

Centrar de semejante modo la ética de la relación médico-paciente, en el paciente, es desquiciarla -descentrarla- del sujeto de derecho más obligado, el que está consagrado, el profesional, el médico. El que, como lo hemos destacado en varias oportunidades, *debe* incluso soportar el silencio de la verdad como diagnóstico o pronóstico, que conoce, si es

extraordinarios o desproporcionados a tales medios de subsistencia. La modalidad eutanásica activa directa ha contado en los Estados Unidos con un recalitrante y activo sostenedor: Jack Kevorkian.

BERISTAIN, Antonio, *Eutanasia*, Depalma, Bs. As., 1991, "El Testamento Vital" pág. 20-21, 168 págs.

GAFO, Javier, *La eutanasia*, Madrid, 1990, págs. 90-135, 137-167.

MONGE, Fernando, *¿Eutanasia? Sentido de la vida, del dolor y de la muerte*, Palabra, Madrid, 1989, 194 págs., prólogo de Ello SCRECCIA quien con su habitual hondura, apoyando a MONGE, precisa: "Podríamos decir quizás que la humanidad se divide hoy frente al dolor en dos bandos. Hay quien ha descubierto el sentido del dolor: sabe dar significado al sufrimiento propio y sabe ayudar a los demás que sufren; y hay quien para evitar el dolor o el sufrimiento propios, acaba por descargar la muerte y el dolor sobre otros. (...) MONGE, ha descubierto el núcleo de la paradoja en lo que hoy se denomina la "antife mentalidad". Se rechaza el sentido de la muerte y por esto se pretende infligirla de manera "rápida e indolora", "...es ésa la forma escondida de la mentalidad de muerte y permanece oculta como el bandolerismo clandestino".

DUPUIS, Jean, *De l'euthanasie*, preface de Pierre Chaunu, Téqui, París, 1991, pág. 6 "La mort est bonne qui fait vivre devant Dieu. Éduquer la mortalité", pág. 175, 186 págs.

SUSANNE, Charles, "*L'euthanasie, ou la mort assistée*", en AA. W., De Boeck, Bruselas, 1991, 105 págs. El autor, co-director del Centro de Estudios Interdisciplinarios en Bioética, reúne artículos de médicos, abogados, teólogos, sociólogos en interesante confluencia de perspectivas.

que guardarlo o graduarlo es más adecuado, más racional, según sea la personalidad de su paciente y su realidad familiar, social y económica. Incluso o, tal vez aún más, cuando su paciente sea un colega, otro médico teniendo en cuenta el indiscutible valor humano y terapéutico de la esperanza y la imprevisibilidad clínica de muchos casos como todos los médicos saben. Es deber ético-jurídico interpretar razonablemente, de lo contrario, el consentimiento "informado" será, más que un deber médico, un terrible boomerang o una parodia vergonzante.

Por supuesto, lejos estoy de negar el fin rector de la ley o de la función instrumental del consentimiento y, aún, del requerimiento del mismo. Propongo volver a denominar "**expreso**" al consentimiento, tal como lo hace, por ejemplo, la ley 17.132 que regula el ejercicio de la medicina desde 1967. En nuestra opinión, la relación médico-paciente se ajusta desde "la preeminencia funcional del médico", tal como lo define, *Pedro Lain Entralgo*³⁷. Negarlo es parte de la desjerarquización contemporánea - con algo de aristofobia- de las figuras de autoridad. La del médico es una de ellas y de las fundamentales. Nos referimos al médico probo, al médico. El mal llamado "ejercicio ilegal de la medicina" no es tal, es delito.

C. 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LEY 24.193

Con el fin de ejemplificar de modo concreto la concreción de algunas situaciones de grave emergencia y su resolución legal nos referiremos, a ese solo efecto, a algunas de las disposiciones de la ley 24.193, modificatoria de las anteriores leyes 21.541 y 23.464, que regula el régimen de trasplante de órganos y materiales anatómicos³⁸.

El 19 de abril de 1993, cuando fue promulgada esta ley, escribimos -y así está ocurriendo-"... consideramos que la sanción de esta ley funcionará como expresivo revelador de la conciencia colectiva argentina frente a la vida y a la muerte humana. También, de modo especial acerca de la real confianza individual de los ciudadanos en los profesionales en la medicina, la eticidad de su conducta, de su idonei-

37. LAIN ENTRALGO, Pedro, citado y desarrollado por Julio J. Herrera en referencia a la relación médico-paciente en reunión interdisciplinaria en el año 1983, en la Cátedra de Psiquiatría de la U.N.C

38. LEY 24.193. RÉGIMEN DE TRANSPLANTES DE ÓRGANOS Y MATERIALES ANATÓMICOS, Astrea, Bs. As., 1994, Comentada por Ricardo D. RABINOVICH, 159 págs. VIDAL, Marciano, *Bioética, estudios de bioética racional*, vid.: "Los trasplantes de órganos", Tecnos, Madrid, 1994, págs.141-146, 239 págs.

dad profesional y en la propia ciencia médica. Asimismo, en la efectividad y control del cauce y rigor jurídico -legislativo, jurisprudencial y administrativo- de las múltiples situaciones a presentarse. Y, también, por supuesto, en el avance terapéutico que realmente conquisten las intervenciones quirúrgicas que vayan practicándose en nuestro país y en el exterior. Subrayamos que esto se apreciaría casi inmediatamente debido al impacto docente que la ley implica, y al tratamiento del tema, tanto a nivel especializado como en el plano de la campaña de educación y difusión que la propia ley impone llevar a cabo, durante tres años, al Poder Ejecutivo a efectos de informar y concientizar a la población sobre los alcances del régimen exigiendo que "... *deberá existir constancia que no menos del 70% de los ciudadanos capaces mayores de 18 años ha sido consultado* (artículo 62) por cuanto, la ley, prevé, a partir del 01 de enero de 1996, la implementación del consentimiento presunto de ser dador salvo manifestación expresa en contrario u oposición de determinados familiares³⁹. Tal opción legislativa sigue las pautas de la Organización Mundial de la Salud, en especial la recomendación de 1976 por el Consejo de Europa para los países miembros.

Respecto al consentimiento informado, el artículo 13, dispone: *Tos jefes y subjefes de los equipos como asimismo los profesionales a que se refiere el artículo 3, deberán informar a cada paciente y su grupo familiar en el orden y condiciones que establece el artículo 21, de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante -según el caso-, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, asimismo como de las posibilidades de mejoría que, verosímilmente, puedan resultar para el receptor. Luego de asegurarse de que el dador y el receptor hayan comprendido el significado de información suministrada, dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar. Del cumplimiento de este requisito, de la decisión del dador y de la del receptor, así como de la opinión médica sobre los mencionados riesgos, secuelas, evolución, limitaciones y mejoría, tanto para el dador como para el receptor, deberá quedar constancia documentada de acuerdo con la normativa a estable-*

39. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, *Enfoque jurídico...*, op. cit.

LÖW, Reinhard, "Bioética y trasplantes de órganos", en A.A. V.V. *Bioética Consideraciones filosófico-teológicas sobre un tema actual*. Rialp, Madrid, 1992, págs. 139-163, 206 págs.

cerse reglamentariamente. De ser incapaz el receptor o el dador en el caso de trasplante de médula ósea, la información prevista en este artículo deberá ser dada además a su representante legal".

En los supuestos contemplados en el Título V, los actos de disposición de órganos o materiales anatómicos en vida, el lapso entre la recepción de la información y la operación respectiva no podrá ser inferior a cuarenta y ocho horas.

Este lapso de tiempo previo a la internación anterior al acto quirúrgico ha sido receptado de las leyes francesas y españolas y se denomina plazo de reflexión a fin que el dador pueda meditar acerca de la decisión tomada. Su retractación, hasta el momento mismo de la operación no trae ninguna consecuencia jurídica lo cual deberá ser informado a fin que la decisión sea tomada por el dador con la mayor convicción y libertad posibles. Así lo especifica el artículo 15. Por su parte, el artículo 14, establece un importante límite: tal disposición sólo estará permitida cuando se estime que razonablemente no causará un grave perjuicio a la salud del dador y existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor.

El artículo 15 establece que sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplantes sobre una persona capaz, mayor de 18 años y únicamente en el caso que su receptor sea su pariente: consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, su cónyuge o una persona que sin ser su cónyuge conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años en forma inmediata, continua e ininterrumpida; lapso que se reduce a dos años si de dicha relación hubieran nacido hijos.

Circunscribiendo nuestro comentario al tema central de nuestro estudio, consideramos oportunas, no obstante, algunas precisiones. La primera de ellas es que lamentamos la ratificación por esta ley del criterio que parece ir afirmándose, también en nuestro país, de adelantar la mayoría de edad de 21 a 18 años. Estamos convencidos que presiona y perjudica a nuestros jóvenes. La ley anterior, ley 23.464, había elevado la edad del dador a los 21 años. Durante todo este desarrollo hemos obviado la referencia a casos concretos con el fin de evitar la disolución de los criterios rectores en los perfiles particulares de cada situación. Pero, aquí es oportuno, en relación al consentimiento informado, evaluar la presión psíquico-afectiva que puede ser para un joven, menor de 21 años, la situación legalmente admitida de la

dación en vida de un órgano doble, por ejemplo, de un riñón. Se crea indudablemente una situación de compromiso afectivo, personal y familiar excesiva. A pesar de que el artículo 27, inciso g., de la ley prohíbe la inducción o coacción al potencial dador para dar una respuesta afirmativa respecto a la dación de su órgano. Opinamos, convencidos de la función docente de la ley, que hubiera correspondido evitar esas situaciones a un menor de 21 años. En cuanto a otros aspectos es interesante destacar la total equiparación que ratifica esta ley entre el vínculo consanguíneo y el vínculo adoptivo; pensamos que si bien así lo establece la ley 19.134, esta equiparación ratificada funciona a favor del afianzamiento de esta institución del derecho de familia en la sociedad argentina. En cambio, rechazamos la equiparación del matrimonio con una "relación de tipo conyugal". A partir de la sanción de la ley 23.515 de 1987, las situaciones concubinarias no deben ser alentadas, porque el matrimonio es un bien jurídico institucional que integra la médula más indiscutida del orden jurídico de familia nacional. También aquí corresponde que la ley evite conflictos entre el sujeto conviviente y los hijos de un matrimonio anterior u otros familiares en el momento menos oportuno.

Es importante destacar como dimensión cierta del reconocimiento de la dignidad del sujeto de derecho en esta ley las disposiciones, no muy divulgadas, del artículo 27 que enumera las prohibiciones de todo tipo de ablación. Esta norma incluye dos supuestos plenos de significación: en el inciso c prohíbe practicarla sobre cadáveres de pacientes que hubieren estado internados en institutos neuropsiquiátricos y, en el inciso d, la prohibición legal está referida a practicar una ablación sobre el cadáver de una mujer en edad gestacional sin que se hubiere verificado previamente la existencia de embarazo en curso. Como es sabido, el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a la Constitución Nacional por la reforma 1994, reconoce el derecho a la vida humana desde la concepción hasta la muerte natural y establece "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". En el tema de referencia y acorde al marco axiótico normativo fundamental nacional integrado ahora por los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional⁴⁰, interpretamos que, en nuestro país, el

40. BIDART CAMPOS, Germán, "La reforma constitucional, de 1994", en *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI, EDIAR, Bs. As., 1995, 676 págs. Ratifica: "...podemos decir que no se ha alterado la tradicional definición que en nuestro derecho -por los derechos implícitos y por el Código Civil- fija el comienzo de las personas físicas desde su concepción" (...).

texto significa: "Nadie puede ser privado de la vida *nunca*". Concebido o nacido, competente o incompetente, sano o enfermo. **Nunca.**

Por cuanto hemos fundamentado respecto a la naturaleza jurídica del acto del médico y a la importancia y caracteres de la relación médico-paciente creemos que es necesario reparar en el espíritu de prevención respecto a la eticidad de la conducta médica desde las disposiciones de la ley. Luego que el artículo 23 precisa la muerte como un proceso de signos acumulativos que enumera y que deben persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta, el artículo 24, dispone: "la certificación del fallecimiento deberá ser suscripta por dos médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. Ninguno de ellos será el médico o integrará el equipo que realice ablaciones o implantes de órganos del fallecido". En el artículo 27, inciso c, se establece la prohibición de realizar la ablación "Por el profesional que haya atendido y tratado al fallecido durante su última enfermedad y por los profesionales médicos que diagnosticaron su muerte". Consideramos inadmisibles esta prevención -desde la ley- respecto a la conducta profesional del médico. Si la conducta médica es tal, el espurio connubio que la norma en cuestión parece querer evitar nunca se producirá porque el médico respetará la total independencia entre ambas situaciones: la de la persona que muere -paciente suyo o no, durante su última enfermedad o no- y la de quien necesita el trasplante o el interés de las instituciones autorizadas. De lo contrario la conducta no será médica sino delictiva y como tal la ley deberá preverla. Se trata de una disposición que perjudica la confianza que debe alentarse en la idoneidad y honestidad de nuestros médicos. Esa descalificación presuntiva desalienta la voluntad de quien esté dispuesto a donar sus órganos. El derecho debe clarificar situaciones, no alimentar ambiguas reticencias que corroen el espíritu de un acto solidario que recién está afirmándose.

D. CONCIENCIA SOLIDARIA. ¿EL SUICIDIO ASISTIDO?

D.1. ORTOTANASIA, EUTANASIA Y DISTANASIA. VALIDEZ JURÍDICA DE SU DISTINCIÓN.

Con el fin de procurar contribuir a ahondar una conciencia personal y social solidaria con la persona humana enferma terminal recordamos para precisar los conceptos de ortotanasia, eutanasia y

distanasia, distinción que desde la bioética ha sido receptada en distintas legislaciones y corrientes de pensamiento éticos y religiosos tales como el de la Iglesia Católica en sus últimos documentos⁴¹.

La *distanasia* o *encarnizamiento terapéutico*, como bien se la denomina consiste en la prolongación arbitraria de la agonía o de la vida del enfermo desahuciado. Se trata de una desgraciada conducta delictiva que merece lugar como tal entre las torturas, delito de rango constitucional. Los médicos de conciencia leal, los médicos reconocen inmediatamente el instante en el que caerían en semejante abusiva desproporción y ni siquiera proponen nuevas alternativas al paciente o a sus familiares cuando sólo significaran la prolongación arbitraria del sufrimiento de todos.

La *eutanasia* es la contracara de la anterior figura. Consiste en la acción o en la omisión de prestar auxilio médico proporcionado y, así, sin eufemismos matar al paciente. La eutanasia consiste en matar, causar la muerte del paciente terminal (o en el caso de la persona por nacer, causar los abortos eutanásicos y eugenésicos).

La *ortotanasia*, en cambio, es la conducta profesional de siempre del médico de conciencia, más allá de la actual complejidad farmacológica, quirúrgica y tecno-científica. La ortotanasia consiste en la advertencia médica subordinada al reconocimiento -objetivo absoluto y trascendente- de la dignidad de la persona humana enferma, en situación terminal expuesta -a partir de un diagnóstico preciso y expreso al paciente y sus familiares- que obliga al médico a permitirle morir acorde a su condición. En la decisión ortotanástica se suprimen los medios extraordinarios es decir los medios desproporcionados referidos a la situación concreta y se permite, con la anuencia del enfermo o

41. CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA, CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA. EDIDEA, Madrid, 1993, *vid.*: "El quinto mandamiento". Sobre los trasplantes de órganos, el punto 1196, dice expresamente: "El trasplante de órganos es conforme a la ley moral y puede ser meritorio si los peligros y riesgos físicos o psíquicos sobrevenidos al donante son proporcionados al bien que se busca en el destinatario. Con los siguientes límites: "el trasplante no es moralmente aceptable si el donante a su representante no ha dado su consentimiento consciente". Es moralmente inadmisibles provocar directamente para el ser humano bien la mutilación que le deja inválido o bien su muerte aunque sea para retardar el fallecimiento de otra persona. En el punto 2295 precisa que "las investigaciones o experimentos en el ser humano no pueden legitimar actos que en sí mismos son contrarios a la dignidad de las personas y a la ley moral. El eventual consentimiento de los sujetos no justifica tales actos."

PABLO VI, Encíclica *Humanae Vitae*, 1968.

JUAN PABLO II, *Veritatis Splendor*, 1993.

de sus familiares -pero no procurando causarla- que la muerte acontezca... si es que acontece⁴².

Insistimos. Desde la perspectiva del derecho ¿qué grado de autonomía de nivel contractual tiene un paciente terminal frente a su enfermedad que abarque realmente algo más que el estar o no de acuerdo de modo *expreso* con las medidas que el equipo médico propone? En el plano personal, ético, sí e intransferible (de allí que los testamentos vitales tienen esa desoladora entrelinea de "yo muero solo") el enfermo, terminal o no, siempre tiene el deber y el derecho de obedecer la indicación médica para salvar su vida, su salud. También en este aspecto del tema nos mostramos reticentes frente a la cada vez más receptada "objección de conciencia"⁴³. Excede el propósito de este

42. BORDIN, Celia, y otros, *Bioética...* op. Cit., vid. págs. 177-201, "Por ortotanasia se entiende la suspensión de todo tratamiento desproporcionado ante la inminencia de la muerte aún los relativos a las eventuales complicaciones agudas".

MONGE, Fernando, *¿Eutanasia? ...*, op. cit., "Medios ordinarios y extraordinarios en los pacientes terminales" págs. 163-177. Adherimos a las opiniones de este autor.

DECLARACIÓN SOBRE LA EUTANASIA, Paulinas, Bs. As., 1980, "El uso proporcionado de los medios terapéuticos", págs. 10-12.

RAMELLA, Pablo A., *Atentados a la vida*, Paulinas, Bs. As., 1980, "Eutanasia, Ortotanasia" págs. 87-99, 131 págs.

SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, T II, Astrea, Bs. As., 1993, "Eutanasia", págs. 44-46 y págs. 47-54.

FARREL, Martín, *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1993, 121 págs.

DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, ARIEL, Barcelona, 1994. En especial vid.: "La idea de lo sagrado" págs. 97-135, la consideramos el núcleo del pensamiento individualista y contradictorio del autor, *vid asimismo*. "Morir y vivir", págs. 233-284. Incluye importante reseña de fallos ante la Corte Suprema en EE.UU. y España.

HOOFT, Pedro y MANZINI, Jorge, "El caso Cruzan: Eutanasia, Ortotanasia o encarnizamiento terapéutico", en *El Derecho*, U.C.A., T. 149.

43. BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. I, *vid.:* "Libertad religiosa" págs. 292-295. La libertad como derecho subjetivo, la libertad de intimidad, el autor evalúa las denominadas conductas autorreferentes resguardadas en el derecho a la intimidad. Incluye entre ellas "a la objeción de conciencia por razones morales o religiosas cuando es Inofensiva para terceros y también la negativa de las personas con discernimiento para someterse a terapias contra las cuales formula objeción de conciencia, por ej.: los testigos de Jehová respecto a las transfusiones de sangre, págs. 374-379, 788 págs. Consultar comentario del autor sobre el caso Bahamondez, en *El Derecho*, U.C.A., Bs. As. T. 153.

LEGARRE, Santiago, "Tenencia de estupefacientes para uso personal y derecho a la intimidad" en *El Derecho*, U.C.A., págs. 139-977, "La Corte y la tenencia de estupefacientes", en *El Derecho*, U.C.A., "...el hombre no puede tener "derecho" a autodegradarse. No es propiamente derecho algo que destruye la personalidad..." Adherimos a la opinión prudente y restrictiva del autor.

MASSINI CORREAS, Carlos I., "Privatización y comunidad del bien humano", en AA. VV., obra en homenaje a Antonio MILLÁN PUELLES, Pamplona, 1994.

estudio abarcar en especial esta cuestión que exigiría dedicación aparte. **Pero debemos señalar que en el estado actual de nuestra cultura, denostada como "de la muerte" -aborto, contracepción, miseria, despilfarro de recursos, eutanasia- no vemos en la objeción de conciencia la manifestación tan alabada del respeto a la libertad de intimidad individual de las llamadas conductas autorreferentes. No, por cierto. La vemos un tobogán fáustico, exasperado fruto de la pérdida de sentido de la vida, de la claudicación proximal del otro, de un individualismo agresivo instalado en el centro de una decisión desesperanzada.**

La validez jurídica de la distinción entre las tres conductas enunciadas: eutanasia, distanasia y ortotanasia es nítida. Sólo una de ellas -la ortotanasia- es médica y, por tanto legítima y dentro del ámbito del libre ejercicio profesional de la medicina, con dos precisiones: la primera de ellas es destacar que su fundamento no radica en el excesivamente denostado "paternalismo médico" sino en la naturaleza de su profesión, de su formación ético-científica y de la relación médico-paciente. Por ello rechazamos la doctrina y legislación comparada que proponen como lo hace, por ejemplo, la ley de Oregon, EE. UU., la admisión del suicidio asistido ya por el acto concreto del médico o del paciente o través del medio proporcionado por el médico. Tampoco aceptamos la degradante figura, para el honor de la profesión médica del "homicidio por piedad", como ya lo hemos señalado respecto al Código Penal del Perú de 1991.

Nos sentimos ciertos que el derecho a morir de modo digno consiste, también, en la necesidad de ser salvado de sí mismo cuando el ser humano, sitiado por sufrimientos incoercibles quiera huir, suicidándose.

La segunda precisión es que esta distinción sólo será clarificadora si se respeta, tanto en la teoría como en el acto concreto, la subordinación del orden del concepto al de la realidad objetiva⁴⁴. De lo

44. DERISI, Octavio, "Concepto y Ser, en *Sapientia*, año XIX n° 71, 1964, Universidad Católica Argentina, págs. 1-8. Advierte allí DERISI que es necesario instaurar el análisis crítico del concepto en su auténtica realidad a fin de preservarlo de su reducción puesto "que como pura forma no sobrepasa la subjetividad de los fenómenos y la realidad en sí permanece inalcanzada, más allá de todo conocimiento válido".

MASSINI CORREAS, Carlos y otros, *Reflexiones sobre el socialismo liberal*, Universitaria S. A., Santiago de Chile, 1988, 159 págs., cfr. "El racionalismo moderno": "...no conduce a una visión de la realidad tal como es y se presenta a la razón humana, sino a una visión de la realidad tal como la

contrario, son meros deslindes conceptuales que revierten, con el concepto ahuecado como instrumento, en manipulación de la realidad... y su consiguiente profanación.

Desde cuanto hemos sostenido en este estudio y en toda oportunidad que se nos ha presentado⁴⁵, celebramos la noticia publicada en el día de hoy, ya en prensa estas reflexiones. Optamos por reproducir la noticia del diario "La Nación": "Washington, 26 (AP). En una decisión unánime que tendrá eco en hospitales y hogares, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos decidió hoy que las personas terminalmente enfermas no tienen derecho constitucional alguno para un suicidio asistido por un médico. El presidente de la Corte Suprema William H. Renquist, cuya esposa falleció en 1991 tras una larga batalla con cáncer ovárico, escribió la decisión final. Indicó que la idea de que alguien ayude a poner fin a la vida de otro entra en conflicto con "las tradiciones legales, históricas y prácticas de nuestra nación". "De esta forma, la Corte mantiene vigentes las leyes en los Estados de Nueva York y Washington que definen como crimen si un médico da medicamentos para poner fin a la vida de los pacientes mortalmente enfermos y mentalmente competentes que no desean seguir viviendo. Las Cortes de instancias inferiores habían anulado esos estatutos".

razón humana la concibe y se la representa, por los medios de demostración a su alcance." págs. 34, págs. 29-60. "Los derechos humanos en el Individualismo anglosajón", págs. 83-120. Del mismo autor *vid*: "Sobre la equidad", *separata* del Boletín de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, U.N.C, Mendoza, 1977, "... Hoy en día, en que el racionalismo ha dado ya todo lo que tenía que dar, es el momento de revivificar la doctrina de la epiqueya, que ha demostrado a lo largo de más de veinte siglos, que es un elemento indispensable de un orden jurídico que merezca realmente ese nombre."

45. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, "Consideración jurídica actual sobre el morir humano", Primeras Jornadas de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, 19 al 24 de octubre de 1994.

"Enfoque jurídico del morir humano en libertad" en AA. VV., Temas de Bioética, uno, Centro de Bioética de la Universidad Juan Agustín Maza, págs. 59-84, 1996.