

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**EUTANASIA:
UN ENSAYO DE FUNDAMENTACIÓN LIBERAL
PARA SU DESPENALIZACIÓN**

**-TESIS PARA OPTAR
EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHOS HUMANOS-**

AUTOR

Abg. Carlos Alberto Mendoza Cruz

JURADO

**Dr. Gianfranco Casuso Guerra, Presidente
Dr. Eduardo Hernando Nieto, Asesor
Mg. Ernesto Aguinaga Meza, Tercer Miembro**

**LIMA – PERÚ
2014**

*A mis padres, Ana María y Carlos Alberto, por su amor y apoyo incondicional,
sin los cuales las páginas que siguen hubieran resultado
del todo imposibles para mí.*



- Y según usted, ¿qué es lo que impide que la gente se suicide? –pregunté.
- Sé..., sé poco todavía... Dos prejuicios impiden a la gente, dos cosas; solo dos: una muy pequeña y otra muy grande (...).
- ¿Cuál es la pequeña?
- El dolor físico
- ¿El dolor? ¿Es eso tan importante... en tales casos?
- Lo más importante. Hay dos clases: los que se matan por una congoja aguda, o por despecho, o por locura, o por lo que sea..., éstos se matan de improviso. Esos apenas piensan en el dolor físico, y se matan de improviso. Hay otros que lo hacen por raciocinio...; éstos piensan mucho.
- Pero ¿de veras hay quienes lo hacen por raciocinio?
- Muchísimos. Si no fuera por el prejuicio que hay, habría más; muchísimos; todos.
(...).
- Bien, ¿y cuál es el segundo motivo, el grande?
- El otro mundo.
(...)
- ¿Usted quizá juzga por sí mismo?
- Nadie puede sino juzgar por sí mismo (...). La libertad completa existirá cuando de lo mismo vivir que no vivir. Esa es la meta que todo hombre persigue.
- ¿La meta? Pero quizá entonces nadie querrá vivir...
- Nadie –sentenció.
- El hombre teme a la muerte porque ama la vida; así es como lo entiendo –apunté- y así es como lo ordena la naturaleza.

Fiódor DOSTOYEVSKI (1872). *Los demonios*, 1ª. Parte, Cap. 3.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO PRIMERO:	
EUTANASIA PROHIBIDA Y EL PROBLEMA DE SU JUSTIFICACIÓN	15
1.1 PROBLEMÁTICA SOCIAL DE LA EUTANASIA	15
1.1.1 Rechazo al dolor y demandas por una muerte digna	15
1.1.2 ¿Qué significa ser un enfermo terminal?	18
1.2 CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE EUTANASIA	20
1.2.1 Concepto tradicional de eutanasia	20
1.2.2 Dos tipos no relevantes	23
1.2.2.1 Eutanasia pasiva: distinción matar/dejar morir	23
1.2.2.2 Eutanasia indirecta: significado de la intención	26
1.2.3 Dos problemas distintos	29
1.2.4 Selección del problema y concepto de eutanasia	31
1.2.5 Suicidio asistido como eutanasia	32
1.2.5.1 Premisa: un concepto de suicidio	32
1.2.5.2 Suicidio (medicamento) asistido	34
1.2.5.3 ¿Eutanasia como suicidio asistido?	36
1.3 EUTANASIA PROHIBIDA: ARTÍCULOS 112° Y 113° DEL CÓDIGO PENAL	38
1.3.1 Conductas prohibidas	38
1.3.2 Problemas de fundamentación	41
1.4 EUTANASIA PROHIBIDA Y SANTIDAD DE LA VIDA	43
1.4.1 Principio de santidad de la vida	43
1.4.2 Excurso: principio de santidad de la vida y tradición	43
1.4.2.1 Periodo clásico: suicidio contra la comunidad	43
1.4.2.2 Edad Media: suicidio contra Dios	46
1.4.2.3 Modernidad: suicidio contra la dignidad humana	48
1.4.3 Límites del principio de santidad de la vida	51
CAPÍTULO SEGUNDO:	
LIBERALISMO POLÍTICO COMO MARCO PARA LA JUSTIFICACIÓN	53
2.1 CONSTITUCIONALISMO Y LIBERALISMO	53
2.2 ELEMENTOS DEL LIBERALISMO POLÍTICO	57
2.2.1 Punto de partida: <i>factum</i> del pluralismo razonable	57
2.2.2 Punto de llegada: sociedad como modelo justo de cooperación	59
2.2.2.1 Ciudadanos libres e iguales	60
2.2.2.2 Una sociedad bien ordenada	62
2.2.3 Valores de la concepción política liberal	64
2.2.3.1 Justicia	64
2.2.3.2 Razón pública	65
2.2.4 Principios de la concepción política de la justicia	67
2.2.4.1 J. Rawls: justicia como imparcialidad	67
2.2.4.1.1 La posición original y los principios de justicia	67
2.2.4.1.2 Consenso traslapado	69

2.2.4.2 R. Dworkin: justicia como igualdad	73
2.2.4.2.1 Igual consideración y respeto	73
2.2.4.2.2 Derechos como poderes contramayoritarios	76
2.3 REVISIÓN DE LA CRÍTICA AL LIBERALISMO POLÍTICO	79
2.3.1 J. Finnis y R. P. George: prioridad de los bienes	79
2.3.2 A. MacIntyre y M. Sandel: crítica del sujeto deontológico	85
2.3.3 J. Waldron y Ch. Mouffe: democracia como desacuerdo	90
2.3.4 R. Bellamy y Ph. Pettit: tiranía de la justicia judicial	95
2.4 LIBERALISMO POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN	99
CAPÍTULO TERCERO:	
PATERNALISMO LIBERAL Y JUSTIFICACIÓN DE LA EUTANASIA PROHIBIDA	106
3.1 LA FORMA DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y SU PRIORIDAD	106
3.2 CLÁUSULA GENERAL DE LIBERTAD	108
3.3 LIBERTAD INDIVIDUAL Y ANTIPERFECCIONISMO	111
3.4 VIDA BUENA LIBERAL Y VALOR DE LA VIDA HUMANA	114
3.5 LIBERTAD INDIVIDUAL Y PATERNALISMO LIBERAL	119
3.5.1 Concepto del paternalismo jurídico	119
3.5.2 Tipología clásica del paternalismo jurídico	123
3.5.2.1 Paternalismo débil y paternalismo fuerte	123
3.5.2.2 Paternalismo directo y paternalismo indirecto	125
3.5.3 La justificación liberal del paternalismo jurídico	127
3.5.3.1 J. Rawls: acuerdos paternalistas en la posición original	127
3.5.3.2 R. Dworkin: intereses críticos y paternalismo volitivo	129
3.5.3.3 C. S. Nino: paternalismo no perfeccionista	132
3.5.3.4 G. Dworkin: consentimiento de individuos racionales	136
3.5.3.5 J. Harris: defectos en la toma de decisiones	139
3.5.3.6 E. Garzón Valdés: supuestos de incompetencia básica	142
3.6 PATERNALISMO JURÍDICO JUSTIFICADO Y PROHIBICIÓN PENAL DE LA EUTANASIA	145
3.6.1 Paternalismo jurídico y regulación penal del suicidio	145
3.6.2 Límites de la justificación paternalista para la eutanasia prohibida	152
3.6.2.1 Argumento de las alteraciones metales permanentes	152
3.6.2.2 Argumento de la presión psicológica o emocional	155
3.6.2.3 Argumento de la irracionalidad	157
3.6.2.4 Argumento del error de hecho	159
3.6.2.5 Argumento de la debilidad de voluntad	162
3.6.2.6 Argumento de la irreversibilidad de las decisiones	164
3.6.3 Consideraciones sobre la regulación liberal de la eutanasia	166
CONCLUSIONES	176
BIBLIOGRAFÍA	189
A. BIBLIOGRAFÍA GENERAL	189
B. OBRAS CLÁSICAS	200
C. LITERATURA CIENTÍFICA	202

INTRODUCCIÓN

Los problemas que pueden presentarse respecto al inicio y al término de la vida humana siempre han resultado de gran interés para las disciplinas prácticas como la ética, la política y el derecho. Particularmente, en las últimas décadas, en medio del progreso de la técnica que hace posible tratamientos intensivos destinados a mantener con vida a pacientes terminales a costa de una pobre calidad de vida¹, ha surgido a nivel mundial el debate sobre la regulación de una “muerte digna”². Es así que las defensas más radicales de la autonomía de la persona para disponer de su propia vida se han concentrado en demandar la legalización de la eutanasia voluntaria y el suicidio asistido.

Sin embargo, la realidad legal dominante en la mayoría de países es diametralmente opuesta a la permisión legal de la eutanasia, amenazando esta práctica mediante prohibiciones penales derivadas del homicidio³. Como es de esperarse, el derecho nacional no resulta ajeno a la tendencia dominante en el derecho comparado, al hallarse vigentes en el Código Penal los delitos de “homicidio piadoso” (Art. 112°.) y “ayuda al suicidio” (Art. 113°.).

¹ Cfr. BREEN, Kerry *et al.* (2010). *Good Medical Practice. Professionalism, Ethics and Law*. Cambridge: CUP, p. 339.

² Cfr. SCHERER, Jennifer M. y Rita J. SIMON (1999). *Euthanasia and the Right to die: A comparative view*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, p. 19.

³ Son solo tres los Estados que han despenalizado la eutanasia voluntaria: Holanda, Bélgica y Luxemburgo; mientras que se ha optado por la despenalización únicamente del suicidio asistido en: Oregón y Montana (Estados Unidos de Norteamérica), Alemania, Suiza y Japón. Mientras que en algunos países como Colombia la situación legal es ambigua.

Ahora bien, se debe comenzar por aclarar que la conductas descritas en las normas penales indicadas no se identifican con la eutanasia pero sí la engloban en el cúmulo de acciones que sancionan, por lo que la investigación respecto de las razones de una posible despenalización de la práctica eutanásica debería comenzar por distinguir tal comportamiento de los demás casos de disposición de la propia vida, cuya prohibición pudiera ser legítima.

Dejando de lado las críticas científico-jurídicas, cabe constatar que es el aspecto de fundamentación el que ha sido descuidado en los desarrollos de la mayoría de juristas peruanos que se han ocupado de la prohibición del tema. Resulta pues un lugar común repetir contra la despenalización de la eutanasia que la vida humana es absolutamente indisponible con base en cualquiera de las siguientes razones: (i) en virtud de su “procedencia divina”⁴; (ii) por operar como “presupuesto lógico” o “sustento ontológico” de los demás derechos⁵; o (iii) porque, como todos los derechos fundamentales, es “irrenunciable”⁶.

Mientras que respecto de la punición de la “ayuda al suicidio”, en el ámbito nacional, se han defendido dos teorías: (i) afirmar que el suicidio es un acto ilícito cuya sanción alcanza solo al partícipe y no al actor principal en casos de tentativa⁷; y (ii) sostener que el suicidio es un acto que pertenece al ámbito de libertad fáctica de cada

⁴ Cfr. RODRIGUEZ ITURRI, Roger (1997). *El derecho a amar y el derecho a morir. Entre la vida y la muerte*. Lima: PUCP, p. 209. El autor considera que “la vida es un don obsequiado por Dios” y que “el valor sagrado de la vida humana desde su inicio hasta su fin” es parte de “la ley natural escrita en el corazón de los hombres”. RUBIO CORREA, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución de 1993*. T. 1. Lima: PUCP, p. 125 – 126. Compartiendo la doctrina católica que cita, expresada por Juan Pablo II, “la eutanasia es una grave violación de la Ley de Dios”.

⁵ Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1988). *Derecho de las personas*. 3ª. Ed. Lima: Studium, pp. 132 y 133. BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1996). *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Lima: KAS/ICS, p. 88. SANTA MARÍA D’ANGELO, Rafael (2012). *Dignidad humana y “nuevos derechos”: una confrontación en el derecho peruano*. Lima: Palestra/UCSTM, pp. 289 y ss.

⁶ Cfr. VASQUEZ RÍOS, Alberto (1997). *Derecho de las personas*. T. 1. Lima: San Marcos, pp. 104 – 109. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004). *Derecho de las personas*. 4ª. Ed. Lima: Gaceta Jurídica, p. 186.

⁷ Cfr. ROY FREYRE, Luis (1986). *Derecho penal*. Lima: Eddili, pp. 234 y 235: “jamás el suicidio será un acto de libertad (...) Solo la más decadente filosofía o el más repudiable fanatismo castrense, religioso o terrorista que deforme la mentalidad (...) puede pretender justificar un acto normalmente contrario a un claro mandato de la naturaleza”. VILLA STEIN, Javier (2004). *Derecho penal. Parte especial*. 2ª. Ed. Lima: San Marcos, p. 137.

persona pero que por política criminal, en los casos en que implica la interacción de terceros, debe sancionarse aun contra la voluntad del suicida⁸.

Leyendo los argumentos arriba esbozados, resulta evidente que las prohibiciones penales que sancionan la eutanasia responden a una concepción de moralidad política que funciona como trasfondo de la interpretación que se hace corrientemente del contenido de los derechos a la vida o a la libertad, ya sea desde concepciones religiosas o seculares. Si bien a través de la historia el tema de la libre disposición de la propia vida ha generado polémica en cuanto al alcance de conceptos morales como “santidad de la vida”, “deber de vivir”, o “vida buena”; hoy en día, aparece como injustificada la sanción para el suicida, quien suele ser visto como alguien perturbado. Por otro lado, el debate se ha ampliado entre argumentos en torno a la corrección moral de la regulación legal de la eutanasia en la medida en que ésta supone la intervención de otra persona en la realización de la decisión del paciente de terminar con su vida⁹.

Entonces, respecto al tratamiento de la eutanasia, en el contexto de una sociedad democrática y pluralista, la idea de “santidad de la vida” parece no poder encontrar fundamento en la religión, cobrando sentido la pregunta por la fuente del valor y respeto que le otorgamos a la vida humana¹⁰. Surgirá, asimismo, el interrogante sobre qué implicancias supone el carácter fundamental de la libertad individual para la interpretación de la “irrenunciabilidad” derecho a la vida y para el interés estatal en la tutela de la vida bajo la forma de un “bien jurídico”. Finalmente, existe también la necesidad de distinguir si existe un ámbito en el que el Estado pueda restringir

⁸ Cfr. HURTADO POZO, José (1995). *Manual de derecho penal. Parte especial 1: homicidio*. 2ª ed. Lima: Juris, pp. 144 y 145. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A. y M^a. del Carmen GARCÍA CANTIZANO (1998). *Derecho penal. Parte especial*. 4ª. Ed. Lima: San Marcos, pp. 67 y 68.

⁹ Vid., respecto del debate ético, fundamentalmente: HARRIS, John (1985). *The Value of Human Life: introduction to Medical Ethics*. Nueva York: Routledge & Kegan Paul; RACHELS, James (1986). *The end of life: euthanasia and morality*. Oxford: OUP, 1986. SINGER, Peter (1995). *Ética práctica* (tr. de R. Herrera). 2ª. Ed. Cambridge: CUP. DWORKIN, Ronald (1994). *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. (tr. de R. Caracciolo y V. Ferreres). Barcelona: Ariel.

¹⁰ Cfr. RAZ, Joseph (2004). “El valor de estar vivo” (tr. de M. Bergas Ferriol) en *Valor, respeto y apego*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 128 y ss.

justificadamente la libertad individual de los ciudadanos, más allá de lo necesario para prevenir y sancionar daños a terceros, con el objetivo de evitar, a través de una medida paternalista, que una persona renuncie a la vida voluntariamente.

En conclusión, el problema que proponemos para la presente investigación es el siguiente:

¿Cuáles son los fundamentos de la despenalización de la eutanasia en el marco del liberalismo político como concepción de la justicia?

Nuestra investigación adopta como marco teórico al liberalismo político, básicamente en la versión igualitaria que ha sido desarrollada en los trabajos de sus dos principales defensores: J. Rawls y R. Dworkin¹¹. Consideramos que este liberalismo es la filosofía política que contiene la concepción política de la justicia expresada en la Constitución de 1993 y que, por tanto, resulta adecuado como base para la interpretación del texto constitucional y la construcción de argumentos orientados a la solución de “casos difíciles” como bien puede ser el problema de la regulación de la eutanasia. Sustentamos nuestra afirmación en que el liberalismo político concilia los valores de libertad e igualdad en una concepción de la justicia que permite otorgar fundamentación filosófica a los principios e instituciones que se derivan del texto constitucional y a la interpretación que de estos ha hecho el Tribunal Constitucional, brindando, al mismo tiempo, un marco

¹¹ Si bien para la investigación se han seleccionado las obras de J. Rawls y R. Dworkin, un tratamiento sistemático del liberalismo político de corte igualitario puede hallarse también en los siguientes autores y textos: SCANLON, T. M. (2003). *Lo que nos debemos unos a otros. ¿Qué significa ser moral?* (tr. de E. Weikert García). Barcelona: Paidós; NINO, Carlos S. (2007). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª. Ed. Buenos Aires: Astrea; SEN, Amartya (2009). *La idea de la justicia* (tr. de H. Valencia Villa). Madrid: Taurus.

teórico adecuado para denunciar la incoherencia de leyes y políticas que no pueden ser justificadas a la luz de los principios de la justicia política liberal.

Consideramos como hipótesis de nuestra investigación que no es posible sostener coherentemente que nuestro Estado Constitucional encuentra su justificación en la filosofía política liberal y al mismo tiempo defender una prohibición absoluta de la eutanasia. Esto es así porque, desde la perspectiva liberal, el carácter fundamental y la amplitud de la libertad individual como derecho implican para la interpretación del derecho a la vida que éste no puede contener un deber de vivir para los ciudadanos, básicamente por dos razones: (i) porque la vida ya no puede ser interpretada desde la perspectiva del tradicional principio de “santidad de la vida”, que impone al Estado el deber de tutelarla exclusivamente bajo la forma de un “bien jurídico” que privilegia su realidad biológica, convirtiéndola en el sustento “ontológico” de los demás derechos y que le otorga el malentendido carácter de “irrenunciable”; y (ii) porque la interdicción del moralismo y el perfeccionismo, hace decaer una supuesta obligación moral de plasmar en la vida ideales de virtud que obliguen a conservar la propia vida aun en las peores condiciones, el derecho no puede ya imponer una “moral supererogatoria”. Por estas mismas razones se debe concluir que cuando no sea posible argumentar la imposición de una medida de paternalismo superficial conciliable con el mismo reconocimiento de la libertad individual (como en el suicidio) el derecho no debería excluir la posibilidad de la una regulación de la eutanasia.

Nuestra investigación tiene como objetivo general mostrar cómo es posible argumentar una fundamentación ético-jurídica para la despenalización de la eutanasia en el marco de una concepción política liberal. Mientras que sus objetivos específicos son los siguientes: (i) delimitar el concepto de “eutanasia” distinguiendo entre las diversas tipologías existentes; (ii) exponer los elementos del liberalismo político como teoría para la justificación del derecho y la política; (iii) justificar por qué la interpretación liberal resulta adecuada para la investigación en función de los conceptos que la Constitución incorpora; (iv) examinar el lugar de la libertad individual en un orden político-jurídico liberal; (v) dilucidar que implicancias tiene la libertad individual para la interpretación del valor de la vida humana; (vi) delimitar el ámbito del paternalismo estatal justificado en el campo de las conductas de renuncia a la propia vida; (vii) evaluar si la prohibición de la eutanasia encuentra justificación en coherencia con el liberalismo político; y (viii) argumentar una fundamentación para la despenalización de la eutanasia.

Metodológicamente, nuestra investigación se inscribe en el marco de la filosofía política y del derecho. En este sentido los métodos a utilizar son principalmente los siguientes: (i) el método analítico en la distinción conceptual; (ii) el individualismo normativo en la filosofía práctica que concibe que en última instancia las normas morales y valores solo pueden justificarse por referencia a los intereses y deseos de los individuos afectados¹²; y (iii) el constructivismo liberal que concibe la filosofía del derecho como un trabajo de

¹² Vid. VON DER PFORDTEN, Dietmar (2012). “Five Elements of Normative Ethics – A General Theory of Normative Individualism“. *Ethical Theory and Moral Practice. An International Forum*. Berlín, Vol. 15, N°. 4, pp. 449 – 462.

interpretación del derecho vigente como un todo a luz de principios de moralidad política¹³.

El orden de exposición en el texto de la investigación será el siguiente:

1. *Primer capítulo:* plantea el problema de la fundamentación de la eutanasia prohibida, entendida como eutanasia voluntaria y suicidio asistido, a partir de lo limitadas que resulta las concepción filosófica tradicional para justificar la sanción penal de los actos de disposición de la propia vida en el Estado Constitucional. Para este fin se procede a través de los siguientes pasos: (i) introducimos el contexto social e individual que da origen a la problemática de la eutanasia y al problema de su justificación; (ii) delimitamos el concepto de eutanasia voluntaria, planteando una crítica a las tipologías tradicionales de la eutanasia basadas en excesivos formalismos que descuidan el problema de fondo; (iii) proponemos el abordaje conjunto de la eutanasia voluntaria y del suicidio asistido a partir de una definición normativa del suicidio y justificaremos esta conexión en base a la autonomía de la persona; (iv) examinamos brevemente los problemas que plantean las prohibiciones penales de los artículos 112° y 113° del Código Penal respecto de la fundamentación de la criminalización de la eutanasia; y (v) revisamos las concepciones del principio de “santidad de la vida” en la tradición filosófica a fin de mostrar que resultan inadecuadas para justificar la sanción penal de la eutanasia del Estado Constitucional.

¹³ *Vid.* RAWLS, John (2012a). “El constructivismo kantiano en la teoría moral” (tr. de M. A. Rodilla) en *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*. 3ª. Ed. Madrid: Tecnos, pp. 209 – 262.

2. *Segundo capítulo:* expone los elementos centrales del liberalismo político como una filosofía política que postula una concepción política de la justicia ajustada a la Constitución como marco teórico a utilizar para examinar si es posible justificar la descriminalización de la eutanasia. Con este objetivo, procedemos a través de los siguientes pasos: (i) introducimos la relación existente entre el constitucionalismo y el liberalismo en la tradición política occidental a fin de distinguir el lugar que ocupa el liberalismo político frente al derecho; (ii) exponemos los principales elementos teóricos del liberalismo político, con énfasis en los principios de la concepción política de la justicia, a través de las propuestas de J. Rawls y R. Dworkin; (iii) revisamos críticamente las principales teorías contemporáneas que han debatido con el liberalismo político: la teoría del derecho natural, la filosofía comunitarista, las corrientes republicanas y las concepciones democráticas de la política; y (iv) identificamos los elementos normativos contenidos en la Constitución de 1993 que hacen del liberalismo político una teoría adecuada para la descripción de la moral política sustantiva de la Constitución y para la interpretación del derecho.
3. *Tercer capítulo:* propone un argumento respecto de la despenalización de la eutanasia con base en la prioridad de la libertad individual en el marco del liberalismo político. La argumentación se desarrolla dando los siguientes pasos: (i) identificamos el lugar de la libertad individual en un orden político-jurídico liberal y cómo se halla reflejada en una cláusula general de libertad incorporada en la Constitución; (ii) mostramos las implicancias que tiene la libertad individual para la interpretación antiperfeccionista del principio de “santidad de la vida” y el valor de la vida humana; (iii) delimitamos el ámbito del paternalismo estatal justificado liberalmente en el campo de las conductas que suponen la renuncia a la propia vida; (iv) evaluamos por qué las razones para

restringir la libertad individual y prevenir por medio del derecho penal el suicidio no alcanzan a la eutanasia en función de su particular contexto; y (v) consideramos los principales aspectos que deberían valorarse en una posible discusión democrática sobre regulación de la eutanasia en coherencia con el liberalismo político.



CAPÍTULO PRIMERO:

EUTANASIA PROHIBIDA Y EL PROBLEMA DE SU JUSTIFICACIÓN

1.1 PROBLEMÁTICA SOCIAL DE LA EUTANASIA

1.1.1 Rechazo al dolor y demandas por una muerte digna

Si bien los problemas que pueden presentarse respecto al término de la vida humana han mantenido a lo largo de la historia gran relevancia para la ética y el derecho. Éstos cobran actualidad en las últimas décadas a causa del problema moral que surge a partir del progreso de la técnica que hace posible tratamientos médicos particularmente intensivos destinados a mantener con vida a pacientes terminales, cuya supervivencia, generalmente, va acompañada de una pobre calidad de vida.¹ Dicha realidad ilustra la relevancia moral del conflicto entre técnica y humanización², propio de las sociedades de nuestros días.

Esta conflictividad debe comprenderse en el contexto del mundo moderno en el cual “la abolición del dolor y la búsqueda de un sentido de la vida en situaciones de dolor y de sufrimientos intolerables es una cuestión crucial”³. Por oposición a las sociedades tradicionales, en la sociedad actual la salud se entiende “como un ideal de vitalidad, de integridad, aún de belleza y de un sentido de bienestar, y como la habilidad de funcionar

¹ Cfr. BREEN, Kerry *et al.* (2010). *Good Medical Practice. Professionalism, Ethics and Law*. Cambridge: CUP, p. 339.

² Cfr. HOOFT, Pedro F. (2004). *Bioética y derechos humanos: temas y casos*. 2ª. Ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Depalma, p. 75: “Una serie de situaciones inéditas muestran la tensión y ambigüedad que de hecho se produce entre ‘técnica’ y ‘humanización’, tensión que por momentos se traduce en conflictividad. Ello sucede ya que la racionalidad científica (...) pretende excluir del campo del saber todo otro tipo de conocimiento auténtico [y] cercena la universalidad polivalente propia de la inteligencia espiritual del hombre”.

³ PESSINI, Leo (2008). “La eutanasia” en TEALDI, Juan C. (ed.). *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. Bogotá: UNESCO/RLCB, p. 507.

y de disfrutar la vida. Así que de la medicina se espera que restaure esta salud”⁴. Mientras que, por otro lado, la supervaloración de la utilidad del ser humano hace que cada vez más personas sientan molesto el inmiscuirse en el dolor ajeno, sobre todo en el caso de enfermos terminales o personas gravemente enfermas, a quienes se considera poco más que un obstáculo para la complejidad del mundo moderno⁵.

En el contexto de esta sociedad que busca eliminar toda y cualquier posibilidad de sufrimiento, la presencia del dolor y del sufrimiento intolerable aparece como absurda. Así, las cuestiones que se plantea L. Pessini son inevitables “¿por qué morir se convirtió en una indignidad en esta realidad? (...) ¿Hay sentido en sufrir inútilmente? ¿No es mejor morir de una vez? ¿La persona humana no tendría el derecho de decir algo sobre esto? ¿Por qué no hablar sobre el derecho de morir si defendemos tanto el derecho de vivir?”⁶.

Son sin duda este tipo de interrogantes, surgidas frente a la ineficacia de las técnicas disponibles para controlar el dolor agudo en pacientes gravemente enfermos las que hicieron nacer durante el siglo pasado, hacia la década del treinta, a nivel mundial la demanda de legalización de una “muerte digna” para enfermos terminales⁷. Particularmente, las últimas décadas, a causa de la expansión de enfermedades tan penosas como el cáncer y el sida, han visto acrecentar la discusión acerca de la eutanasia, el suicidio asistido y los derechos del paciente promovida por una serie de organizaciones de la sociedad civil en las principales ciudades del globo⁸.

⁴ MACÍAS OSUMA, Amador (2002). “La eutanasia” en HERNÁNDEZ ARRIAGA, Jorge L. (ed.). *Bioética general*. México: Manual Moderno, p. 271.

⁵ Cfr. HURTADO OLIVER, Xavier (2000). *El derecho a la vida y a la muerte?* 2ª. Ed. México: Porrúa, p. 140: “Se tiende a juzgar la vida con criterios hedonistas, utilitaristas y económicos; el estoicismo ante el infortunio es hoy impensable y el sufrimiento y el dolor, parte natural de la secuela vital, han dejado de ser factores de templanza y redención como antes fueron concebidos bajo el influjo de las enseñanzas religiosas; su sola idea es rechazada en un momento que deviene en secularizado”.

⁶ PESSINI, Leo. *Op. cit.* (N. 3), p. 507.

⁷ En 1935, se introdujo en el parlamento inglés un proyecto de ley que legalizaba la eutanasia. *The British Voluntary Society*, la primera asociación civil en pro de la eutanasia, hizo su aparición para promover esta legislación. En 1938 se forma la *American Euthanasia Society*, siguiendo el modelo anglosajón. Cfr. SCHERER, Jennifer M. y Rita J. SIMON (1999). *Euthanasia and the Right to Die: A Comparative View*. Maryland: Rowman & Littlefield, pp. 4 y 5.

⁸ En las últimas décadas del siglo pasado la discusión cobró notoriedad promovida por una serie de organizaciones favorables a la eutanasia que aparecieron alrededor del mundo (Holanda, 1973; Japón, 1976;

Dichas demandas, cuyo extremo más controvertido se halla en la solicitud de legalización de la eutanasia y del suicidio asistido, fundada, principalmente, en la reivindicación de la autonomía del ser humano para disponer de su propia vida han encontrado en nuestros días en sociedades que se definen como liberales, democráticas y pluralistas, el marco propicio para su discusión.

En este sentido, en una sociedad, como la nuestra, que va conquistando mayores ámbitos de secularización, la idea de “santidad de la vida” fundada canónicamente no puede sino sonar como arbitraria cuando se la esgrime como argumento en contra de la despenalización de la eutanasia. Consecuentemente, hoy será necesario replantearse la pregunta sobre cuál es la fuente del valor moral que le otorgamos a la vida y cuáles son las consecuencias que implica para el contenido del derecho fundamental a la vida y, concretamente, para la regulación de la eutanasia⁹.

Además, seguramente, la solución jurídica que adoptemos frente al problema de la eutanasia pasará por valorar, respecto de la vida humana, la tensión que es esencial al nacimiento de la bioética secular entre los principios de autonomía y beneficencia¹⁰. Es en esta tensión entre principios morales donde es posible encontrar el origen del conflicto que, en el marco de la discusión sobre la eutanasia, se ha planteado tradicionalmente en términos jurídicos entre la libertad, entendida como capacidad para disponer inclusive de la propia vida, y el derecho a la vida, entendido la mayoría de veces como un bien independiente de la voluntad de quien lo posee.

Ahora bien, es necesario anotar que el problema de regulación de la eutanasia resulta especialmente complejo pues no basta con reivindicar la validez deontológica de

Alemania, 1976; etc.). El primer congreso internacional de este tipo de organizaciones se llevó a cabo en Tokio en 1976. Además, también tuvo gran importancia el denominado “Manifiesto de la Eutanasia”, lanzado en enero de 1973 por tres premios Nobel (J. Monod, L. Pauling y G. Thompson). Cfr. MACÍAS OSUMA, Amador. *Op. cit.* (N. 4), p. 265.

⁹ Cfr. RAZ, Joseph (2004). “El valor de estar vivo” (tr. de M. Bergas Ferriol) en *Valor, respeto y apego*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 128 y ss.

¹⁰ Cfr. ENGELHARDT, H. Tristram (1995). *Los fundamentos de la Bioética* (tr. de I. Arias *et al.*). Barcelona: Paidós, pp. 111 y ss.

principios éticos que encuentran fácilmente su correspondencia en derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Resulta también imperativo ponderar la razonabilidad de cada uno de las posibles modelos de interpretación de derechos considerando las consecuencias indeseables que pudiera generar su aplicación en situaciones reales¹¹. Principalmente, en cuanto que en la eutanasia la decisión de morir se debe tomar en contextos de particular afectación emocional y, además, se ejecutará en interacción con otras personas.

1.1.2 ¿Qué significa ser un enfermo terminal?

Sin la presencia de un enfermo terminal nos alejamos de la eutanasia, porque éste es una condición necesaria para hablar propiamente de la práctica eutanásica. En principio podemos señalar que no existe una definición estricta de “enfermedad terminal”, más aún para el medio peruano en que ésta no ha sido recogida en algún documento con carácter vinculante. Siendo los centros hospitalarios los que, históricamente, se han encargado de identificar entre sus pacientes a quienes pueden ser catalogados como “enfermos terminales”¹².

Sin embargo, respecto de esta última categoría, podemos señalar que existe cierto consenso en designar como enfermo terminal a “aquel que padece una enfermedad grave o incurable y quien por el deterioro fisiológico de su organismo se encuentra en la fase final de su existencia”¹³. Más gráficamente, desde el campo clínico, se han descrito como los síntomas comunes que sufre un enfermo terminal: dolor agudo, delirium, anorexia, caquexia, astenia, náusea, diarrea, hemorragia masiva, sofocación, convulsiones, etc^{14 15}.

¹¹ *Vid.*, sobre los modelos de regulación: TOMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen (1999). *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*. Madrid: CEPC, pp. 537 – 539; REY MARTINEZ, Fernando (2008a). *Eutanasia y derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, p. 12.

¹² *Cfr.* VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2001). *Derecho médico peruano*. Lima: Universidad de Lima, p. 130.

¹³ PERALTA, Andrés (2008). “Enfermedad terminal” en TEALDI, Juan C. *Op. cit.* (N. 3), p. 493.

¹⁴ *Cfr.* LARA SOLARES, Angélica *et al.* (2006). “Manejo del paciente terminal”. *Cancerología*. México, N° 1, pp. 283 – 295.

Esto implicaría, como se ha agregado, desde el plano normativo, que un enfermo terminal presenta tal deterioro irreversible de su autonomía que le es imposible gozar de sus derechos y, por tanto, organizar un plan de vida a futuro¹⁶.

Con mayor precisión, la enfermedad que afronta el paciente terminal puede definirse como “el estado clínico que indica expectativa de muerte a corto plazo” y que se “presenta comúnmente como un proceso evolutivo final de algunas enfermedades crónicas progresivas cuando se han agotado los remedios disponibles”¹⁷. Siguiendo a la Sociedad Española de Cuidados Paliativos la situación de enfermedad terminal se caracteriza por presentar siguientes elementos: 1. Presencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable; 2. Falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico; 3. Presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes; 4. Gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte; 5. Pronóstico de vida inferior a seis meses¹⁸.

Las enfermedades que en mayor o en menor medida pueden devenir en un estadio terminal se identifican, principalmente, con todas las formas de cáncer, el sida, las enfermedades de motoneurona y las de insuficiencia específica orgánica (renal, cardíaca,

¹⁵ Desde el plano psicológico los desafíos que afronta un paciente con cáncer terminal serían los siguientes: “a) la falta de información, incertidumbre, o la conspiración del silencio; b) la indefensión y la falta de participación en las decisiones; c) el control de síntomas molestos y de las reacciones indeseables de los tratamientos como astenia, dolor, problemas cognitivos, etc.; d) el miedo a la muerte; e) la pérdida de roles sociales; f) la sensación de dependencia, inutilidad, de ser una carga para los demás; g) las situaciones de falta de intimidad, compañía o soledad, separación de la familia o sentimientos de rechazo; h) los pensamientos y rumiaciones negativos de culpabilidad, miedo al futuro o victimización; i) los estados de depresión o ansiedad; j) las necesidades espirituales (de despedida d familiares, hablar de su trayectoria vital, no dejar asuntos sin concluir, entre otros). Cfr. CRUZADO RODRÍGUEZ, Juan A. (2010). *Tratamiento psicológico en pacientes con cáncer*. Madrid: Síntesis, pp. 44 y 45.

¹⁶ Cfr. CALSAMIGLIA, Albert (2002). “Sobre la eutanasia” en VÁSQUEZ, Rodolfo (ed.). *Bioética y Derecho: fundamentos y problemas actuales*. 2ª. Ed. México: ITAM/FCE, p. 161.

¹⁷ PERALTA, Andrés (2008). *Op. cit.* (N. 13), p. 493. “El diagnóstico de síndrome terminal se basa en la existencia de los siguientes factores: a) enfermedad causal de evolución progresiva, b) pronóstico de supervivencia de pocos meses, c) ineficacia comprobada de los tratamientos y d) pérdida de la esperanza de recuperación” (*Idem.*).

¹⁸ Cfr. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS (S/E). *Guía Médica de Cuidados Paliativos* (en internet), p. 4. Recuperado el 27.10.2013 de:

hepática etc.)¹⁹. Estadísticamente se puede afirmar que la sexta parte de la población mundial que fallece lo hace a causa de algún tipo de cáncer o sida, lo cual representa aproximadamente nueve millones de personas²⁰. Como respuesta ante la grave situación de disminución física que implican los tramos finales de estas enfermedades para los pacientes, en la actualidad han cobrado un rol preponderante los “cuidados paliativos”²¹. Sin embargo, es justamente en los países subdesarrollados, en lo que estos males están en aumento, donde existe un déficit mayor en cuanto a la disponibilidad del tratamiento paliativo para enfermos terminales²².

1.2 CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE EUTANASIA

1.2.1 Concepto tradicional de eutanasia

En un sentido etimológico primario *euthanatos* proviene de los vocablos griegos *eu* (bueno/a) y *thanatos* (muerte). Apareció en el siglo V a. C. en la obra de Crátinos significando simplemente muerte tranquila o muerte sin sufrimiento²³. Este sentido no connotaba aún la idea de provocar la muerte sino solo la de facilitar el paso de la vida a la muerte suprimiendo total o parcialmente el dolor que la acompaña²⁴.

Es importante resaltar el aporte de F. Bacon (1561 – 1621), quien fuera médico a la vez que filósofo, a la forma en que se entiende modernamente la eutanasia. Bajo el título

<http://www.secpal.com/guiasm/index.php?acc=see_guia&id_guia=8>.

¹⁹ Cfr. *Idem*.

²⁰ Cfr. WEBSTER, Ruth; LACEY, Judith y Susan QUINE (2007). “Palliative Care: A Public Health Priority in Developing Countries”. *Journal of Public Health Policy*. Basingstoke, Vol. 28, pp. 28 y 29.

²¹ Para la OMS los cuidados paliativos son “un enfoque que mejora la calidad de vida de los pacientes y sus familias que enfrentan los problemas asociados con una enfermedad que amenaza la vida, a través de la prevención y alivio del sufrimiento mediante la identificación temprana y la evaluación minuciosa, y el tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales” (p. 3). El énfasis se encuentra en el control del dolor y de la angustia psicológica. Los cuidados paliativos deben tener un rol fundamental en el tratamiento de los pacientes terminales, especialmente de cáncer y sida, en los países en vías de desarrollo. Cfr. WORLD HEALTH ORGANISATION (2007). *Palliative care: cancer control knowledge into action*. Geneva: WHO Press, pp. 2 – 15.

²² Cfr. WEBSTER, Ruth, LACEY, Judith y Susan QUINE (2007). *Op. cit.* (N. 20), pp. 30 y ss.

²³ Cfr. HOCQUARD, Anita (1999). *L'Euthanasie Volontaire*. Paris: PUF, p. 9.

²⁴ Cfr. BADOUIN, Jean L. y Danielle BLONDEAU (1995). *La Ética ante la muerte y el derecho a morir* (tr. de D. Chiner). Barcelona: Herder, p. 107.

de “eutanasia exterior” escribió en su *Proficiency and Advancement of Learning*: “estimo que es labor del médico no solamente hacer recuperar la salud, sino también atenuar el sufrimiento y los dolores. Esto no solamente cuando el alivio es propicio a la curación, sino también cuando puede ayudar a morir de forma apacible”²⁵. Sin embargo, muchos críticos aprecian en este escrito una anticipación de lo que hoy son los “cuidados paliativos” y no precisamente la justificación de la eutanasia tal como hoy se demanda²⁶.

En la actualidad, el significado del término “eutanasia” parece haber variado y desde una primera aproximación podemos señalar que existe un cierto consenso en cuanto a que engloba el comportamiento que tiene por finalidad causar la muerte de un paciente, generalmente terminal, a petición de éste y con la intervención de un profesional de la medicina²⁷. Sin embargo, con la finalidad de delimitar el concepto es posible desmontar la conceptualización anterior a fin de proceder a su análisis en función a sus elementos. Estos son: 1. Sujeto activo; 2. Sujeto pasivo; y 3. Acción eutanásica.

Primero, se entiende por “sujeto activo” de la eutanasia a quien realiza la acción que tiene por resultado la muerte del paciente. Sobre la calidad de aquél existe entre los especialistas la exigencia de que se trate de obligatoriamente de un médico por razones de seguridad jurídica²⁸. Esto se fundamenta, además, en el hecho de que son los médicos quienes reúnen el suficiente conocimiento científico como para diagnosticar con precisión el estado de salud del paciente, prever la proximidad de su muerte y determinar

²⁵ BACON, Francis (1950). *The Advancement of Learning*. London: Everyman’s Library, p. 114.

²⁶ Cfr. DOWBIGGIN, Ian R. (2007). *A Concise History of Euthanasia: Life, God and Medicine*. Lanham: Rowman & Littlefield, p. 23.

²⁷ PAREJO GUZMÁN, M^a. José (2005). *La eutanasia ¿un derecho?* Navarra: Aranzadi, p. 360.

²⁸ Cfr. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José (2001). *Eutanasia y vida dependiente*. 2^a. Ed. Madrid: EIUNSA, pp. 56 y 57: “El control jurídico exige un procedimiento (...) el protocolo, igualmente debe garantizar la situación del ejecutante. Se trata de una mínima garantía de seguridad jurídica. Creo que esto último es mucho más factible si se define como un acto realizado por personal sanitario, preferentemente un médico”.

los medios adecuados para garantizar que la acción eutanásica implique el menor sufrimiento para el paciente²⁹.

Segundo, respecto al “sujeto pasivo” de la eutanasia, se exige mayoritariamente que sea un paciente terminal el que solicita la acción eutanásica para acabar con sus dolores³⁰. Si bien este concepto ha sido desarrollado más arriba, entendemos aquí por enfermo terminal a “aquella persona que, como consecuencia de una lesión o enfermedad, padece según los actuales conocimientos médicos, una afección incurable que le ha hecho entrar de forma irreversible en el proceso que le conducirá inevitablemente, en un plazo breve, a la muerte”³¹.

Tercero, en cuanto a la “acción eutanásica”, ésta debe entenderse, en general, como el comportamiento dirigido a poner fin a la vida del paciente terminal a petición de éste y con la finalidad de aliviar los dolores propios de su enfermedad. Como se expone detalladamente (*infra* 1.2.4), este comportamiento puede incluir tanto acciones u omisiones que tengan por finalidad directa o indirecta la muerte del enfermo terminal. Esto da origen a una clasificación ampliamente extendida que distingue, por un lado, entre “eutanasia activa” y “eutanasia pasiva” y, por el otro, entre “eutanasia directa” y “eutanasia indirecta”.

Existe también la posibilidad de distinguir conceptualmente entre “eutanasia voluntaria” y “eutanasia involuntaria” en función de si la “acción eutanásica” se realiza a petición del enfermo terminal o si se lleva a cabo en ausencia de la voluntad del paciente por carecer el mismo de la capacidad actual para expresarla (por haber caído en estado de

²⁹ Cfr. PAREJO GUZMÁN, M^a. José (2005). *Op. cit.* (N. 27), pp. 380 y 381: “Los médicos tienen un conocimiento sobre sustancias que pueden resultar letales y [pueden] recurrir a medicamentos de difícil acceso”.

³⁰ Cfr. CALSAMIGLIA, Albert (2002). *Op. cit.* (N. 15) p. 160: “si el enfermo no es terminal entonces no estamos ante un caso de eutanasia”. En el mismo sentido, PAREJO GUZMÁN, M^a. José (2005). *Op. cit.* (N. 27), p. 384.

³¹ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1993). *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*. Valencia: GEPC, p. 20.

inconsciencia)³². En este sentido, puede afirmarse que el elemento de la voluntariedad de la petición no es determinante para el concepto de eutanasia y que es común entre los especialistas debatir en torno a la justificación de la llamada “eutanasia no voluntaria” para pacientes en estado de inconsciencia y de la cuestionada ‘eutanasia involuntaria’ para los supuestos de pacientes incapaces³³.

Finalmente, también se ha discutido respecto del sentimiento de “piedad” que debe inspirar la conducta del médico frente a los dolores del paciente. Sin embargo, como han expresado diversos autores, esta exigencia implica un fuerte subjetivismo que, además de ser difícil de evaluar en la práctica³⁴, ocupa un lugar secundario en cuanto a la justificación del comportamiento supeditado siempre a la voluntad del paciente o a sus intereses³⁵. Por estas razones no consideramos el carácter piadoso como un requisito de la acción eutanásica³⁶.

1.2.2 Dos tipos no relevantes

1.2.2.1 Eutanasia pasiva: distinción matar/dejar morir

La posibilidad de distinguir entre eutanasia activa y eutanasia pasiva en función a las consecuencias causales del comportamiento humano se remonta a los siglos XVI y XVII, permaneciendo, hasta nuestros días, ampliamente difundida entre los estudiosos, juristas y filósofos, del problema de la eutanasia³⁷.

³² Para algunos autores puede también diferenciarse la “eutanasia no voluntaria” de la “eutanasia impuesta” contra la voluntad. En buena cuenta, un homicidio. Cfr. MARCOS DEL CANO, Ana M^a. (1999). *Estudio filosófico-jurídico de la eutanasia*. Madrid: Marcial Pons, p. 60.

³³ Cfr. SINGER, Peter (1955). *Ética práctica* (tr. de R. Herrera Bonet). 2^a. Ed. Cambridge: CUP, pp. 221 y ss. El autor es uno de los principales defensores contemporáneos de la eutanasia para “recién nacidos con graves discapacidades” a la que él llama “eutanasia no voluntaria”.

³⁴ Cfr. MEDINA FRISANCHO, José L. (2010). *Eutanasia e imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, pp. 104 – 115.

³⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald (1994). *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (tr. de R. Caracciolo y V. Ferreres). Barcelona: Ariel, pp. 248 – 255.

³⁶ Cfr. ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo (2002). *La eutanasia autónoma voluntaria*. Madrid: Dykinson, p. 33: “lo cierto es que ni la eutanasia requiere un sentimiento de piedad o compasión en quien la realiza, ni siempre que se mata sintiendo compasión o piedad se está ante un caso de eutanasia”.

³⁷ Cfr. PAREJO GUZMÁN, M^a. José (2005). *Op. cit.* (N. 27) p. 395.

Siguiendo a A. M^a. Marcos del Cano podemos entender la eutanasia activa como “la muerte del paciente en estado terminal, solicitada por éste y provocada por la acción positiva de un tercero, por ejemplo, mediante la inyección letal de una dosis de morfina”³⁸, mientras que la eutanasia pasiva supondría “el resultado de muerte del paciente terminal, cuando es causado por la omisión de un tratamiento terapéutico necesario”³⁹.

En estos términos la distinción entre eutanasia activa y eutanasia pasiva parece sencilla: “mientras que en el primero de los supuestos se actúa, en el otro se omite actuar o, lo que es lo mismo, en un caso se mata y en el otro, más bien, se deja morir”⁴⁰. Sin embargo, esta clasificación teórica, aparentemente descriptiva y neutral, trae consigo importantes consecuencias normativas. Así, mientras que la ‘eutanasia pasiva’ es ampliamente aceptada por bioeticistas, juristas y hasta teólogos, la eutanasia activa suele ser condenada como inmoral y delictiva⁴¹.

Como ha afirmado I. Álvarez Gálvez, “en el fondo de la distinción eutanasia activa – eutanasia pasiva subyace la idea de que existe una diferencia moralmente relevante entre matar y dejar morir, siendo así que si bien nunca está permitido lo primero, a veces no está prohibido moralmente lo segundo”⁴². No obstante las razones que sirven de fundamento a esta diversa valoración moral han sido criticadas por diversos autores.

Es así que J. Rachels ha cuestionado la distinción moral entre “matar” y “dejar morir”. Para este propósito se ha servido de la comparación entre los siguientes casos: 1. X, que, sabiendo que si muere un familiar (un niño) logrará una herencia, le ahoga

³⁸ MARCOS DEL CANO, Ana M^a. (1999). *Op. cit.* (N. 32) p. 51.

³⁹ *Ibid.*, p. 52.

⁴⁰ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo (2002). *Op. cit.* (N. 36) p. 67.

⁴¹ Sobre la regulación favorable de la eutanasia pasiva en el derecho comparado, *Cfr.* VALADÉS, Diego (2008). “Eutanasia: régimen jurídico de autonomía vital” en CARPIZO, Jorge y Diego VALADÉS. *Derechos humanos, aborto y eutanasia*. México: UNAM, pp. 107 – 118. El autor afirma, con especial referencia a la realidad latinoamericana, que “la eutanasia pasiva es una práctica médica en expansión, porque incluso en países donde no se cuenta con disposiciones aplicables, es común que los médicos suspendan (“desconecten”) a numerosos pacientes, a solicitud del paciente mismo o de sus familiares, o a iniciativa de los propios médicos” (pp. 107 y 108).

⁴² ÁLVAREZ GALVEZ, Iñigo (2002). *Op. cit.* (N. 36) p. 68.

mientras está en la bañera y 2. Y, quien, teniendo la misma información e intención, deja que el familiar se ahogue en la bañera mientras lo contempla desde la puerta del cuarto de baño⁴³. El autor se interroga si, desde la perspectiva tradicional, se da por sentado que X ha matado al niño, mientras que Y “solamente” lo ha dejado morir y esta es la única diferencia entre ambos supuestos: ¿existe realmente alguna diferencia moral entre matar y dejar morir que nos conduzca a sostener que la conducta de Y es menos reprochable que la de X?⁴⁴.

La tesis de J. Rachels, conocida como *Equivalence Thesis*⁴⁵, afirma que no existe alguna diferencia moralmente relevante. Tanto X como Y actuaron impulsados por los mismos motivos y con la misma finalidad. Ambos obtuvieron el mismo resultado, la muerte del familiar. Además, suponer que Y pudiese válidamente argumentar en su defensa que él no mató al niño y que tan solo lo dejó morir mientras lo observaba, y dado el supuesto de que dejar morir es menos grave que matar, por tanto su conducta es menos grave que la de X supondría una grotesca perversión del razonamiento moral^{46 47}.

Entonces, siguiendo a J. Rachels⁴⁸, para el problema de la eutanasia, emplear la distinción tradicional tiene serias consecuencias adversas para los pacientes. Concretamente frente al caso de un paciente con cáncer terminal que solicita la eutanasia,

⁴³ Cfr. RACHELS, James (1986). *The End of Life. Euthanasia and Morality*. Oxford: OUP, p. 112.

⁴⁴ Cabe aquí aclarar que con el ejemplo no se quiere indicar que en todos los casos la distinción entre matar y dejar morir resulta irrelevante sino que esta diferencia no es por sí misma válida para derivar conclusiones normativas en todo contexto. Particularmente en los que como en el ejemplo existe una vinculación especial entre autor y víctima que sustenta la expectativa de una prestación positiva, esta relación que puede fundamentarse entre algunos familiares existiría también entre médico y paciente.

⁴⁵ Esta tesis ha sido defendida también por otros autores. Vid. TOOLEY, Michael (1994). “An irrelevant consideration: killing versus letting die” en STEINBOCK, Bonnie y Alastair NORCROSS (eds.). *Killing and letting die*. Nueva York: Fordham University Press, pp. 103 – 111. También, FREY, R. G. (1998). “Distinctions in Death” en DWORKIN, Gerald; R. G. FREY y Sissela BOK. *Euthanasia and Physician - Assisted Suicide: For and Against*. Nueva York: CUP, pp. 17 – 42. Críticamente, FINNIS, John (1999). “A philosophical case against euthanasia” en KEOWN, John (ed.). *Euthanasia Examined: Ethical, Clinical and Legal Perspectives*. Cambridge: CUP, pp. 23 – 35.

⁴⁶ Cfr. RACHELS, James (1986). *Op. cit.* (N. 43), p.113.

⁴⁷ Cabe observar que uno podría invertir el argumento de J. Rachels y sostener que si eutanasia activa y eutanasia pasiva son ambas prácticas equivalentes, y dado que la primera está prohibida, también la segunda debería estarlo. Sin embargo, tal argumentación no sería válida ahí donde se reconoce prioridad a la autonomía del enfermo terminal.

⁴⁸ Cfr. RACHELS, James (1986). *Op. cit.* (N. 43), p.108.

básicamente, los doctores tendrían tres opciones: 1. Terminar con su vida empleando una inyección letal; 2. Suspender el tratamiento, permitiendo que el paciente muera antes de si se optara por 3. Continuar con el tratamiento y prologar su vida tanto como sea posible. Para la concepción tradicional solo la segunda opción, y nunca la primera, estaría justificada por tratarse de un caso de eutanasia pasiva. El atribuir de manera infundada relevancia moral a la distinción entre acción y omisión conllevaría el absurdo de preferir la opción que implica mayor sufrimiento para el paciente⁴⁹.

Podemos concluir que en el mejor de los casos, como lo hace M^a. Parejo⁵⁰, y dejando de lado la controversia ética, la diferencia entre eutanasia activa y eutanasia pasiva no resulta relevante a los efectos jurídicos o respecto de la posible justificación y tampoco resulta relevante respecto de la conceptualización de la eutanasia. Más aún, en los contextos en que es posible dar por supuesta la existencia de un derecho del paciente legalmente reconocido y fundado moralmente a rechazar el tratamiento médico.

1.2.2.2 Eutanasia indirecta: significado de la intención

La clasificación más divulgada de eutanasia permite diferenciar entre “eutanasia activa directa, cometida por medios dirigidos específicamente a ocasionar la muerte, y eutanasia activa indirecta, caracterizada por la utilización de medios sobre el paciente que no se dirigen concretamente a causar la muerte, sino a paliar el dolor o el padecimiento (por ejemplo, medios analgésicos), aunque en la conciencia de que ello puede adelantar la muerte”⁵¹. Es posible apreciar que existe, entre estudiosos, activistas y profesionales ligados a la práctica de los cuidados paliativos una postura favorable a la llamada eutanasia indirecta y, a la vez, en contra de la eutanasia directa. Resulta importante anotar

⁴⁹ *Cfr. Ibid.*, pp.108 y 109. También, DWORKIN, Ronald (1994). *Op. cit.* (N. 35), p. 240: “el derecho produce el resultado aparentemente irracional de que la gente puede elegir morir lentamente, negándose a comer, rehusando los tratamientos que la mantienen con vida, o asfixiándose al desconectar los respiradores, pero no pueden elegir la muerte rápida e indolora que sus médicos podrían fácilmente proveer. FREY, R. G. (1998). *Op. cit.* (N. 45), p. 29.

⁵⁰ *Cfr. PAREJO GUZMÁN, M^a. José (2005). Op. cit. (N. 27), p. 401.*

⁵¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes (2004). “Del homicidio y sus formas” en CORDOBA RODA, Juan y Mercedes GARCÍA ARÁN (dir.). *Comentarios al Código Penal - parte especial*. T. 1. Barcelona: Marcial Pons, p. 58.

que se rechaza el calificativo de eutanasia y se prefiere hablar de casos de “sedación terminal” o “sedación agónica”⁵².

Para algunos filósofos, como J. J. Thomson⁵³, este tipo de razonamiento es erróneo y puede ser explicado si se asumen dos premisas: 1. La acción del médico que intenta causar la muerte de su paciente es diferente de la acción del médico que prevé el resultado de muerte; y 2. Esta diferencia supone una diferencia moral. Esto se refleja en que “un médico actuando con la intención de causar la muerte de su paciente es siempre moralmente inaceptable, mientras un médico que actúa solo previendo que la muerte se producirá es, en idénticas circunstancias, moralmente aceptable”⁵⁴. Así, la causación de la muerte de su paciente mediante la práctica de la eutanasia será no reprochable si el médico busca aliviar el dolor del paciente aunque prevea la producción del resultado fatal⁵⁵.

La autora afirma que este tipo de argumentación respecto de la eutanasia indirecta es similar a la propuesta por el “principio de doble efecto”, aquellos que siguen este principio “prestan atención al hecho de que toda acción tiene diversos efectos y que es probable que una acción tenga un ‘efecto bueno’ y un ‘efecto malo’. [El principio de doble efecto] nos dice que si el ‘efecto bueno’ es en proporción suficientemente bueno, entonces una persona puede moralmente realizar la acción si, previendo el ‘efecto malo’, actúa con la intención de alcanzar solo el ‘efecto bueno’ y nunca el ‘malo’, ya sea como fin (...) o como medio para el ‘efecto bueno’”⁵⁶.

⁵² Cfr. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS (S/E). *Op. cit.*, (N. 18), p. 4.

⁵³ Cfr. THOMSON, Judith J. (1999). “Physician-Assisted Suicide. Two Moral Arguments”. *Ethics*. Chicago, Vol. 103, N.º. 3, p. 509. De manera similar, RACHELS, James (1986). *Op. cit.* (N. 43), pp. 92 – 96. Críticamente, FINNIS, John (1999). *Op. cit.* (N. 45), p. 27. “tanto en sentido común como en el jurídico (...) existe una diferencia sustantiva entre elegir matar a alguien con fármacos (administrados, digamos, durante tres días a fin de evitar sospechas) con la finalidad de aliviarlo de su dolor y sufrimiento, y elegir aliviar a alguien de su dolor suministrándole fármacos, en una dosis indicada de acuerdo a la capacidad del fármaco para aliviar el dolor, previendo que el fármaco en esa dosis causará la muerte en tres días”.

⁵⁴ THOMSON, Judith J. (1999) *Op. cit.*, (N. 53), p. 509.

⁵⁵ Cfr. *Idem*.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 509 - 510

Así, para que la acción eutanásica sea moralmente permisible el “efecto bueno” para el paciente (el alivio del dolor) debería ser suficientemente bueno en relación al “efecto malo” (la muerte del paciente). Claro está, solo si el médico tiene únicamente la intención de alcanzar el ‘efecto bueno’. No obstante, es posible cuestionar que si es el paciente quien solicita la eutanasia y lo hace, como es de esperarse, bajo la convicción de que es “bueno” para él morir en vez de continuar con sus sufrimientos, entonces ¿por qué deberíamos suponer que la muerte del paciente es el “efecto malo” de la acción del médico?⁵⁷.

Por otro lado, el principio de doble efecto implica una deficiente concepción del rol que juega la intención en la justificación de la acción humana. Resulta absurdo evaluar una acción únicamente en base a la intención subjetiva y no al aspecto cognitivo⁵⁸. La crítica que se ha planteado a la distinción “eutanasia directa” y “eutanasia indirecta” en función a la dicotomía intentar/prever un resultado es paralela a la que se ha planteado en el campo de la teoría del derecho penal, desde la llamada “teoría cognoscitiva del dolo” a la concepción tradicional del dolo ligada a la voluntad⁵⁹. Para los defensores de esta tesis no existe diferencia valorativa entre actuar con la finalidad de producir X y actuar bajo el conocimiento certero o probable de que la acción implica el resultado X⁶⁰.

En este sentido, coincidimos con I. Álvarez Gálvez, cuando afirma que “puede que el sujeto activo no desee que un determinado resultado acontezca, pero sabe que necesariamente sucederá si realiza cierta conducta. Si con todo, la realiza, entonces conoce y quiere el resultado (aunque no lo desee), es decir, éste se causa intencionalmente (...) este comportamiento es idéntico a aquél que provoca la realización

⁵⁷ *Cfr. Ibid.*, pp. 511 y 512.

⁵⁸ *Cfr. Ibid.*, pp. 514 y 515. “La intención de un actor es de interés en razón de qué ella nos muestra lo que se conocía al momento de la acción” (p. 515).

⁵⁹ Para una exposición comparada del debate en torno a la ‘intención’ tanto en la Filosofía moral como en el Derecho penal. *Vid. MANRIQUE, Laura (2007). “Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto”. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, N° 30, pp. 415 – 434.*

⁶⁰ *Cfr.*, fundamentalmente, JAKOBS, Günther (2009). “Dolus Malus” (tr. de Y. Fakhouri Gómez). *InDret: Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, N° 4, pp. 1 – 23.*

deseada del mismo resultado. El hecho de que el sujeto activo no desee que se acelere el proceso de muerte del sujeto pasivo no es razón suficiente para crear una discriminación de conductas desde el momento en que conoce y asume que el resultado de su comportamiento es la muerte del sujeto pasivo”⁶¹.

Por lo razones expuestas no consideramos que la distinción conceptual entre “eutanasia directa” y “eutanasia indirecta” sea relevante para la conceptualización de la eutanasia ni tampoco que sea posible derivar de ella consecuencias normativas. Más aún nos aunamos a quienes consideran que la eutanasia indirecta, al igual que la eutanasia pasiva, no son tipos relevantes de eutanasia⁶². Sobre esto volveremos más adelante.

1.2.3 Dos problemas distintos

La clasificación que ahora presentamos se fundamenta en la manifestación de voluntad del paciente. Así, se entiende por eutanasia voluntaria “aquella que se practica por requerimiento de enfermo terminal o aquella en la que el sujeto pasivo puede manifestar y manifiesta su deseo o su voluntad relevante de morir”⁶³. Mientras que se considera eutanasia no voluntaria (llamada “eutanasia avoluntaria”) al “procurar la muerte a un ser humano que no es capaz de entender la opción entre la vida y la muerte, como, por ejemplo, en las situaciones en las que existe una pérdida total e irreversible de la consciencia, cuando el enfermo se encuentra en un estado comatoso irreversible o en un estado vegetativo permanente, cuando es un enfermo terminal o un deficiente psíquico grave, en casos de recién nacidos, etc.”⁶⁴.

Por otro lado, diversos autores han descrito, aunque condenándola, también la eutanasia involuntaria (llamada “eutanasia contravoluntaria” o “eutanasia impuesta”) como aquella que “se observa cuando el sujeto pasivo manifiesta su deseo de no morir o

⁶¹ ÁLVAREZ GALVEZ, Iñigo (2002). *Op. cit.* (N. 36) pp. 85 y 86.

⁶² *Cfr. Ibid.*, p. 59 y ss.

⁶³ PAREJO, M^a. José (2005). *Op. cit.* (N. 27) pp. 402 y 403.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 403.

no manifiesta nada, es decir, cuando la persona tiene la capacidad para consentir su propia muerte, pero no lo hace, bien porque no se le pregunta, bien porque se le pregunta y elige seguir viviendo”⁶⁵. En realidad se hace mal en utilizar el término “eutanasia” para referirse a este tipo de práctica pues se entorpece el debate con la inclusión de conductas que a todas luces aparecen como delictivas⁶⁶.

Como antes se ha señalado, no consideramos que la existencia de la voluntariedad del paciente sea definitoria del concepto de eutanasia sino, más bien, creemos que se trata de un elemento que permite distinguir entre dos tipos legítimos en la práctica de la eutanasia: la eutanasia voluntaria y la eutanasia no voluntaria⁶⁷. Esta clasificación es fundamental para el estudio pues, como ha afirmado M. D. Farrel, afecta la fundamentación que para cada uno de los tipos debe construirse a partir de principios morales diferentes⁶⁸. Así, se acepta generalmente que, mientras que los casos de eutanasia voluntaria se fundamentan en la autonomía de la persona, la justificación de los supuestos de eutanasia no voluntaria implica una interpretación de los “mejores intereses” del paciente a la luz del principio de beneficencia ya sea por un comité especializado o en sede judicial⁶⁹.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 404. En el mismo sentido: MARCOS DEL CANO, Ana M^a. (1999). *Op. cit.* (N. 32) p. 60; ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo (2002). *Op. cit.* (N. 36), p. 41.

⁶⁶ La justificación de la ‘eutanasia involuntaria’ nos acercaría a la principal perversión del término ‘eutanasia’ que sirvió para amparar las prácticas de exterminación masiva de ‘vidas carentes de valor’ en el contexto del nazismo. *Cfr.* BADOUIN, Jean L. y Danielle BLONDEAU (1995). *Op. cit.* (N. 24), pp. 106 y 107.

⁶⁷ En contra de la legitimidad de la “eutanasia no voluntaria”. *Vid.* CARBONELL MATEU, Juan C. (2010). “Homicidio y sus formas: suicidio y eutanasia” en VIVES ANTÓN, T. S. *et al.* (ed.). *Derecho penal – parte especial*. 3^a. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 105.

⁶⁸ *Cfr.* FARREL, Martín D. (1985). *La ética del aborto y la eutanasia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 105: “¿Por qué quiero excluir –por ahora– los casos de eutanasia involuntaria? Sencillamente porque los principios morales que sirven para justificar la eutanasia voluntaria (...) son notoriamente insuficientes para justificar a la involuntaria y muestran que este última es un acto de naturaleza tan diferente que bien merece un nombre también diferente”.

⁶⁹ *Cfr.* DWORKIN, Ronald (1994). *Op. cit.* (N. 35), pp. 248 y ss. SINGER, Peter (1995). *Op. cit.* (N. 33), pp. 223 y ss.

1.2.4 Selección del problema y concepto de eutanasia

Después de haber revisado la clasificación del concepto de eutanasia en función a la dicotomía “acción/omisión”, se la ha criticado por carecer de utilidad práctica ya que, en el contexto de la eutanasia, muchas veces el límite entre “matar” y “dejar morir” resulta cuando menos difuso (*supra* 1.2.2.1). Entonces, más allá de la discusión teórica, la diferencia parece “artificial” como para justificar moralmente el diferente tratamiento frente a los requerimientos del “enfermo terminal”. Como ha argumentado F. Rey Martínez⁷⁰ los casos de eutanasia pasiva son en realidad casos de “rechazo del tratamiento médico” o “limitación del esfuerzo terapéutico” cuya justificación se halla reconocida en el derecho fundamental a la integridad^{71 72}.

Asimismo, habíamos mostrado la incoherencia del razonamiento que sustenta la distinción entre “eutanasia directa” y “eutanasia indirecta” (*supra* 1.2.2.2). Así, aceptar únicamente la acción indirecta suponía, principalmente, una cuestionable distinción valorativa entre 1. “Actuar con la finalidad de causar X” y 2. “Actuar bajo el conocimiento que causaremos X (pero con una finalidad diferente)”. Esta distinción no toma en serio el rol del conocimiento en la calificación de un acto como “intencional”. En este sentido, seguimos a I. Álvarez Gálvez cuando considera esta distinción como no relevante⁷³, más aún cuando en el contexto actual, bajo el desarrollo de los cuidados paliativos, los enfermos terminales tienen el derecho a una terapias contra el dolor en

⁷⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando (2008a). *Op. cit.* (N. 11), pp. 89 – 119.

⁷¹ El derecho a la integridad se halla reconocido en la Constitución, Art. 2º.: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física (...)”.

⁷² El derecho a rechazar un tratamiento médico está claramente expresado en la Ley General de Salud, Ley N° 26842, Art. 4º.: “Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso (...)”.

⁷³ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo (2002). *Op. cit.* (N. 36), pp. 85 y 86.

marco del derecho fundamental a la salud, aunque esta pueda indefectiblemente acelerar su muerte, como en el caso de la “sedación terminal”^{74 75 76}.

En conclusión, en función de la presente investigación, asumimos como “eutanasia” a la “eutanasia voluntaria” que se caracteriza por el comportamiento del médico dirigido a producir la muerte de su paciente, un enfermo terminal, quien de forma autónoma y racional ha solicitado expresamente que se ponga término a su vida. Para utilizar la clasificación tradicional, que hemos venido criticando, nos estamos refiriendo a los supuestos equiparables a la eutanasia voluntaria que será siempre “activa” y “directa”. Entonces, estamos excluyendo, conscientemente, de nuestro estudio el problema más complejo de la “eutanasia no voluntaria” básicamente porque la fundamentación moral y jurídica de su práctica implica la discusión más extensa de principios diferentes al de autonomía. No obstante, por la misma razón, consideramos que el término “eutanasia” incluye también algunos casos de suicidio asistido, tal como lo exponemos en el siguiente apartado.

1.2.5 Suicidio asistido como eutanasia

1.2.5.1 Premisa: un concepto de suicidio

El término “suicidio” cuya invención es atribuida a *l'abbé* Desfontaines⁷⁷, proviene de las voces latinas *sui* (sí mismo) y *caedere* (matar), es decir “matarse a sí mismo”, siendo entendido de forma corriente como la causación intencional de la propia muerte.

⁷⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando (2008a). *Op. cit.* (N. 11), pp. 127 – 135.

⁷⁵ El derecho a la salud se halla reconocido en la Constitución, Art. 7°.: “Todos tienen derecho a la protección de su salud (...)”. El mismo que en virtud de la Cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias deberá ser interpretado según el contenido de los tratados en materia de derechos humanos.

⁷⁶ El contenido del derecho a la salud como derecho humano se halla en la Obs. Gral. N°. 14 del Comité DESC sobre el Art. 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resulta particularmente importante el Párr. 25: “En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité (...) reafirma la importancia de un enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad”.

⁷⁷ *Cfr.* HOCQUARD, Anita (1999). *Op. cit.* (N. 23), p. 7.

Actualmente existen diferentes conceptualizaciones del acto suicida desde diversos campos de estudio como la sociología, la psicología, el derecho, etc. A continuación, nos apartamos de los abordajes empíricos y tomamos como referencia el análisis normativo. Centramos nuestro interés en la intención y la responsabilidad de la acción.

Siguiendo al profesor J. M. Silva Sánchez⁷⁸ proponemos la delimitación del concepto de suicidio en base a cuatro niveles fundamentales: 1. La posibilidad de ejecución mediante omisión. 2. La determinación de las reglas que definen la autoría. 3. El grado de intención que puede ser admitida como exigencia de la muerte sea querida. 4. Los criterios que definen la responsabilidad del suicida.

Primero, consideramos que es posible el suicido mediante un comportamiento omisivo. Así, el rechazo del tratamiento médico en caso de enfermedad, por parte del paciente, de tal manera que conduzca a su muerte segura, bien puede ser formalmente equiparable al suicidio⁷⁹.

Segundo, el concepto de suicidio exige como elemento constitutivo el que la propia muerte pueda concebirse como producto del comportamiento del suicida. Es decir que éste pueda ser considerado su autor. La determinación de la autoría en estos casos es generalmente abordada desde el “dominio del hecho”. Así, en todo suicidio las decisiones sobre la ejecución del acto las toma siempre el suicida, más allá de las contribuciones que puedan aportar terceros⁸⁰.

Tercero, es necesario determinar qué significa que el suicida quiera su propia muerte. Se afirman de manera nítida como casos de suicidio aquellos en que la finalidad del suicida es su muerte. Mayor problema presentan los supuestos en que la propia

⁷⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a. (2004). “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros” en *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, p. 174.

⁷⁹ Cfr., en este sentido, *Ibid.*, pp. 174 y 175. En contra MUÑOZ CONDE, Francisco (2007). *Derecho penal – parte especial*. 16^a. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 70: “A mi juicio constituye un error, aunque por distintas razones, equiparar el rechazo a determinados tipos de tratamiento (...) o de la alimentación forzosa en los casos de huelga de hambre reivindicativa. En realidad ni el huelguista ni el enfermo que rechaza la transfusión tienen voluntad de morir”.

⁸⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a. (2004). *Op. cit.* (N. 78), pp. 175 – 176.

muerte figura como condición necesaria del comportamiento cuya finalidad es otra, casos representativos son los de sacrificio altruista o religioso⁸¹. En nuestra opinión, siendo coherentes con la concepción de la intención antes asumida (*Vid. Supra* 1.2.2.2) estamos, también, ante un comportamiento suicida cuando se asume la muerte como consecuencia necesaria del actuar⁸².

Cuarto, debemos afirmar que el grado de responsabilidad necesario para poder suicidarse, viene determinado por la imputabilidad del autor. Deben pues excluirse de la calificación normativa de suicidio, los supuestos en los que el sujeto es menor de edad, incapaz, enfermo mental o, inclusive, si presenta síntomas depresivos⁸³. Además, deben también quedar excluidos los casos en que el comportamiento suicida surge como producto de violencia o engaño⁸⁴.

1.2.5.2 Suicidio (medicamento) asistido

Habiendo introducido nuestro concepto de suicidio, debemos hacer lo propio con el tópico del “suicidio asistido”. Para examinar este último supuesto en un caso concreto es necesario que se verifiquen previamente las características del concepto de suicidio arriba examinadas. En general, puede afirmarse que el suicidio asistido es aquél que cuenta con la participación de una o más personas que facilitan los medios para la realización o prestan auxilio en la ejecución del acto por requerimiento del suicida, sin llegar a arrebatarse el dominio del hecho al suicida.

⁸¹ Más allá de la delimitación que se busca operar, estos sujetos bien pueden estar lejos de ser tratados como “simples” suicidas y alcanzar el rango de héroes, mártires o santos, en cuanto que sacrifican su vida por un ideal que trasciende su mera individualidad. *Vid.* GÉRÉ, François (2003). *Les volontaires de la mort – l’arme du suicide*. Paris: Bayard.

⁸² *Cfr.*, en este sentido, PAREJO GUZMAN, M^a. José (2005). *Op. cit.* (N. 27), pp. 82 y 83. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a. (2004). *Op. cit.* (N. 78), pp. 177 y 178. El autor considera además que es posible tratar como suicidios los casos en que se asume la muerte solo como ‘probable’ consecuencia de la acción.

⁸³ Aquí de lo que se trata es de distinguir que grado de alteración mental o depresión es todavía compatible con la toma de decisiones autónomas. Particularmente los casos de absoluta incapacidad no podrían integrar el concepto de suicidio en sentido normativo y los actos de colaboración en ellos podrían razonablemente ser tratados como casos de homicidio.

⁸⁴ *Cfr.* CARBONELL MATEU, Juan C. (2010). *Op. cit.* (N. 67), p. 99.

Sin embargo, en la presente investigación, nos referimos al suicidio asistido en la medida en que está vinculado a la problemática de la eutanasia. Es decir, restringimos el alcance del término a los casos en los cuales el suicida es un enfermo terminal y quien presta asistencia es un médico. En este sentido, el suicidio asistido ha sido definido como una “forma de eutanasia en la cual una persona desea suicidarse, pero se siente incapaz de realizar el acto por sí sola, ya sea por su discapacidad física o por no conocer la forma más eficaz de hacerlo”⁸⁵.

Así, es el enfermo terminal, quien puede solicitar la facilitación de los medios para causarse la muerte, como drogas o químicos, y ser él mismo quien se los administre. El método usualmente empleado en el suicidio asistido es la prescripción de una dosis excesiva de algún medicamento para que el propio paciente lo tome⁸⁶. Sin embargo, es posible también que por la imposibilidad material, el enfermo terminal demande ayuda en la ejecución misma del acto, para este supuesto se han ideado aparatos que brindan auxilio mecánico requiriendo el mínimo esfuerzo físico de parte del paciente. Este ha sido el caso de la máquina del célebre médico J. Kevorkian⁸⁷.

Estos supuestos, en los cuales la contribución médica es predominante, considerados como “casos límite” entre participación en el acto ajeno (suicidio) y la comisión de eutanasia, han llevado a diversos autores a considerar que lo más razonable sería prescribir un único tratamiento legal para los casos de eutanasia y suicidio asistido⁸⁸. No obstante, aún permanece ampliamente extendida la distinción entre ambos conceptos

⁸⁵ MOSBY (2004). *Diccionario Mosby Pocket de Medicina, Enfermería y Ciencias de la Salud* (tr. de Diorki S. I.). 4ª. Ed. Madrid: Elsevier, p. 1308.

⁸⁶ Cfr. SANCHEZ JIMENEZ, Enrique (1999). *La eutanasia ante la Moral y el Derecho*. Sevilla: Universidad de Sevilla, p. 78.

⁸⁷ Jack Kevorkian (1928), se convirtió en una celebridad en los Estados Unidos al ayudar al menos a 130 pacientes terminales a suicidarse, para tal fin diseñó una máquina que requería el mínimo esfuerzo de parte del paciente. Sus críticos lo apodaron *Doctor Death*. Fue juzgado y condenado por homicidio por el Estado de Michigan. Recientemente se ha publicado una biografía autorizada: NEAL, Nicol y Harry WYLIE (2006). *Between the Dying and the Dead: Dr. Jack Kevorkian's Life and the Battle to Legalize Euthanasia*. Madison: University of Wisconsin Press.

⁸⁸ Cfr. FREY, R. G. (1998). *Op. cit.* (N. 45), pp. 17 y ss. También, JAKOBS, Günther (1999). *Suicidio, eutanasia y Derecho penal* (tr. de F. Muñoz Conde y P. García Álvarez). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 40 y ss.

en función a quién realiza *stricto sensu* el último acto causal que produce la muerte del paciente⁸⁹.

1.2.5.3 ¿Eutanasia como suicidio asistido?

Como hemos indicado, en la literatura se suele tomar como criterio para distinguir entre suicidio asistido y eutanasia voluntaria el hecho de quién es el que actúa causalmente en último lugar para producir la muerte del paciente. No obstante, en ambos casos, es el médico quien ayuda a producir o provoca la muerte a demanda de su paciente. Según R. G. Frey, “lo que se muestra como común a los dos supuestos es el que paciente y médico actúan juntos para provocar (*bring about*) la muerte del paciente; desde esta perspectiva, ambos representan diferentes formas de posible interacción entre paciente y médico para producir esta muerte”⁹⁰.

Supongamos, como lo hace R. G. Frey⁹¹, dos casos; el primero, en el cual el médico diseña una máquina que permite al paciente respirar monóxido de carbono pero deja al paciente la acción de presionar el botón de encendido y el segundo, exactamente igual al primero con la excepción de que es el médico quien presiona el botón de encendido a solicitud del paciente. Distinguir entre el primer y el segundo supuestos simplemente “por quien actúa en último lugar no es suficiente para fundamentar una diferencia moral”⁹².

Asimismo, en base a la distinción acción/omisión, es difícil señalar la diferencia moral entre el médico que facilita una píldora mortal con la seguridad de que será empleada y aquél que procede a la desconexión de conductos de alimentación que termina produciendo la muerte del paciente por inanición. Se muestra como razonable la tesis de R. G. Frey, cuando afirma que “parece artificial intentar tratar por separado estos

⁸⁹ Esta diferencia se expresa, por ejemplo, en las legislaciones de Suiza y Alemania, países en los que es lícita la práctica del suicidio asistido mientras que la eutanasia voluntaria se mantiene penalmente prohibida.

⁹⁰ FREY, R. G. (1998). *Op. cit.* (N. 45), p. 34.

⁹¹ *Cfr. Ibid.*, p. 35.

⁹² *Idem.*

casos en función a la distinción activo/pasivo, cuando moralmente son en esencia casi idénticos”⁹³ ⁹⁴.

Por otro lado, en el campo jurídico, ha afirmado G. Jakobs⁹⁵ que lo definitorio del injusto en los delitos contra la persona es la arrogación de un ámbito de competencia ajeno, es decir, la lesión de la esfera de libertad constituida por los derechos ajenos. Sin embargo, lo característico del suicidio es, justamente, lo opuesto, pues es imposible que haya injusto cuando la persona que tiene derecho a actuar en un ámbito de competencia determinado participa de manera imputable en la organización. En este caso, la organización de su vida y de su muerte, pues ningún otro partícipe se arroga nada frente al suicida.

En la eutanasia voluntaria, existe, al igual que en el suicidio, la organización de la muerte por parte de su titular. Así, “lo relevante aquí es que el solicitante organiza con su petición un hecho que sirve a sus propios fines; es decir, él que pide a otro que lo mate no renuncia a una decisión personal sobre el bien personalísimo de la vida como tampoco lo hace el suicida propiamente dicho; sino más bien ajusta a otro a sus fines empleándolo para que realice sus propias decisiones”⁹⁶.

En este sentido, la única diferencia entre el suicidio y la eutanasia voluntaria se encuentra en que la persecución del fin se realiza de “propia mano” o en “división de tareas”⁹⁷. No obstante, la concepción de “propia mano” no debería ser definida respecto de quién “causa” la muerte o quién actúa en último lugar. Para el profesor alemán, actúa por propia mano “quien lo hace como último responsable de ese acontecer, esto es,

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ Como hemos visto, este razonamiento moral debe, además, verse reforzada por el derecho fundamental del paciente a rechazar el tratamiento médico. *Vid. Supra* N. 71 y N. 72.

⁹⁵ *Cfr.* JAKOBS, Günther (2003). “Sobre el concepto de delito contra la persona” (tr. de B. Feijoo Sánchez). *Revista de Derecho Penal*. Santa Fe, N°. 1, pp. 151 y 152.

⁹⁶ JAKOBS, Günther (1999). *Op. cit.* (N. 88), p. 42.

⁹⁷ *Cfr. Ibid.*, p. 43.

quien actúa como garante respecto de la evitación de aquel”⁹⁸. Por lo que, siendo coherentes, el autor de la eutanasia voluntaria es en realidad alguien que “solo contribuye” a un suicidio, precisamente a un “suicidio en división de tareas”⁹⁹.

Consideramos que el análisis propuesto por R. G. Frey y G. Jakobs es adecuado en la medida en que nos permite advertir que detrás de la distinción formal entre eutanasia voluntaria y suicidio asistido se esconde una única realidad. Pensamos que, a pesar de la diferencia fenoménica entre ambas prácticas, éstas son alternativas de ejecución de la disposición de la propia vida por parte de enfermos terminales fundada en el principio de autonomía. De esta forma se justifica razonablemente la necesidad de abordar de manera conjunta el estudio de ambos tipos de supuestos. Por esta razón debemos incluir en nuestro concepto de “eutanasia” además de la “eutanasia voluntaria” al “suicidio asistido”.

1.3 EUTANASIA PROHIBIDA: ARTÍCULOS 112º Y 113º DEL CÓDIGO PENAL

1.3.1 Conductas prohibidas

La realidad legal dominante en la mayoría de países es diametralmente opuesta a la aspiración de legalización de la eutanasia voluntaria y del suicidio asistido, haciendo recaer dichos comportamientos en sendas prohibiciones penales derivadas del delito de “homicidio”¹⁰⁰. El derecho peruano no es ajeno a la tendencia dominante en el derecho penal comparado, al hallarse vigentes en el Código Penal de 1991 los tipos de homicidio piadoso y ayuda al suicidio:

⁹⁸ JAKOBS, Günther (1997). “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte” (tr. de M. Cancio Meliá) en *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, p. 339.

⁹⁹ Cfr. JAKOBS, Günther (1999). *Op. cit.* (N. 88), p. 45.

¹⁰⁰ Son solo tres los Estados que han despenalizado la eutanasia voluntaria: Holanda, Bélgica y Luxemburgo; mientras que se ha optado por la despenalización únicamente del suicidio asistido en: Oregón y Montana (Estados Unidos de Norteamérica), Alemania, Suiza y Japón. Mientras que en algunos países como Colombia la situación legal es ambigua.

Artículo 112.- Homicidio piadoso

El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Artículo 113.- Instigación y ayuda al suicidio

El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actuó por un móvil egoísta.

Si bien las prohibiciones penales de los artículos 112° y 113° del Código Penal correspondientes al homicidio piadoso y a la instigación y ayuda al suicidio, son bastante amplias y no se corresponden con los conceptos de eutanasia voluntaria y suicidio asistido, respectivamente; sin embargo, sí las incluyen en las conductas que sancionan. Aun cuando no es nuestro objetivo el análisis dogmático de las normas penales, nos atrevemos a realizar algunos comentarios sobre su contenido a fin de esclarecer las diferencias entre los conceptos del Código Penal y los de los tipos de eutanasia tal como han sido definidos en función de la presente investigación.

Respecto del homicidio piadoso (Art. 112° del Código Penal) se debe afirmar que éste en realidad no se identifica en sentido estricto con la eutanasia voluntaria, pues el primero no exige que la acción recaiga sobre un “enfermo terminal” sino que únicamente se conforma con un “enfermo incurable”¹⁰¹, concepto mucho más amplio ya que no toda enfermedad incurable supone un grave y progresivo deterioro de la calidad de vida que conduzca irremediablemente a la muerte en un mediano plazo, siendo que muchas de éstas, como el asma o la gastritis crónicas, pueden ser efectivamente controladas. La ausencia de la “enfermedad terminal” nos aleja del concepto de eutanasia, pues si bien todo enfermo terminal es un enfermo incurable, no todo enfermo incurable es un enfermo terminal.

¹⁰¹ Cfr. CASTILLO ALVA, José L. (2008). *Derecho penal. Parte especial*. Lima: Grijley, p. 827. El autor considera que la “enfermedad incurable” debe incluir, también, enfermedades de tipo psicológico. Situación que resulta ampliamente cuestionable, pues la adopción de la “enfermedad incurable” ya se aleja bastante de la “enfermedad terminal” como para incluir en la primera los padecimientos de tipo psicológicos.

Por otro lado, el homicidio piadoso, fundamenta su atenuación respecto del homicidio simple (Art. 106° del Código Penal), además de en la solicitud “expresa” del enfermo incurable, en la presencia del móvil de la “piedad” como actitud interna en el sujeto activo. Este requerimiento ha sido ampliamente cuestionado por su falta de concreción objetiva que permita su aplicación en la práctica¹⁰² y porque, además, no resulta claro si la valoración de los “motivos” como la piedad resultan conciliables con un derecho penal de acto, como fundamento de atenuación en la pena abstracta, la misma que debería ser proporcional a la gravedad del hecho¹⁰³.

En cuanto a la instigación y la ayuda al suicidio (Art. 113° del Código Penal), estas se tratan de dos conductas diferentes, ambas formas de participación punible en un suicidio ajeno. La “instigación” como forma de participación delictiva consiste en provocar de manera dolosa la resolución criminal en otra persona, entendiéndose de manera general que para su sanción el acto instigado debe ser cuando menos intentado¹⁰⁴. Mientras que la “ayuda” debe entenderse como la colaboración con el suicida, ya sea en la preparación de los medios para la realización o en la ejecución del acto, sin llegar, en términos generales, a asumir el rol decisivo del autor¹⁰⁵.

Excluyendo de plano la problemática de la instigación al suicidio por ser opuesta a la del suicidio asistido, ya que una exigencia para hablar de este último es que la resolución de cometer el acto surja de la propia decisión del enfermo terminal y no de una determinación de su decisión por otra persona, en el caso particular de la ayuda al

¹⁰² Cfr. MEDINA FRISANCHO, José L. (2010). *Op. cit.* (N. 34), pp. 83 – 173. El autor considera innecesaria la inclusión del requisito subjetivo de la ‘piedad’ en la norma del artículo 112°, pues con las instituciones de la teoría de la imputación objetiva, específicamente con la competencia de la víctima en las autolesiones, resultaría suficiente para descargar la imputación penal de quien causa la lesión.

¹⁰³ Cfr. MILTON PERALTA, José (2012). *Motivos reprochables: Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid: Marcial Pons, pp. 23 – 33. Si bien el autor limita su investigación únicamente a los “motivos reprochables”, es decir a aquellas actitudes internas que sirven de fundamento para la agravación de la pena, como el “odio”, la “codicia” y el “placer”. Sin embargo, el mismo argumento puede ser usado contra los motivos que atenúan la pena como la “piedad”.

¹⁰⁴ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy (2012). *Derecho penal. Parte general*. 2ª. Ed. Lima: Jurista, pp. 710 – 712.

¹⁰⁵ Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A. y M^a. del Carmen GARCÍA CANTIZANO (1998). *Derecho penal. Parte especial*. 4ª. Ed. Lima: San Marcos, p. 76.

suicidio surge la incoherencia de que el derecho penal sanciona actos de participación en un hecho principal carente de injusto o cuando menos no punible, resultando en el quebrantamiento del llamado principio penal de “accesoriedad”^{106 107}.

Entonces, de lo que se trata no es de la desaparición de ambas normas penales, situación que dejaría sin protección la totalidad de comportamientos que ellas comprenden, sino más bien de analizar si las prácticas eutanásicas descritas deben excluirse del ámbito de criminalización de los citados dispositivos legales, y para este objetivo resulta necesario evaluar si las razones que fundamentan la aplicación de los artículos 112° y 113° del Código Penal a los casos de homicidio piadoso y ayuda al suicidio, resultan aplicables también a los casos de eutanasia (eutanasia voluntaria y suicidio asistido) en atención al particular contexto en que estos actos tienen lugar.

1.3.2 Problemas de fundamentación

Más allá, de las críticas técnico jurídicas que es posible plantear, es el aspecto de fundamentación el que ha sido descuidado en tanto en la exposición de motivos del Código Penal como en los desarrollos de la mayoría de juristas peruanos que se han ocupado del tema. Así, todos parecen confluír en que la razón de la no despenalización de la eutanasia es la indisponibilidad absoluta del derecho a la vida en virtud a su “procedencia divina”¹⁰⁸, por operar como presupuesto “lógico” u “ontológico”¹⁰⁹ de los demás derechos o, sencillamente, por el dogma legal de su “irrenunciabilidad”¹¹⁰.

¹⁰⁶ *Cfr. Ibid.*, p. 75: “(...) en estos casos se están rompiendo los principios generales del Derecho penal en materia de participación. Esto es, un principio básico en la teoría de la participación es que no se puede castigar a un partícipe si no hay un autor del delito”.

¹⁰⁷ Otra carencia del tipo penal respecto de la ayuda al suicida, se halla en la ausencia de, cuando menos, una atenuación de la pena para los supuestos en los que el suicida sea un enfermo terminal o un enfermo incurable, a fin de guardar coherencia con la prohibición atenuada del homicidio piadoso respecto del homicidio simple (Art. 106° del Código Penal). Creemos que esta ausencia de tratamiento diferenciado atenta contra el principio penal de proporcionalidad, en relación a la pena abstracta. *Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl (1997). Estudios de Derecho penal: delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Lima: San Marcos, p. 208.*

¹⁰⁸ *Cfr. RODRIGUEZ ITURRI, Roger (1997). El derecho a amar y el derecho a morir. Entre la vida y la muerte. Lima: PUCP, p. 209.* El autor considera que “la vida es un don obsequiado por Dios” y que “el

Mientras que respecto de la punición de la ayuda al suicidio existen dos teorías en el ámbito académico nacional; la primera, afirma que el suicidio es un acto ilícito cuya punición alcanza solo al partícipe y no al actor principal en casos de tentativa¹¹¹; la segunda, sostiene que el suicidio es un acto que pertenece al ámbito de libertad fáctica de cada persona pero por política criminal, en los casos en que en su realización implica la interacción de terceros, mediante la sanción se busca tutelar la vida aún contra la voluntad del suicida¹¹².

En este sentido, frente a la problemática de la eutanasia voluntaria y el suicidio asistido, resulta evidente que las prohibiciones penales responden a una determinada interpretación de los derechos fundamentales involucrados (*e. g.* fundamentalmente, el derecho a la vida y el derecho a la libertad individual, entendido como libre desarrollo de la personalidad) y, sin embargo, en casos como éstos, los alcances de la interpretación que se haga suponen siempre la apuesta por una determinada teoría moral y la supremacía de sus principios como solución a un problema de fondo que siempre es ético¹¹³. Tradicionalmente y aun de manera extendida en la actualidad, sobre todo en nuestro medio, la estrategia de fundamentación de la regulación de los actos de

valor sagrado de la vida humana desde su inicio hasta su fin” es parte de “la ley natural escrita en el corazón de los hombres”. RUBIO CORREA, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución de 1993*. T. 1. Lima: PUCP, pp. 125 y 126. Compartiendo la doctrina católica que cita, expresada por Juan Pablo II, “la eutanasia es una grave violación de la Ley de Dios”.

¹⁰⁹ Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1988). *Derecho de las personas*. 3ª. Ed. Lima: Studium, pp. 132 y 133. BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1996). *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Lima: KAS/ICS, p. 88. SANTA MARÍA D’ANGELO, Rafael (2012). *Dignidad humana y “nuevos derechos”: una confrontación en el derecho peruano*. Lima: Palestra/UCSTM, pp. 289 y ss.

¹¹⁰ Cfr. VASQUEZ RÍOS, Alberto (1997). *Derecho de las personas*. T. 1. Lima: San Marcos, pp. 104 – 109. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004). *Derecho de las personas*. 4ª. Ed. Lima: Gaceta Jurídica, p. 186.

¹¹¹ Cfr. ROY FREYRE, Luis (1986). *Derecho penal*. Lima: Eddili, p. 234 y 235: “jamás el suicidio será un acto de libertad (...) Solo la más decadente filosofía o el más repudiable fanatismo castrense, religioso o terrorista que deforme la mentalidad (...) puede pretender justificar un acto normalmente contrario a un claro mandato de la naturaleza”. También, VILLA STEIN, Javier (2004). *Derecho penal. Parte especial*. 2ª. Ed. Lima: San Marcos, p. 137.

¹¹² Cfr. HURTADO POZO, José (1995). *Manual de derecho penal. Parte especial 1: homicidio*. 2ª. Ed. Lima: Juris, pp. 144 y 145. BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A. y Mª. del Carmen GARCÍA CANTIZANO (1998). *Op. cit.* (N. 105), pp. 67 y 68.

¹¹³ Cfr. REY MARTINEZ, Fernando (2008a). *Op. cit.* (N. 11), pp. 189 y 190: “[E]s inevitable en esta discusión convertir al Derecho en ética con disfraz (...)”.

disposición de la propia vida parece asumir como principio básico el denominado “principio de santidad de la vida”.

1.4 EUTANASIA PROHIBIDA Y SANTIDAD DE LA VIDA

1.4.1 Principio de santidad de la vida

La forma tradicional de interpretación del problema de la disponibilidad de la propia vida en contextos de eutanasia sigue el conocido “principio de santidad de la vida”, el mismo que en su versión occidental implica que siempre es condenable matar intencionalmente a una persona inocente¹¹⁴. La noción de persona aquí es equivalente a la de ser humano. Es decir se equipara una persona a un individuo perteneciente a la especie *homo sapiens* sin ser necesarios otro tipo de cualificaciones como el grado de consciencia o racionalidad. El hecho de que la formulación del principio incorpore el término “inocente” quiere decir que es posible matar en legítima defensa, en la guerra, o en aplicación de la pena de muerte sin atentar contra el principio. No obstante, la “santidad de la vida” condena el suicidio, pues el “deber de no matar” incluye el de “no matarse”. Desde esta perspectiva colaborar en el suicidio sería también ilícito. Se entiende que el consentimiento de un enfermo terminal no afecta la validez de la obligación de respetar la vida para los casos de eutanasia voluntaria.

1.4.2 Excurso: principio de santidad de la vida y tradición

1.4.2.1 Periodo clásico: suicidio contra la comunidad

La sociedad griega no consideraba que toda vida humana fuera valiosa o que debiese ser preservada a toda costa y sobre todo en perjuicio de la comunidad. En Esparta y Atenas,

¹¹⁴ Existe también el principio de santidad de la vida en la tradición oriental, que incluye el respeto por todas las formas de vida. Cfr. RACHELS, James (1986). *Op cit.* (N. 43), pp. 7 – 38.

por ejemplo, el infanticidio era considerado correcto para los nacidos deformes¹¹⁵. Bajo el mismo principio, Aristóteles y Platón abogaban por crudas prácticas eugenésicas para individuos gravemente enfermos con la finalidad de que solo los mejores individuos habitaran la polis¹¹⁶. Por el contrario, en relación al suicidio, regían una serie de creencias supersticiosas y miedo al poder maléfico de los suicidas. En Atenas y Esparta un hombre que se daba muerte se exponía a sanciones *post mortem*. Su cadáver era privado de sepultura, sometido a ritos purificadores y enterrado lejos de la ciudad¹¹⁷.

Platón sostenía que los dioses son los que cuidan de nosotros y que los humanos somos posesión divina porque el hombre se halla en una suerte de prisión de la que no le es posible librarse a sí mismo¹¹⁸, “tal vez entonces, desde este punto de vista, no es absurdo que uno no deba darse muerte a sí mismo, hasta que el Dios no envíe una ocasión forzosa, como la que se nos presenta a la hora de la muerte natural”¹¹⁹. En “Las Leyes”, argumentaba: “me refiero al que se mate a sí mismo, impidiendo con violencia el cumplimiento de su destino, sin que se lo ordene judicialmente la ciudad (...), sino que se aplica eventualmente un castigo injusto a sí mismo por pereza y por cobardía propia de la falta de hombría”¹²⁰.

Aristóteles expresaba: “(...) la ley no autoriza a suicidarse, y lo que no autoriza, lo prohíbe (...) y el que, en un acceso de ira, se degüella voluntariamente, lo hace en contra de la recta razón, cosa que la ley no permite, luego obra injustamente. Pero ¿contra

¹¹⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 7.

¹¹⁶ Cfr. PLATÓN (2000c). *República* (tr. de C. Eggers Lan). Madrid: Gredos, § 407c y ss: “en cambio, en los casos en que los cuerpos están totalmente enfermos por dentro[Asclepio] no intentó prolongar la desdichada vida de los enfermos (...) ni hacerles procrear hijos iguales a ellos (...). Ha pensado, en efecto, que no se debía curar al que no puede vivir en un período establecido como regular, pues eso no sería provechoso para él ni para el Estado”.

¹¹⁷ BARDET, Marie (1996). *Le suicide*. Toulouse: Milan, p. 38.

¹¹⁸ Cfr. PLATÓN (2000a). *Fedón* (tr. de C. García Gual). Madrid: Gredos, § 62b y ss.

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ PLATÓN (2000b). *Las Leyes* (tr. de F. Lisi). Madrid: Gredos, § 873c y ss.

quién? ¿No es verdad que contra la ciudad, y no contra sí mismo? (...) Por eso también la ciudad lo castiga”.¹²¹

Si bien Aristóteles y Platón condenaban el suicidio como un acto de cobardía que atentaba contra la comunidad consideraban permitido que en caso de enfermedades incurables y dolorosas una persona pudiese elegir una muerte temprana¹²². En este contexto, parece clara la diferencia entre el suicidio egoísta y el suicidio realizado en un contexto eutanásico que bien podía hallarse justificado y para el cual el enfermo podía contar con la ayuda de otra persona si no podía darse muerte por sí mismo.

El derecho romano, diferenció el tratamiento del suicidio en función a sus causas¹²³. La tolerancia frente a la muerte voluntaria, a excepción de que se tratase de soldados o esclavos, se explica por la gran aceptación de la ética estoica en las clases dominantes. Muestra de la posición estoica se puede apreciar en M. T. Cicerón, quien no niega la vida como valor, sino que exhorta a sacrificarla, incluso por propia mano, cuando sea indigno permanecer en ella.¹²⁴ La frase de L. A. Séneca “el sabio vive cuanto debe y no cuanto puede” expresa esta concepción del suicidio¹²⁵. Sin embargo, para la sociedad romana era aceptable el apartar de los sanos a los enfermos convertidos en seres inútiles. La reprobación del suicidio se establecería a partir de la dinastía de los Antonios (siglo II) por la influencia del platonismo, que consideraba el suicidio como una “ofensa a Dios”.

¹²¹ ARISTÓTELES (1985). *Ética a Nicómaco* (tr. de M. Araujo y J. Marías). 4ª. Ed. Madrid: CEPC, p. 87.

¹²² Cfr. RACHELS, James (1986). *Op. cit.* (N. 43), p. 8. Sin embargo, no faltaron en el mundo griego opositores. Es bien conocido Hipócrates y su paradigmático juramento: “no suministraré a nadie, ni siquiera si me lo piden, ningún fármaco mortal, ni lo propondré como consejo”. Aquí debe también mencionarse la doctrina del estoicismo, fundada por Zenón, la cual veía en el suicidio la libertad suprema, a tal punto que se ha hablado del ‘suicidio filosófico’. Esta forma de pensar habría de influir en destacados pensadores romanos.

¹²³ Cfr. TOLEDANO TOLEDANO, Jesús (1999). *Los límites penales a la disponibilidad de la propia vida. El debate en España*. Barcelona: Atelier, p. 52.

¹²⁴ Cfr. CICERO, Marco T. (1899). *Tusculanan disputations; also, treatises on the nature of gods, and on the commonwealth* (tr. de C. D. Yonge). Nueva York: Harper, lib. I, cap. XXX, § 74. Recuperado el 08.02.2014 de:

<<http://www.gutenberg.org/files/14988/14988-h/14988-h.htm>>.

¹²⁵ Cfr. SENECA, Lucius A. (1917). *Moral Epistles* (tr. de R. M. Gummere). Cambridge: Harvard University Press, Vol. I, ep. XXVI y ss.; Vol. II, ep. LXXVI y ss. Recuperado el 27.10.2013 de: <http://www.stoics.com/seneca_epistles_book_1.html>.

Como puede apreciarse en el mundo antiguo, no es posible hallar un tratamiento sistemático del valor de la vida humana. Como explica J. Rachels¹²⁶, lo más parecido a una ortodoxia era la idea de que la vida en sí misma, “más allá de aportar la oportunidad de alcanzar una existencia llena de sentido y feliz tenía poco valor”. Mientras que, por un lado, la posibilidad de disponer de la propia vida de forma autónoma era generalmente negada por la ley en la medida en que la persona se encontrase aún en condiciones de servir con su vida a la generalidad; por otro lado, la comunidad se reservaba el derecho para disponer de la vida de los más débiles.

1.4.2.2 Edad Media: suicidio contra Dios

Durante la Edad Media, con la formación de las primeras comunidades cristianas, pacifistas por naturaleza, aparecería la creencia de que matar a un ser humano es siempre malo salvo raras excepciones respecto del suicidio¹²⁷. Conductas como el infanticidio, el suicidio o la eutanasia estaban prohibidas pues sin importar cuán desgraciada fuese una vida ésta estaba hecha a “imagen de Dios”. Durante los siguientes siglos la Iglesia, constituida como entidad política, introduciría diversas excepciones a la prohibición de matar para hacerla consistente con su accionar. Se entendería que la aplicación de la pena de muerte, la guerra justa y, análogamente, la legítima defensa, no violaban el principio que prohibía matar.

Entonces el principio de “santidad de la vida” quedaría delineado de la siguiente manera: “el producir intencionalmente la muerte de *seres humanos inocentes* es siempre incorrecto”. Como criterio para determinar si se trataba de un ser humano regía generalmente la tesis de la animación, según la cual el hombre participaba de la vida divina a través de su alma. Entonces estará exento de protección todo aquel ser humano

¹²⁶ Cfr. RACHELS, James (1986). *Op. cit.* (N. 43), p. 9.

¹²⁷ Cfr. *Idem.* Por ejemplo, no le estaba prohibido el suicidio a una mujer que producto de una violación había perdido su virginidad.

al cual se le niegue “contenido anímico” y, en especial, el llamado “monstruo”¹²⁸. Mientras que en un sentido técnico una persona era “inocente” a menos que ésta hubiese por su propia conducta renunciado a su derecho a que otras no la maten¹²⁹. Obviamente, bajo este criterio los criminales, los asesinos o los soldados enemigos no eran tratados como inocentes.

Respecto del suicidio, la posición oficial de la Iglesia fue formalizada por A. de Hipona, quien no habiendo encontrado ningún texto cristiano que condenara el suicidio, justifica su prohibición mediante la interpretación del quinto de los mandamientos de Moisés: “no mataras”. Esta regla no solo debe regir en relación con la vida de los demás, sino también frente a la propia, así quien se mata a sí mismo es homicida¹³⁰. Varios siglos después, T. de Aquino amplió el desarrollo de los argumentos contra el suicidio en su *Summa Theologica*, considerando que matarse es ilícito porque es un atentado contra la inclinación, la ley natural y la caridad, pues, cualquiera debe amarse a sí mismo; además, es contrario al derecho positivo; y, sobre todo, es grave ofensa a Dios del que recibimos el bien de la vida¹³¹.

Por otro lado, a partir del siglo XI, la Iglesia proponía la confesión como remedio que permite obtener el perdón de los pecados y la reconciliación con Dios. Entonces aquellos que se matan, sin importar la causa, no podrán ya esperar ninguna piedad. Desde el siglo XII, el derecho canónico niega a los suicidas la sepultura eclesiástica, es decir la inhumación en el cementerio acompañada de las acostumbradas plegarias, ellos serán

¹²⁸ Cfr. ESER, Albin (1984). “Entre la ‘santidad’ y la ‘calidad’ de vida”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, N°. 37. Como señala este autor la mayoría de los seguidores de la tesis de la animación consideraban admisible el dar muerte al *mostrum*. Esto es coherente “pues un ser a quien se cree poder negar contenido anímico y al que falta por lo tanto el signo esencial de humanidad según la concepción de la época, está excluido *ab initio* de las normas que protegen la vida” (p. 757).

¹²⁹ Cfr. RACHELS, James (1986). *Op. cit.* (N. 43), p. 9.

¹³⁰ *Vid.* DE HIPONA, Agustín (1978). *La ciudad de Dios* (tr. de S. Santamarta y M. Fuertes). Madrid: BAC, caps. XVII –XXVII.

¹³¹ Cfr. DE AQUINO, Tomás (2001). *Suma de teología* (tr. de J. Martorell Capó *et al.*). 4ª. Ed. Madrid: BAC, II. II. q. 58, I. II. q. 1.

tratados como excomulgados y herejes¹³². El derecho civil va a reforzar el castigo sobre el cuerpo sin vida del suicida mediante ordenanzas de una extrema crueldad¹³³.

1.4.2.3 Modernidad: suicidio contra la dignidad humana

El derecho alemán fue el primero en positivizar la impunidad del suicidio durante el siglo XVI. *La Carolina*, la ordenanza judicial penal de Carlos V, de 1532, trató el suicidio como un hecho no constitutivo de delito. Sin embargo, los bienes debían ser confiscados cuando el suicida estaba siendo acusado en vida de un delito castigado con la confiscación de los bienes y se había matado “por temor” a la pena impuesta en “cuerpo y bienes” (Art. 125)¹³⁴.

Es durante el renacimiento, parte del siglo XVI y durante el XVII, que los planteamientos jurídicos sobre la impunidad del suicidio abundan, si bien su contenido de injusto a nivel ético seguirá siendo debatido en los siglos siguientes¹³⁵. Durante este periodo el pensamiento intelectual se ramifica en múltiples direcciones, mostrando siempre un carácter crítico. Esto se vería reforzado por el auge del racionalismo y el advenimiento del pensamiento filosófico-político del siglo de las luces. Diversos

¹³² Cfr. BARDET, Marie. *Op. cit.* (N. 107), p. 41.

¹³³ Cfr. *Idem.*, p. 42: “En Francia, los cadáveres son generalmente clavados a un enrejado, arrastrados en público hasta una horca donde son colgados, cabeza abajo. No obstante, existieron variantes, en Zúrich, en Suiza, se clavaba una estaca de madera en el cráneo del suicida, si se había matado utilizando un cuchillo; se le sepultaba bajo arena, si se había ahogado; se le enterraba con tres grandes piedras sobre la cabeza, el vientre y los pies, si se había arrojado desde lo alto. En algunas regiones de Alemania, el cadáver era colgado, encadenado y abandonado en el lugar; en Inglaterra, el suicida era clavado al suelo por una estaca que le atravesaba el pecho”.

¹³⁴ Cfr. RADBRUCH, Gustave y Enrique GWINNER (1955). *Historia de la criminalidad: Ensayo de una criminalística histórica* (tr. de A. Amada). Barcelona: Bosch, pp. 283 y 284. Según los autores esta regla se equiparaba a la del derecho romano. No obstante, en la práctica el embargo de bienes se aplicó a la generalidad de suicidios, al igual que la deshonra al cadáver. Inclusive la tentativa de suicidio era penada con cárcel o con el destierro.

¹³⁵ En 1516 T. Moro, precursor humanista, en su debatida *Utopía* proponía que “si la enfermedad es no solo incurable sino llena de continuo sufrimiento y angustia, entonces los sacerdotes y los magistrados exhortan al hombre viendo que no es capaz de hacer ninguna función vital y que sobreviviendo a su propia muerte es perjudicial y molesto para los demás y pesado para sí mismo, a que se decida a no consentir más esa pestilente y dolorosa enfermedad. Y viendo que su vida no es para él más que una tortura, que no sea reacio a morir sino mejor que cobre los buenos ánimos y se desembarace a sí mismo de esta dolorosa vida como de una prisión (...) o permita de buen grado que otro lo libere de ella (...) pero no obligan a nadie a morir contra su voluntad ni dejan de usar la misma diligencia o cuidado con él”. MORE, Thomas (1977). *Utopía* (tr. de J. Mallafrè Gavaldà). Barcelona: Bosch, p. 285.

intelectuales se pronunciarían sobre la corrección jurídica, ética e inclusive política del suicidio¹³⁶.

El triunfo de la revolución francesa a finales del siglo XVIII, terminó de modelar lo que serían las bases de la sociedad moderna, en el plano político el pensamiento liberal influyó a todas las sociedades europeas en menor o mayor medida. El artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 declara: “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, consecuencia inmediata en el ámbito penal fue que el suicidio dejó de ser considerado como un crimen, desapareciendo en 1791 del Código Penal Francés. Se vivía en estos años una expansión del pensamiento individualista, siempre basado en la búsqueda del interés personal. Si bien se hallarán posturas conservadoras como las de S. von Pufendorf¹³⁷ y G. W. F. Hegel¹³⁸ a favor de la prohibición legal del suicidio, el próximo siglo ubicaría a la libertad en el centro de la cuestión sobre la existencia humana y reduciría el problema del suicidio al ámbito privado de la moral.

D. Hume, una de las grandes figuras de la ilustración, a partir del estudio de la causalidad, intentó refutar el fundamento divino de la prohibición del suicidio. Señalo que si, “fuese un infringingimiento del derecho divino el que los hombres dispusieran de sus propias vidas, tan criminal sería el hombre que actuara para conservar la vida como el

¹³⁶ Por ejemplo, el jurista Beccaria comparó el derecho a suicidarse con el derecho a emigrar. Vid. BECCARIA, Cesare (1958). *Dei delitti e delle pene*. Milano: Francesco Sanvito, § 35.

¹³⁷ En la filosofía jurídica de la ilustración, encontramos la peculiar justificación que le otorga S. von Pufendorf a la punición del suicidio: “aquel que sabe morir nunca podrá ser coaccionado. Aquel que no teme a Dios no puede temer nada más que a la muerte. Y si alguno posee la audacia para despreciarla, puede permitirse todo frente a la autoridad”. Siempre que alguien se mata, se infringe el tabú del horror a la muerte del que depende el Estado. Incluso si el hecho no perjudica a nadie en concreto, como puede suceder cuando un enfermo se suicida para acortar un padecimiento angustioso. Lo que perturba del suicidio no es la destrucción de la propia vida sino el desprecio por la vigencia del Estado. Cfr. VON PUFENDORF, Samuel (1964). *The two books on the duty of man and citizen according to the natural law*. (tr. de F. Gardner Moore). Nueva York: Oceana, lib. 1, cap. 4, § 9. Recuperado el 27.10.2013 de: <<http://www.constitution.org/puf/puf-dut.htm>>.

¹³⁸ En sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, G. W. F. Hegel consideraría que la vida es constitutiva de la personalidad; no siendo algo añadido a ésta, se convierte en una condición de la existencia misma de la persona. “La enajenación o sacrificio de la vida es, al contrario, lo opuesto a esa personalidad, en cuanto existencia. Por consiguiente, Yo no tengo, en general, derecho a esa enajenación (...) la muerte debe ser aceptada de lo exterior como una cosa natural, o al servicio de la Idea, de una mano extraña”. HEGEL, G. W. F. (1944). *Filosofía del Derecho* (tr. de A. Mendoza). 3ª. Ed. Buenos Aires: Claridad, § 70.

que decidiese destruirla”¹³⁹. Así, por ejemplo, “si esquivo una piedra que está cayendo sobre mi cabeza, estaría alterando el curso natural y, por tanto, invadiría una región que solo pertenece al todopoderoso, al prolongar mi vida más allá del periodo que éste, por medio de las leyes de la materia y el movimiento, le hubiese asignado”^{140 141}.

Sin embargo, la tesis más influyente sobre la santidad de la vida la formularía I. Kant, argumentando a partir de las condiciones que hacen posible la existencia libre (la fundamentación del derecho), considerará el suicidio no como un delito, sino más bien como una lesión en el ámbito de lo moral, una violación de los deberes hacia sí mismo¹⁴². En opinión del filósofo alemán, para que una acción pueda ser considerada como un deber para consigo mismo, ésta debería contener una máxima que aspire a convertirse en ley universal de la razón práctica. Siendo la máxima del suicida: “en base al egoísmo adopto el principio de abreviarme la vida cuando ésta me amenace a largo plazo con más desgracias que amenidades prometa”¹⁴³. No tendría sentido una ley universal basada en el egoísmo, que aspirara a la destrucción de la humanidad cuyo desarrollo debe impulsar. “Por lo que aquella máxima no puede tener lugar como ley universal de la naturaleza y por consiguiente contradice por completo al principio supremo de cualquier deber”¹⁴⁴.

¹³⁹ HUME, David (2004). *Essays on Suicide and the Immortality of the Soul*. Montana: Kessinger, p. 5.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ El escocés llegó a afirmar el suicidio como un deber en un contexto de grave enfermedad: “que el suicidio sea con frecuencia congruente con el propio interés y con el deber hacia nosotros mismos, no lo puede cuestionar nadie que reconozca que la edad, la enfermedad o el infortunio convierten la vida en una carga, y en algo peor que la aniquilación” (*Ibid.*, p. 8).

¹⁴² Para I. Kant es irracional que el ejercicio de la propia libertad del sujeto moral, lo pueda llevar a la autodestrucción. “Destruir al sujeto de la moralidad en su propia persona es tanto como extirpar del mundo la moralidad misma en su existencia, en la medida en que depende de él, moralidad que, sin embargo, es fin en sí misma; por consiguiente, disponer de sí mismo como un simple medio para cualquier fin supone desvirtuar la humanidad en su propia persona (*homo noumenon*), a la cual, sin embargo, fue encomendada la conservación del hombre (*homo phaenomenon*)”. KANT, Immanuel (2008). *La metafísica de las costumbres* (tr. de A. Cortina y J. Conill). 4ª. Ed. Madrid: Tecnos, Doctrina de la virtud, § 6.

¹⁴³ KANT, Immanuel (2006). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (tr. de R. Rodríguez Aramayo). Madrid: Alianza Editorial, p. 105.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 105 y 106.

1.4.3 Límites del principio de santidad de la vida

Si bien a través de la historia el tema de la libre disposición de la propia vida ha generado siempre polémica a causa del reconocimiento de conceptos morales propios de la tradición occidental como el principio de “santidad de la vida”, tanto desde su origen divino o en la dignidad humana; en nuestros días, aparece como injustificada la sanción penal para el suicida con estos fundamentos metafísicos. El debate debería centrarse actualmente entre argumentos a favor o en contra de la corrección moral y jurídica de la regulación legal de la eutanasia voluntaria y el suicidio asistido, solo en la medida en que suponen la intervención de otra persona en la ejecución de la decisión del paciente de terminar con su vida¹⁴⁵. Esto es así pues del aparente vacío que supone para el Estado contemporáneo la sanción penal del suicidio no es posible derivar tan fácilmente la indiferencia en el ámbito penal respecto de los problemas que pueden presentarse en cuanto la decisión de morir se ejecuta en interacción con un tercero¹⁴⁶.

Sin embargo, en el contexto de una comunidad política democrática y pluralista, la idea de santidad de la vida no puede continuar siendo fundada en la religión o en una versión metafísica de la dignidad humana. Por el contrario, es necesario replantearse la pregunta por cuál es la fuente del valor moral y del respeto otorgado a la vida¹⁴⁷, sobre todo a partir de la centralidad del rol que juega la libertad individual en la elección de los planes de vida de las personas y en la legitimación de la coacción pública que está autorizado a emplear el Estado¹⁴⁸. Así, cabe interrogarnos por la legitimidad de la prohibición penal de la eutanasia y el correspondiente conflicto que es posible encontrar entre dos derechos fundamentales, el derecho a la libertad, entendido como libre desarrollo de la personalidad, y el interés en la tutela del derecho a la vida en casos

¹⁴⁵ *Vid.* DWORKIN, Ronald (1994). *Op. cit.* (N. 35), Cap. 7.

¹⁴⁶ *Cfr.* JAKOBS, Günther (1999). *Op. cit.* (N. 88), pp. 54 – 67.

¹⁴⁷ *Cfr.* RAZ, Joseph (2004). *Op. cit.* (N. 9), pp. 128 y ss.

¹⁴⁸ *Cfr.* DWORKIN, Ronald (1994). *Op. cit.* (N. 35), pp. 122 y ss.

especialmente problemáticos¹⁴⁹. Producto de la valoración de estos elementos podremos probablemente optar por alguno de los tres modelos de regulación de la eutanasia voluntaria y el suicidio asistido, en función a la diferente interpretación de derechos fundamentales en conflicto¹⁵⁰. Estos modelos de regulación son los siguientes: 1. El modelo de prohibición penal (caso peruano); 2. El modelo de libertad constitucional limitada (caso estadounidense); y 3. El modelo de excepción no punible (caso colombiano).

Como hemos venido enunciando y tendremos la oportunidad de desarrollar, asumimos como presupuesto metodológico que frente a la problemática de la eutanasia, las prohibiciones penales pueden ser examinadas en función a determinados presupuestos teóricos adecuados al contexto del Estado Constitucional. Primero, a una concepción política de justicia que establezca el rol que el poder estatal debe jugar en ámbito público respecto del respeto de las formas de vida que sus ciudadanos eligen y a una particular concepción de los límites que el principio de autonomía impone a la coacción pública. Segundo, a la interpretación de los derechos fundamentales a la vida y al libre desarrollo de la personalidad, entendidos como principios jurídicos, a la luz de los elementos constitutivos de la concepción política de la justicia. Tercero, al establecimiento de reglas penales, con sujeción al contenido de principios jurídicos, que protejan la vida humana solamente de los atentados más graves a su vigencia mediante la imposición de sanciones que restringen la libertad individual.

¹⁴⁹ *Cfr.* SUNSTEIN, Cass R. (1997). "The right to die". *The Yale Law Journal*. New Haven, Vol. 106, N.º. 4, pp. 1141 - 1146. El autor plantea el conflicto de derechos constitucionales para el caso estadounidense.

¹⁵⁰ *Vid.*, sobre los modelos de regulación, TOMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen (1999). *Op. cit.* (N. 11), pp. 537 - 539. La autora considera tres modelos: 1. Eutanasia como libertad constitucional limitada; 2. Eutanasia como excepción no punible; y 3. Eutanasia como delito. También, REY MARTÍNEZ, Fernando (2008a). *Op. cit.* (N. 11), p. 12. El autor propone cuatro modelos posibles: 1. Eutanasia prohibida; 2. Eutanasia como derecho fundamental; 3. Eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable; y 4. Eutanasia como excepción legítima.

CAPÍTULO SEGUNDO:

LIBERALISMO POLÍTICO COMO MARCO PARA LA JUSTIFICACIÓN

2.1 CONSTITUCIONALISMO Y LIBERALISMO

El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y la garantía^{1 2}. Si bien, en un primer momento, las constituciones estaban orientadas a garantizar el límite al poder mediante pactos entre los estamentos de la sociedad que permitieran ámbitos de autonomía política para todos los involucrados, estos se sustentaban principalmente en la idea de un acuerdo que, orientado por la idea de equilibrio entre las prerrogativas políticas, lograra una estabilidad en el gobierno del reino; será con la consolidación del pensamiento liberal durante el siglo XVII que se impondrán mayores exigencias de legitimidad a los gobiernos respecto del respeto a los súbditos. En este punto, jugaría un rol trascendental la teoría moderna de los derechos naturales.

¹ Cfr. FIORAVANTI, Maurizio (1999). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (tr. de M. Martínez Neira). Madrid: Trotta, p. 85.

² El constitucionalismo anterior al del siglo XVII ponía menos énfasis en las garantías de libertades individuales y era entendido sobre todo como un pacto entre estamentos que hacía posible el equilibrio de poderes en la constitución del reino. Quizá uno de los primeros antecedentes del constitucionalismo puede hallarse en el famoso *Bill of rights* (1215) cuando Juan “Sin Tierra” pone su sello en la Carta Magna. El documento importaba un verdadero pacto entre poderes, por el cual los derechos de la nobleza eran confirmados, se aseguraba a la Iglesia la libre elección de sus dignatarios y se garantizaba la independencia municipal.

Una primera exposición sistemática del pensamiento liberal puede hallarse en la obra de J. Locke³, quien consideraba a los hombres en el estado de naturaleza, se encontraban ya en una condición en la que cada uno de ellos podía decirse relativamente seguro de su propia persona y de sus propios bienes, correspondiéndoles como derechos naturales: la vida, la libertad y la propiedad. Sin embargo, en tal estado, carecían los hombres de una regla fija y consolidada, capaz de asegurar en el tiempo la *property* ya adquirida en el estado de naturaleza. Razón por la cual los hombres han pactado entrar en la sociedad civil y han consentido ser gobernados por representantes que no deberán sino perfeccionar sus derechos preexistentes y estarán obligados a actuar mediante leyes promulgadas y jueces reconocidos.

Durante los siglos XVIII y XIX, esta misma línea de pensamiento basada en la primacía de los derechos individuales, como garantía de un ámbito de autonomía para la vida de los ciudadanos frente al poder opresivo que pudiera provenir del Estado, recibió el apoyo de diversos pensadores políticos, entre lo que cabe destacar fundamentalmente a dos: I. Kant⁴ y J. S. Mill⁵. El pensamiento liberal de la ilustración en torno a los derechos naturales se expresaría formidablemente en la revolución francesa y en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789, así como en otras declaraciones del mismo tipo. El siglo XIX se caracterizaría por la progresiva constitucionalización de

³ Vid. LOCKE, John (1990). *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (tr. de C. Mellizo). Madrid: Alianza Editorial, fundamentalmente: Cap. 2, sobre el estado de naturaleza; Cap. 11, sobre los alcances del poder legislativo.

⁴ I. Kant, aportaría la idea de un estado racional de derecho, que materializa en la práctica la dignidad humana, entendida como autonomía, mediante el reconocimiento de derechos individuales y el establecimiento de un gobierno consentido en base a la autolegislación. Vid. KANT, Immanuel (2008). *La metafísica de las costumbres* (tr. de A. Cortina y J. Conill). 4ª. Ed. Madrid: Tecnos, pp. 139 – 227. En el pensamiento kantiano resulta paradigmática la formulación del imperativo categórico según la cual los seres racionales nunca deben tratarse “tan solo como mero medio sino siempre y al mismo tiempo como un fin en sí mismo”. Cfr. KANT, Immanuel (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (tr. de R. Rodríguez Aramayo). 2ª. Ed. Madrid: Alianza Editorial, p. 146.

⁵ J. S. Mill expondría el llamado principio del daño y se convertiría en un gran defensor de la libertad de expresión, mostrando su radical oposición contra cualquier forma de opresión desde la sociedad y el gobierno sobre el individuo. Vid. MILL, John S. (2004). *Sobre la libertad* (tr. de P. de Azcárate). Barcelona: RBA, Cap. 1. Si bien este autor construyó su teoría partiendo del utilitarismo de J. Bentham, a diferencia de este último defendió la primacía de los derechos morales.

los derechos humanos. Inspirados en la Constitución norteamericana, los países de reciente independencia agregaron a sus cartas magnas un capítulo destinado a este tipo de derechos fundamentales. Sin embargo, estas cartas recogerían fundamentalmente las garantías civiles y políticas, es decir, los derechos de cada individuo frente a la autoridad pública.

Sin embargo esta fundamentación en último término iusnaturalista del constitucionalismo, inspirado en la dignidad del ser humano, debió convivir, desde finales del siglo XIX y la mayor parte del siglo XX, con el positivismo jurídico como teoría dominante de la ciencia jurídica, que tenía en la validez formal del derecho legislado a su principal ámbito de estudio⁶. Esta forma de hacer ciencia jurídica llegó a su máximo apogeo con los trabajos de H. Kelsen⁷ y H. L. A. Hart⁸, quienes rechazaron una definición del derecho a partir de su correspondencia con la moral.

Posteriormente, tras los desastres producidos por las guerras mundiales, durante la segunda mitad del siglo XX, se entendería que la anterior manera positivista de entender al derecho se tornaba inadecuada para explicar los cambios políticos que ahora exigían un derecho cargado valorativamente con la idea de derechos humanos para superar las limitaciones de un derecho positivo que se mostraba inútil para denunciar y sancionar las atrocidades del nacionalsocialismo⁹. Entonces, la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte

⁶ Cabe anotar que esta concepción del derecho resultaba ajustada a la concepción del estado liberal derecho que asumía como valor fundamental a la “legalidad”, que siendo general y valorativamente neutral, servía como límite racional al poder político, mientras que la constitución era concebida como norma programática o norma que habilitaba la producción de otras normas que desarrollarían su contenido.

⁷ Vid. KELSEN, Hans (1982). *La teoría pura del derecho* (tr. de R. Vernengo). México: UNAM, fundamentalmente el Cap. 2, sobre la ciencia del derecho y su independencia de la moral.

⁸ Vid. HART, H. L. A. (1961). *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, fundamentalmente el Cap. 8, sobre la relación no necesaria entre el derecho y la moral.

⁹ Vid. RADBRUCH, Gustave (1971). “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes” (tr. de J. M^a. Rodríguez Paniagua) en RADBRUCH, Gustave, Eberhard SCHMIDT y Hans WELZEL. *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar, pp. 1 – 22.

ella misma en objeto de medición¹⁰. Sin duda esta diversa situación de las instituciones jurídicas habría de requerir una nueva fundamentación en materia filosófica que superara los problemas de las concepciones anteriores y se adecuara a las nuevas sociedades. Estos fundamentos se hallarían en una nueva versión del liberalismo político que se iría afianzando con el paulatino decaimiento de las doctrinas socialistas¹¹.

Sin embargo, no fue sino hasta los años setenta que con la publicación de *A Theory of Justice* de J. Rawls que se instaura un nuevo paradigma liberal denominado *rights based*, capaz de poner fin a la supremacía del utilitarismo y liberalismo libertario¹², elaborando una concepción de la justicia para las sociedades democráticas modernas. Con esto, en el campo jurídico, el liberalismo político se propuso reactivar la conexión entre el derecho y la justicia, rescatando al derecho del ensimismamiento al que el positivismo jurídico lo había confinado pero sin recurrir a las problemáticas doctrinas sobre la naturaleza humana del iusnaturalismo¹³.

Consideramos que el liberalismo político igualitario es la filosofía política que contiene la concepción política de la justicia expresada en la Constitución de 1993 y que, por tanto, debe servir de base para la interpretación del texto constitucional y la construcción de argumentos orientados a la solución de casos difíciles como bien pueden

¹⁰ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (tr. de M. Gascón). 10ª. Ed. Madrid: Trotta, p. 40.

¹¹ Concluida la segunda guerra mundial y durante la posguerra, el liberalismo era caracterizado de muy distintas maneras que resultaron ser insatisfactorias, como la crítica del historicismo (K. Popper), la protesta contra la pesadilla totalitaria (G. Orwell), el pluralismo ético (I. Berlin), el neoevolucionismo (F. von Hayek), y la sociología histórica (R. Aron); entre otras. Cfr. FLORES, Imer B. (1999). "El liberalismo igualitario de John Rawls". *Cuestiones Constitucionales*. México, N°. 1, p. 89

¹² En oposición al liberalismo libertario y su énfasis en la libertad económica, este liberalismo igualitario, iniciado por J. Rawls, propugnaría que es posible conciliar la libertad individual con la igualdad de oportunidades entre los ciudadanos de una democracia. El liberalismo libertario afirmaba la vigencia suprema de la libertad individual, entendida como libertad negativa, cuyo límite no es otro que el derecho ajeno. El sustento de la ideología libertaria es la filosofía individualista, la política del estado mínimo y la economía capitalista *laissez-faire*, pues para los libertarios toda relación humana debería ser producto de acuerdos. Sobre esto puede consultarse NOZICK, Robert (1988). *Anarquía, estado y utopía* (tr. de R. Tamayo). México: FCE, Caps. 5 y 6.

¹³ Esta filosofía política liberal se sustenta en dos ideas básicas. La primera supone la neutralidad estatal frente a las formas de vida que eligen los ciudadanos, garantizando un amplio catálogo de libertades civiles y políticas, así como derechos sociales básicos; y, la segunda, concibe que el estado debe velar por garantizar un trato diferenciado que favorezca a los ciudadanos menos favorecidos económicamente a través de políticas públicas de acceso a educación, salud, empleo, etc.

ser los problemas de la regulación penal de la eutanasia o el aborto. Concretamente, este liberalismo logra conciliar los valores de libertad e igualdad en una concepción de la justicia que permite otorgar fundamentación filosófica a los principios e instituciones que se derivan del texto constitucional como a la interpretación que de estos ha hecho el Tribunal Constitucional y, al mismo tiempo, brinda un marco teórico adecuado para denunciar la incoherencia de leyes y políticas que no pueden ser justificadas a la luz de los principios fundamentales de la justicia política liberal. Por esta razón, en las siguientes páginas expondremos de manera resumida los principales elementos del liberalismo político, partiendo básicamente de los trabajos de sus dos principales defensores: J. Rawls y R. Dworkin¹⁴.

2.2 ELEMENTOS DEL LIBERALISMO POLÍTICO

2.2.1 Punto de partida: *factum* del pluralismo razonable

El liberalismo como teoría política busca especificar los términos justos de cooperación entre ciudadanos en el marco de un estado constitucional y democrático. Como explica J. Rawls el liberalismo es una respuesta a la pregunta fundamental acerca de la justicia política en una sociedad democrática:

*¿Cuál es la más apropiada concepción de la justicia para especificar los términos justos de la cooperación social entre ciudadanos considerados libres e iguales, miembros de una sociedad con la que cooperan plenamente durante toda una vida, de una generación a la siguiente?*¹⁵.

En este sentido, el liberalismo es sobre todo una teoría de la justicia política entendida como distribución de derechos, deberes, cargos públicos y recursos en base a

¹⁴ Si bien para la siguiente exposición se han seleccionado las obras de J. Rawls y R. Dworkin, un tratamiento sistemático del liberalismo político de corte igualitario puede hallarse fundamentalmente en los siguientes autores y textos: SCANLON, T. M. (2003). *Lo que nos debemos unos a otros. ¿Qué significa ser moral?* (tr. de E. Weikert García). Barcelona: Paidós; NINO, Carlos S. (2007). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª. Ed. Buenos Aires: Astrea; SEN, Amartya (2009). *La idea de la justicia* (tr. de H. Valencia Villa). Madrid: Taurus.

¹⁵ RAWLS, John (1995a). *Liberalismo político* (tr. S. Madero Báez). México: FCE, p. 29.

principios.¹⁶ Estos principios serán en general definidos como principios inspirados en valores igualitarios¹⁷. Sin embargo, la selección de estos principios no resulta arbitraria sino que se encuentra justificada a partir de una concepción de la sociedad que se estima como deseable y de la asunción de ciertas características fundamentales de la realidad social imperante en la cual se estima que dichos principios serán seguidos por los ciudadanos^{18 19}.

El liberalismo político tiene sentido solo si se concibe como teoría para una sociedad en la que se observa un pluralismo valorativo. Es decir aquella situación propia de una sociedad en la que es posible encontrar que las personas defienden una multiplicidad de formas diversas de ver la vida que además resultan ser contradictorias entre sí. Sin embargo, en este contexto, se entiende que existen ciudadanos y grupos de éstos que consideran muy diversos principios morales y políticos como correctos para orientar su vida. En la medida en que tales principios se inspiran en diferentes concepciones de lo bueno, resulta imposible a las personas superar sus desacuerdos y adoptar normas de cooperación mutua que hagan posible la coexistencia en el seno de una asociación política justa y estable.

Los filósofos liberales entienden que “la cultura política de una sociedad democrática siempre está marcada por una diversidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales opuestas entre sí e irreconciliables” y que “algunas de estas doctrinas son perfectamente razonables”²⁰. Con esto último se quiere decir que al menos en cuanto al nivel político es posible llegar a un consenso entre algunas de estas doctrinas. La teoría

¹⁶ *Cfr. Ibid.*, pp. 30 y 31.

¹⁷ *Cfr. Ibid.*, p. 32.

¹⁸ *Cfr. Ibid.*, pp. 39 – 45.

¹⁹ Con esto se quiere afirmar que existen ciertas condiciones que no pueden ser explicadas como producto de la misma teoría liberal sino que por el contrario deben ser asumidas cuando menos como plausibles para que los principios normativos de la teoría se encuentren justificados y, a su vez, en un segundo paso, a partir de estos principios se puedan deducir consecuencias para las instituciones y la práctica de la política en base a los principios. Entre estos presupuestos se encuentran fundamentalmente la idea de una “sociedad bien ordenada” como modelo al que aspira la teoría y la concepción del “pluralismo razonable” como contexto social que se asume como punto de partida. *Cfr. Ibid.*, pp. 29 y 56 - 60.

²⁰ *Ibid.*, p. 29.

política liberal asume la diversidad de doctrinas razonables como “el inevitable resultado, a largo plazo, de las capacidades de la razón humana y su actividad dentro del trasfondo de instituciones libres y duraderas”²¹. Sin embargo, el pluralismo no debe valorarse como algo indeseable sino más bien como una realidad propia de las democracias constitucionales.

Entonces, frente al reto del pluralismo la interrogante a la que debe responder el liberalismo político será la siguiente: “¿cuáles son los fundamentos de la tolerancia así entendida, dada la realidad del pluralismo razonable como consecuencia inevitable de instituciones libres?” o planteada de una manera más amplia “¿cómo es posible que exista durante un tiempo prolongado una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, los cuales permanecen profundamente divididos por doctrinas razonables, religiosas y morales?”²². Para avanzar hacia la solución propuesta por la teoría liberal conviene exponer de manera sucinta lo que se entiende por un esquema justo y estable de cooperación al que se aspira.

2.2.2 Punto de llegada: sociedad como modelo justo de cooperación

Según J. Rawls la idea de una sociedad como un esquema justo de cooperación requiere de la conjunción de dos ideas afines: 1. La idea de los ciudadanos considerados como personas libres e iguales y 2. La idea de una sociedad bien ordenada vista como una sociedad efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia²³. A pesar de la abstracción de tales ideas, se entiende que éstas están presentes en la cultura política de una sociedad que se ha organizado como una democracia constitucional. Cabe resaltar entonces que la concepción de la justicia que expresa el liberalismo político es la adecuada para ordenar una democracia constitucional, entendida como un tipo de

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ *Cfr. Ibid.*, p. 56.

organización deseable. Por esta razón insiste J. Rawls afirmando que “cualquier concepción de la justicia que no pueda ordenar bien a una democracia constitucional es inadecuada como concepción democrática”²⁴. En este punto corresponde desarrollar estas dos ideas afines.

2.2.2.1 Ciudadanos libres e iguales

La concepción política de la persona que el liberalismo estima como deseable puede resumirse básicamente en torno a dos características. La primera, está ligada a una concepción de lo que implica lo “razonable” como cierta disposición al entendimiento público sobre las cuestiones de justicia. En este sentido, lo razonable presupone la naturaleza de la racionalidad humana como un aspecto individual de la persona pero le impone exigencias propias de la coexistencia entre ciudadanos. La segunda, se encuentra referida al entendimiento de las personas como ciudadanos libres y está ligada principalmente a la capacidad para idear una concepción de lo bueno y al interés por defenderla en el ámbito público dentro de los márgenes de la justicia política.

Las personas que desde la perspectiva liberal asumirán los principios que la teoría propone son definidas como personas razonables, es decir fundamentalmente personas que frente a iguales “están dispuestas a proponer principios y normas como términos justos de cooperación y cumplir con ellos de buen grado, si se les asegura que las demás personas harán lo mismo”²⁵. El carácter razonable de las personas resulta fundamental en su entendimiento como ciudadanos dispuestos al diálogo en pie de igualdad frente a sus conciudadanos como medio para la adopción de acuerdos que permitan planes de acción política que resulten equitativos respecto de los intereses particulares de cada quien.

Por el contrario, lo racional es una idea distinta de lo razonable y “se aplica a un solo agente unificado (ya sea una persona individual o corporativa) poseedor de capacidades de juicio y deliberación, que persigue fines e intereses solo en su propio

²⁴ *Ibid.*, p. 56.

²⁵ *Ibid.*, p. 67.

beneficio. Lo racional se aplica a cómo se adoptan y afirman estos fines e intereses, así como a la manera de darles prioridad”²⁶. Es decir lo razonable presupone la naturaleza racional del individuo humano y su capacidad para elegir sus fines privados, los mismos que en un segundo momentos deberán ser examinados frente a los intereses ajenos bajo la idea de razonabilidad.

Una sociedad de personas razonables, puede sencillamente ser ilustrada como “una sociedad de iguales en cuanto a los asuntos básicos” en la que “todos los ciudadanos tienen sus propios objetivos racionales que esperan favorecer, y todos están dispuestos a proponer términos justos que se espera razonablemente acepten los demás, de manera que todos puedan beneficiarse y mejorar, según lo que cada cual pueda lograr por sí mismo”²⁷. La sociedad de ciudadanos razonables que el liberalismo asume como deseable “no es ni una sociedad de santos ni una sociedad de egocéntricos”²⁸.

Como veremos esta capacidad para ser razonables va unida a la idea de libertad ciudadana como opuesta a la mera libertad egoísta y supone cuando menos los siguientes tres aspectos: 1. Ciudadanos que se conciben a sí mismos y unos a otros como poseedores de la capacidad moral para tener una concepción del bien²⁹; 2. Ciudadanos que se consideran a sí mismos como “fuentes autoautenticables de reclamaciones válidas”³⁰; y 3. Ciudadanos que se consideran capaces de asumir la responsabilidad de sus fines³¹.

²⁶ *Ibid.*, p. 68.

²⁷ *Ibid.*, p. 71.

²⁸ *Idem.*

²⁹ El primer aspecto en que los ciudadanos se entienden como libres es que éstos “se conciben a sí mismos y unos a otros como poseedores de la capacidad moral para tener una concepción del bien” (*Ibid.*, p. 53). Como aclara J. Rawls esto no significa que, como parte de su concepción política, “se conciban a sí mismos inevitablemente atados a la búsqueda de la concepción del bien particular que profesan en un momento dado” (*Idem.*). Este punto resulta fundamental en la medida que si bien las personas se definen como capaces para asumir como propia una idea de lo bueno, de esto no se sigue que como ciudadanos se encuentren atados a la defensa pública de una concepción del bien personal e invariable.

³⁰ El segundo aspecto en que los ciudadanos se ven como personas libres es que se consideran a sí mismos como “fuentes autoautenticables de reclamaciones válidas. Es decir, que se consideran con todo el derecho de hacer reclamaciones y plantear exigencias acerca de sus instituciones, con miras a hacer valer sus concepciones del bien (siempre y cuando estas concepciones no se salgan de los márgenes permitidos por la concepción pública de la justicia)” (*Ibid.*, p. 54). Con esto se quiere afirmar que los ciudadanos

2.2.2.2 Una sociedad bien ordenada

La idea de una sociedad bien ordenada expresa cuando menos tres cosas³². La primera, una sociedad en la que cada cual acepta, y sabe que todo el mundo acepta los mismos principios de justicia. La segunda, sus instituciones políticas cumplen con estos principios. La tercera, sus ciudadanos tienen un sentido de justicia y cumplen generalmente las reglas de sus instituciones básicas porque las consideran justas. En una sociedad como ésta “la concepción de justicia públicamente reconocida establece un punto de vista compartido desde el cual pueden juzgarse los reclamos que los ciudadanos plantean a la sociedad”³³.

Sin embargo, la idea de una sociedad bien ordenada gobernada por principios aplicada al tipo de sociedad democrática que es objeto del liberalismo político supone que los principios que integren la concepción pública deben ser tales que puedan tener la aceptación general y estable del tipo de ciudadanos que se conciben como libres e iguales. Esta aceptación dependerá de que los principios aparezcan como razonables para ciudadanos que profesan diversas doctrinas en el seno de un pluralismo razonable. Como explica J. Rawls con ésta exigencia para los principios no se está sometiendo la justicia a las “fuerzas brutas del mundo”, sino al “inevitable resultado de la libre razón humana”³⁴.

La necesidad de que los principios puedan ser suscritos por una diversidad de ciudadanos razonables se sustenta en el hecho comprobado de que “mantener una profesión continua y compartida de una sola doctrina comprensiva, religiosa, filosófica o

asumen como algo normal la participación en las discusiones y debates públicos sobre cuestiones de justicia política orientados en principio por sus propias concepciones particulares de lo bueno, siempre que estas últimas no sean contrarias a los principios que integren la concepción pública de la justicia.

³¹ El tercer aspecto en que el liberalismo concibe a los ciudadanos como personas libres consiste en que éstos “se consideran capaces de asumir la responsabilidad de sus fines, y esto afecta la manera en que se valoran sus diversos reclamos” (*Ibid.*, p. 55). En general, se considera que los ciudadanos son capaces de ajustar sus metas y aspiraciones a la luz de lo que pueden razonablemente aspirar de conformidad con la clase de cosas que permiten los principios de justicia

³² *Cfr. Ibid.*, p. 56.

³³ *Idem.*

³⁴ *Ibid.*, p. 57.

moral, solo es posible mediante el uso opresivo del poder del estado”³⁵. Este tipo de imposición de una concepción política mediante el poder por parte del Estado se opone al uso restringido del poder público que se encuentra justificado en el marco de una democracia constitucional, razón por la cual se espera que “para que sirva de base pública de justificación para un régimen constitucional, una concepción política de la justicia debe ser tal que puedan suscribirla quienes profesan muy diversas y opuestas, aunque razonables, doctrinas comprensivas”³⁶.

En este sentido, para una concepción pública de la justicia pueda ser adecuada para una sociedad democrática bien ordenada y sus ciudadanos debe estar extenderse únicamente al “dominio de lo político” y no intentar ser una doctrina que tenga por objeto toda la vida humana. Es decir la justicia pública liberal debe sustentarse solamente en los valores de lo público y no en los propios de otros ámbitos de la experiencia humana³⁷.

2.2.3 Valores de la concepción política liberal

2.2.3.1 Justicia

El liberalismo asume como valor fundamental la justicia, entendida como imparcialidad³⁸. Esto quiere decir que la justicia se define como un valor independiente en su fundamentación de las concepciones de lo bueno y, por tanto, como un valor que impone la adopción de principios de cooperación que pueden ser suscritos por los ciudadanos razonables a pesar de que no encuentren una justificación en las doctrinas

³⁵ *Ibid.*, p. 58.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Según lo expone J. Rawls, la aceptación de la concepción pública de la justicia asume que los puntos de vista generales de los ciudadanos tienen dos partes: 1. La primera coincide con la concepción política de la justicia reconocida por los ciudadanos y 2. La segunda es completa o parcialmente una doctrina comprensiva con la que está relacionada esta concepción política. Lo que se debe poner de relieve es que los ciudadanos son los que libremente deciden como se relacionan sus puntos de vista comprensivos con su aceptación de los principios que regulan la concepción pública de la justicia. *Cfr. Ibid.*, p. 59.

³⁸ *Cfr., Ibid.*, p. 171.

sobre la vida buena que cada quién profesa. En este punto resulta oportuno resaltar que el liberalismo asume que la justicia política no debe ser entendida como una prolongación de lo bueno sino como un valor totalmente independiente y deseable por sí mismo³⁹.

Para el liberalismo político, enfatiza J. Rawls “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”⁴⁰. No importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: “si son injustas han de ser reformadas o abolidas” porque “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar”⁴¹. Por esta razón los derechos asegurados por la justicia política no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales⁴². En este sentido la justicia como imparcialidad es contraria al utilitarismo como teoría política⁴³.

La naturaleza de la justicia como valor es explicada por J. Rawls mediante el recurso a la distinción entre “doctrinas comprensivas” y “doctrinas no comprensivas”⁴⁴. Con la definición de las doctrinas comprensivas se excluyen como reguladoras del ámbito público típicamente a las doctrinas religiosas pero también a teorías políticas contemporáneas como el utilitarismo, en el sentido que asumen un único principio de lo

³⁹ Cfr. *Ibid.*, pp. 172 y 173.

⁴⁰ RAWLS, John (1995b). *Teoría de la justicia* (tr. M^a. D. Gonzáles). 2^a. Ed. México: FCE, p. 17.

⁴¹ *Idem.*

⁴² Cfr. *Idem.*

⁴³ *Vid. Ibid.*, pp. 24 – 44: “parece que el principio de utilidad es incompatible con la concepción de la cooperación social entre personas iguales para beneficio mutuo. Parece ser incongruente con la idea de reciprocidad implícita en la noción de una sociedad bien ordenada” (p. 27). El utilitarismo asume que “puesto que el principio para un individuo es promover tanto como sea posible su propio bienestar, esto es, su propio sistema de deseos, el principio para la sociedad es promover tanto como sea posible el bienestar del grupo, esto es, realizar en la mayor medida el sistema general de deseos al que se llega a partir de los deseos de sus miembros” (p. 35). En este sentido, “la característica más sorprendente de la visión utilitarista de la justicia es que no importa, excepto de manera indirecta, como se distribuya esta suma de satisfacciones entre los individuos (...) la distribución correcta en cada caso es la que produce la máxima satisfacción” (p. 37).

⁴⁴ Cfr. RAWLS, John (1995a). *Op. cit.* (N. 15), p. 172 y ss: una doctrina plenamente comprensiva “abarca todos los valores y virtudes reconocidas dentro de un esquema de pensamiento más o menos bien articulado”; mientras que una doctrina parcialmente comprensiva solamente “abarca ciertos valores no políticos (mas no todos) y solo algunas virtudes, y está articulada de manera laxa” (p. 172). Se debe subrayar que, por definición para que una concepción sea siquiera parcialmente comprensiva debe extender su ámbito más allá de lo político e incluir valores y virtudes no políticas. Por el contrario, una doctrina no comprensiva estará referida únicamente a los elementos de una concepción de la justicia política y por ésta razón será independiente de la definición de lo bueno.

bueno o de la felicidad humana. Como reafirma R. Dworkin el liberalismo político supone únicamente “una concepción política de la justicia para las instituciones principales de la vida política y social, y no para toda la vida”⁴⁵. Los ciudadanos son libres de guiar su vida privada según los mejores modelos de virtud moral o religiosa que puedan concebir pero estos no deben justificar sus pretensiones en el ámbito público, las mismas que deberán expresarse en función de criterios de justicia.

2.2.3.2 Razón pública

La segunda clase de valores que requiere una concepción política liberal son los valores de la razón pública entendidos como “directrices para la indagación pública que convierten esa indagación en libre y pública”⁴⁶. También se incluyen aquí la razonabilidad y la disposición de acatar el deber de civilidad que permiten a los ciudadanos participar razonablemente de las discusiones sobre cuestiones políticas⁴⁷. Estas directrices de indagación son importantes porque sin ellas los principios sustantivos de la justicia no podrían aplicarse⁴⁸.

La razón pública puede definirse como “un poder intelectual y moral, enraizado en las capacidades de sus integrantes humanos”⁴⁹, cada una de las sociedades políticas recurre a este poder cuando sus integrantes discuten en los foros públicos sobre las necesidades sociales y su prioridad, así como cuando se adoptan decisiones sobre planes de acción política. A diferencia de muchos regímenes políticos en que la facultad para razonar sobre lo público corresponde a unos pocos, en el marco de una democracia constitucional la razón pública corresponde a todos sus ciudadanos en pie de igualdad⁵⁰.

Especialmente, en una democracia constitucional, los ciudadanos, entendidos como seres racionales y razonables, sabiendo que existen desacuerdos respecto de las

⁴⁵ *Cfr. Ibid.*, pp. 172 y 173.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 214.

⁴⁷ *Cfr. Idem.*

⁴⁸ *Cfr. Ibid.*, p. 213.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 204.

⁵⁰ *Cfr. Idem.*

doctrinas que cada quien profesa, deberían ser capaces de explicarse unos a otros los fundamentos de sus actos en términos que cada cual espere razonablemente que los demás puedan suscribir, de tal manera que sea congruente con su libertad e igualdad ante la ley⁵¹. Esto quiere decir que, al discutir sobre los elementos constitucionales esenciales y sobre asuntos de justicia básica “no debemos recurrir a las doctrinas de largo alcance, religiosas y filosóficas -como a lo que nosotros, como individuos o como integrantes de asociaciones, vemos como toda la verdad-, ni a elaboradas teorías económicas de equilibrio general, si, por ejemplo éstas son motivo de disputas”⁵². Entonces, la razón pública requerirá, como aspectos formales del razonamiento, del juicio y la inferencia, y, en el aspecto del contenido, exigirá argumentos de tipo razonable (*Vid. Supra* 2.2.2.1)^{53 54}.

En concreto, podemos afirmar que la razón pública en una sociedad ordenada según principios de justicia liberal impondrá límites al tipo de razones que están facultados a utilizar los congresistas en el parlamento cuando debaten sobre la aprobación de una ley o la reforma de la Constitución, los miembros del poder ejecutivo cuando diseñan y ejecutan sus planes de políticas públicas, los funcionarios públicos cuando deciden sobre los derechos de los administrados, los magistrados cuando deliberan sobre la solución de un litigio o cuando examinan la constitucionalidad de una ley; estos límites también se aplicarán al tipo de razones que deberán utilizar los ciudadanos cuando participan de los procesos electorales como votantes, candidatos o militantes de algún partido político.

⁵¹ *Cfr. Ibid.*, p. 208.

⁵² *Ibid.*, p. 214.

⁵³ *Cfr. Ibid.*, p. 215

⁵⁴ La razón pública excluye a las razones no públicas, como aquellas que son compartidas por asociaciones de toda clase: gremios profesionales, grupos religiosos, asociaciones de empresarios, etc. En este punto debe resaltarse que para actuar razonablemente tanto individuos como grupos de individuos recurren a razones comúnmente aceptadas entre quienes las expresan y aquellos a quienes se dirigen. Si bien con este tipo de razonamientos no se está ante razones privadas tampoco estamos ante razones públicas en el sentido político del término, porque “esta manera de razonar es pública [solamente] respecto a sus integrantes, pero no pública respecto a la sociedad política y a los ciudadanos en general”. *Cfr. Ibid.*, p. 210.

2.2.4 Principios de la concepción política de la justicia

2.2.4.1 J. Rawls: justicia como imparcialidad

2.2.4.1.1 La posición original y los principios de justicia

La teoría de la justicia liberal propuesta por J. Rawls se expresa en los denominados dos principios de justicia, los mismos que serían los que según la compleja argumentación del filósofo representan una concepción de la justicia equitativa racional y libremente aceptada por los ciudadanos puestos en situación de igualdad. Para explicar cómo es que los ciudadanos elegirían tales principios y no otros, se recurre a la idea de la “posición original” como “recurso de representación, la misma que opera como “medio de reflexión y esclarecimiento para el público”^{55 56}.

Entonces J. Rawls propone el siguiente experimento mental: “supongamos que cuando nos reunimos para decidir esos principios no sabemos cuál será nuestro paradero en la sociedad. Imaginémonos que escogemos tras el ‘velo de la ignorancia’, que nos impide temporalmente saber nada de quienes somos en concreto. Tras él no sabemos nuestra clase o género, nuestra raza o etnia, nuestras opiniones políticas o convicciones religiosas. Tampoco sabemos con qué ventajas contamos o qué desventajas padecemos: no sabemos si estamos sanos o si tenemos mala salud, si tenemos titulaciones superiores o si no acabamos la enseñanza media, si nacimos en una familia que cuidaba de nosotros o en una familia descompuesta. Si nadie sabe nada de esto, decidiremos en efecto, en una

⁵⁵ *Ibid.*, p. 48.

⁵⁶ Para entender la necesidad del recurso a la posición original debemos suponer que nos hemos reunido tal y como somos, para escoger los principios que gobernarán nuestra vida colectiva. La situación más probable es que nos será difícil llegar a un acuerdo ya que cada individuo razonará y argumentará desde la posición que ocupa en la sociedad, algunos serán creyentes católicos y otros ateos, unos cuantos serán ricos y quizá la mayoría pobre, probablemente muchos pertenecerán a minorías raciales, un número reducido ostentará una inteligencia superior mientras que otros seguramente cargarán con alguna discapacidad. Aun cuando bajo estas condiciones se pudiera llegar a un acuerdo, éste solamente reflejaría el superior poder negociador de unos y no un resultado justo. *Cfr.* SANDEL, Michael (2011). *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* (tr. de J. P. Campos Gómez). Barcelona: Debolsillo, p. 162

posición originaria de igualdad”⁵⁷. Solo bajo estas restricciones los principios que acordaríamos serían justos.

Puestos en esta situación hipotética de igualdad, los representantes de los ciudadanos en la “posición original”, armados de “autonomía racional”⁵⁸ y un adecuado conocimiento de los “bienes primarios”⁵⁹, deliberarán sobre la mejor concepción de justicia para ser aplicada en la sociedad bien ordenada en la que les tocará vivir y en la que se concebirán entre sí como ciudadanos libres e iguales. Como queda claro, el objetivo de la posición original es que los principios de justicia “aparezcan como el producto de la mezcla de autointerés y la imparcialidad”⁶⁰. Con esto se logra que la aceptación de los principios de justicia no dependa de complicados fundamentos metafísicos o del conocimiento de la verdad moral, sino que por el contrario sea una cuestión más bien de tipo pragmático⁶¹.

Así pues, bajo las condiciones especificadas, los dos principios de justicia seleccionados son los siguientes:

- a. *Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos; y es este esquema, las libertades políticas iguales, y solo esas libertades, tienen que ser garantizadas en su valor justo.*
- b. *Las desigualdades sociales y económicas solo se justifican por dos condiciones: en primer lugar, estarán relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad de*

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Cfr. RAWLS, John (1995a). *Op. cit.* (N. 15), p. 50: “No debe confundirse la autonomía racional con la autonomía plena. Esta última constituye un ideal político y forma parte de un más completo ideal de una sociedad bien ordenada. La autonomía racional no es de ninguna manera, como tal, un ideal, sino una manera de modelar la idea de lo racional (en oposición a lo razonable) en la posición original”.

⁵⁹ Cfr. CAMPBELL, Tom (2002). *La justicia. Los principales debates contemporáneos* (tr. de S. Álvarez). Barcelona: Gedisa, pp. 112 y 113: Los bienes primarios incluyen la libertades básicas, tales como la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia, necesarias para desarrollar la capacidad moral, la libertad de movimiento y la libre elección de ocupación, los ingresos y la riqueza, y las bases sociales de la dignidad, entendida como las condiciones necesarias para que los individuos tengan un sentimiento sobre su valor como agentes morales.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 113.

⁶¹ La posición original supone una cuestión de “justicia procedimental pura”. Esto quiere decir que al no haber criterios anteriores con lo que validar los resultados del procedimiento, la aceptación de sus resultados depende solamente de la aceptación del procedimiento mismo. Por esta razón resulta importante prestar atención a que, entre otras condiciones, la posición original presupone que los participantes poseen lo siguiente: primero, “autonomía racional” entendida como capacidad para descubrir y seguir los medios más efectivos para el logro de un cierto fin y, segundo, un adecuado conocimiento de los “bienes primarios”, es decir cosas que toda persona necesitará para llevar a cabo una concepción del bien en una sociedad justa. *Vid.* CAMPBELL, Tom (2002). *Op. cit.* (N. 59), pp. 107 y ss.

oportunidades; en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos, deberán ejercerse en el máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados^{62 63}.

El contenido del primer principio está referido a las libertades básicas que deben ser distribuidas por igual y que deben gozar de prioridad frente a cualquier otro tipo de finalidad política⁶⁴. Mientras que la elección de los términos del segundo principio se justifica en la decisión racional de evitar el riesgo que asumen las partes en el contrato. Con el principio de la diferencia los participantes logran protegerse contra el que para ellas podría ser el peor resultado posible como miembros de las sociedades reales y por la misma razón rechazan un principio de corte utilitarista que subordine los criterios de justicia distributiva a la maximización del conjunto de bienes primarios⁶⁵.

2.2.4.1.2 Consenso traslapado

Una vez que suponemos que un régimen constitucional democrático es razonablemente justo y viable, y que merece que lo defendamos, surge según J. Rawls la siguiente pregunta ¿cómo podemos instrumentar nuestra defensa de este régimen, de modo que gane suficiente y amplio apoyo para lograr la estabilidad?⁶⁶ Esta pregunta debe ser respondida considerando el contexto de pluralismo propio de una democracia constitucional; es decir, la argumentación para la defensa de los principios que integran la

⁶² RAWLS, John (1995a). *Op. cit.* (N. 15), p. 31.

⁶³ Ambos principios expresan para J. Rawls una forma igualitaria de liberalismo en virtud de tres elementos, que son: “a) la garantía del valor justo de las libertades políticas, de tal manera que éstas no sean meramente formales; b) una justa (y tampoco puramente formal) igualdad de oportunidades, y por último, c) el llamado “principio de diferencia”, que prescribe que las desigualdades sociales y económicas inherentes a los cargos y puestos tendrán que ajustarse de manera que, cualquiera que sea el grado de tales desigualdades sea grande o pequeño, habrán de redundar en el mayor beneficio de los integrantes menos privilegiados de la sociedad”. *Ibid.*, p. 32.

⁶⁴ Estas libertades básicas se corresponden con la idea de los bienes primarios identificados por J. Rawls e incluyen cuando menos: el derecho a la vida y la integridad, la libertad de expresión y la libertad de conciencia, la propiedad privada, garantías contra el arresto arbitrario y el derecho a un debido proceso, a esta lista debe sumarse las libertades políticas propias del régimen democrático, se confiere libertad a estas libertades porque “ninguna persona racional que tuviese que realizar una elección se arriesgaría a ponerse a sí misma en una posición en la que sus intereses (que podrían resultar ser aquellos de una pequeña minoría) fuesen puestos en peligro por un régimen no democrático”. CAMPBELL, Tom (2002). *Op. cit.* (N. 59), p. 114.

⁶⁵ *Cfr. Ibid.*, p. 115

⁶⁶ *Cfr. RAWLS, John (1995a). Op. cit. (N. 15), p. 59.*

concepción de la justicia debe ser tal índole que pueda granjearse el apoyo sostenido en el tiempo de ciudadanos que profesen las más diversas doctrinas comprensivas razonables.

Esta argumentación se puede lograr por la vía de lo que se ha denominado “consenso traslapado”, la concepción de la justicia liberal no es el resultado de ninguna concepción particular del bien sino que se representa como una concepción independiente entre las diversas concepciones éticas y religiosas que compiten en la sociedad. En el marco términos de un consenso traslapado “la rivalidad entre las concepciones de la justicia en conflicto se entrecruza, pero es independiente de la rivalidad entre concepciones del bien”⁶⁷.

Sostiene J. Rawls⁶⁸ que con esta idea no se argumenta que deberíamos ser vacilantes o inseguros, mucho menos escépticos, acerca de nuestras propias creencias. Sino que justamente a partir del convencimiento de nuestras propias doctrinas, deberíamos reconocer la imposibilidad práctica de llegar a un acuerdo político razonable y viable en el juicio acerca de la veracidad de las doctrinas generales, especialmente a un acuerdo que pudiera servir para propósitos políticos; por ejemplo, el de lograr la paz y la concordia en una sociedad caracterizada por diferencias religiosas y filosóficas. Entonces, deberíamos concluir que nuestra coexistencia en un régimen constitucional no necesita de un acuerdo acerca de la veracidad de una única doctrina comprensiva.

En este sentido, la pregunta a la que la tradición dominante ha tratado de responder no tiene respuesta, fundamentalmente porque ninguna doctrina comprensiva es apropiada, como concepción política para un régimen constitucional⁶⁹. Esto suscita la

⁶⁷ Cfr. WALDRON, Jeremy (2005). *Derecho y desacuerdos* (tr. de J. L. Martí y A. Quiroga). Madrid: Marcial Pons, pp. 178 y 179. Así por ejemplo se tendría que en el debate sobre la justicia, un católico socialista puede tener más en común con un marxista leninista que con un católico políticamente conservador, esto nos mostraría que el desacuerdo entre católicos socialistas y católicos políticamente conservadores, o entre socialistas y conservadores en general, se produce de forma bastante independiente de los desacuerdos acerca del bien (p. 178).

⁶⁸ Cfr. RAWLS, John (1995a). *Op. cit.* (N. 15), p. 79.

⁶⁹ Esto es así, porque la relación política en un régimen constitucional tiene dos características especiales. La primera radica en que “se trata de una relación de personas dentro de la estructura básica de la sociedad, estructura de instituciones básicas en las que entramos solo por nacimiento y de la que salimos

cuestión de la legitimidad de la estructura general de la autoridad, a la que está íntimamente vinculada la idea de la razón pública: “¿cuándo se ejerce apropiadamente ese poder?”. En otras palabras: “¿a la luz de qué principios debemos ser capaces de vernos, como ciudadanos libres e iguales, en el ejercicio de ese poder, si nuestro ejercicio del poder no es justificable para otros ciudadanos, y sin dejar de respetar su razonabilidad y racionalidad”⁷⁰. La respuesta debe asumir como punto de partida que las cuestiones acerca de los elementos constitucionales esenciales y en materia de justicia básica pueden resolverse, en lo posible, apelando exclusivamente a los valores políticos⁷¹.

De lo anterior se deriva, que “allí donde existe una pluralidad de doctrinas razonables, es irrazonable, o algo peor, querer utilizar las sanciones del poder del Estado para corregir o para castigar a aquellos que no están de acuerdo con nosotros”⁷². Debiendo quedar claro, que el que no resulte razonable apoyar una doctrina comprensiva con los medios del poder público, no significa que no sea verdadera, sino que más bien expresa que quienes deseen utilizar el poder político para reforzarla proceden de manera irrazonable y esta conclusión es absolutamente independiente del hecho de que estos ciudadanos piensen que es falsa⁷³.

En resumen la idea del consenso traslapado, supone “en cuanto al ideal político liberal, que puesto que el poder político constituye el poder coercitivo de los ciudadanos libres e iguales en tanto que cuerpo corporativo, este poder debe ejercerse cuando están en juego los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones básicas de la justicia, solo de una manera que todos los ciudadanos puedan razonablemente suscribir a la luz

solo al morir” (*Ibid.*, p. 139). Mientras que la segunda está referida a que el poder político, siempre coercitivo y respaldado por la utilización de sanciones por parte del gobierno, es, en última instancia, el poder público; esto es, el poder de los ciudadanos libres e iguales, en tanto que cuerpo colectivo (*Idem.*).

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 139 y 140.

⁷¹ *Ibid.*, p. 140.

⁷² *Ibid.*, p. 141

⁷³ Aquí una réplica desde el interior de una doctrina comprensiva se encontraría fuera de lugar y probablemente denunciaría que la doctrina en cuestión es una mala interpretación de la naturaleza divina y que por tanto resulta falsa.

de su razón humana común”⁷⁴ y que por esta razón fundamental en un contexto de pluralismo “sería poco razonable utilizar el poder político para reforzar nuestro propio punto de vista comprensivo, el cual, por supuesto, en lo personal, debemos afirmar como razonable o apegado a la verdad”^{75 76}.

Por último cabe precisar que, si bien la idea del consenso traslapado, tal como ha sido expuesta, “se afirma sobre fundamentos morales”, es decir incorpora “concepciones de la sociedad y de los ciudadanos como personas, así como principios de justicia, y una explicación que toma en cuenta las virtudes políticas en los que estos principios están encarnados en el carácter humano y se expresan en la vida pública”⁷⁷, no suministra una doctrina específica, metafísica o epistemológica más allá de lo que esté “implicado en la concepción política”⁷⁸. La misma que es de tipo liberal, esto significa que “protege los derechos básicos de todos conocidos y que les asigna una prioridad especial” e “incluye medidas para asegurar que todos los ciudadanos dispongan de suficientes medios materiales para hacer valer efectivamente esos derechos básicos”⁷⁹. En este sentido, todos los otros valores que entran en conflicto con la concepción política de la justicia y con las virtudes que la sostienen deben ser superados “pues entran en conflicto con las condiciones mismas que posibilitan la cooperación social justa, en pie de respeto mutuo”⁸⁰.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 142.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 141.

⁷⁶ Al mismo tiempo, según J. Rawls el consenso traslapado supone una adecuada estrategia para conseguir la estabilidad de la concepción de la justicia en el régimen de democracia constitucional, pues dadas “ciertas suposiciones que especifican una psicología humana razonable y las condiciones normales de la vida humana, quienes se desarrollan en un medio de instituciones básicas justas adquieren un sentido de justicia y un acatamiento razonado a estas instituciones suficientes para volverlas estables” (*Ibid.* p. 144). Esto permite afirmar que la justicia como imparcialidad no sería razonable “a menos que pueda ganarse el apoyo apelando a la razón de cada ciudadano” o lo que es lo mismo si no puede ser justificada a partir de los términos de un consenso traslapado de doctrinas comprensivas razonables (*Ibid.* p. 145). No obstante, “al modelar una concepción política de la justicia de manera que pueda ganarse un consenso traslapado, no la estamos sometiendo a alguna sinrazón existente”, sino adaptándola “al hecho del pluralismo razonable” como “resultado del libre ejercicio de la razón humana libre en condiciones de libertad” (*Ibid.* p. 146).

⁷⁷ *Ibid.*, p. 149

⁷⁸ *Ibid.*, p. 146

⁷⁹ *Ibid.*, p. 157

⁸⁰ *Idem.*

2.2.4.2 R. Dworkin: justicia como igualdad

2.2.4.2.1 Igual consideración y respeto

Para R. Dworkin el liberalismo es una moral política auténtica y coherente, de manera que resulta razonable hablar de su principio central, por lo que para este autor de lo que se trata es de “demostrar que cierta idea de la igualdad”, a la que podemos denominar “concepción liberal de la igualdad”, es la esencia del liberalismo⁸¹. Para este fin el filósofo parte de la presuposición que en la política moderna “hay un amplio consenso respecto de que el gobierno debe tratar a todos los ciudadanos con igual consideración y respeto” pues “son pocos los ciudadanos, y aún menos los políticos, que hoy admitirían que tienen convicciones políticas que contradicen el principio abstracto de la igual consideración y respeto”. Sin embargo, las distintas personas poseen también “distintas concepciones acerca de qué exige ese principio abstracto en casos particulares”⁸².

Entonces la pregunta que el filósofo político debe responder es la siguiente: “¿Qué significa que el gobierno trate a los ciudadanos como iguales?”⁸³. La respuesta a este interrogante puede formularse de dos maneras muy distintas. La primera supone que “el gobierno debe ser neutro respecto de lo que podríamos llamar la cuestión de la vida buena”⁸⁴. Mientras que la segunda afirma que “no puede ser neutro en esa materia, porque no puede tratar a los ciudadanos como seres humanos iguales sin una teoría de lo que deberían ser los seres humanos”⁸⁵.

La primera teoría de la igualdad considera que “las decisiones políticas deben ser, en la medida de lo posible, independientes de cualquier concepción particular de la buena vida, o de aquello que dota de valor a la vida”⁸⁶. Esto fundamentalmente porque si “los

⁸¹ Cfr. DWORKIN, Ronald (2012). *Una cuestión de principios* (tr. de V. Boschioli). Buenos Aires: Siglo XXI, p. 233.

⁸² Cfr. *Ibid.*, p. 244

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Idem.*

ciudadanos de una sociedad difieren en sus concepciones, el gobierno no los trata como iguales si prefiere una concepción frente a otra, ya sea porque los funcionarios creen que una es intrínsecamente superior, o porque es la que sostiene un grupo más numeroso o poderoso”⁸⁷.

La segunda teoría sostiene que “el contenido del tratamiento igualitario no puede ser independiente de una teoría sobre lo bueno para el ser humano o lo bueno de la vida, porque tratar a una persona como igual significa tratarla del modo que una persona buena o genuinamente sabia querría que la trataran”⁸⁸. Desde esta posición “el buen gobierno consiste en fomentar o, al menos, reconocer las buenas vidas: tratar como igual consiste en tratar a cada persona como si tuviera el deseo de llevar la vida que, de hecho, es buena, por lo menos en la medida de lo posible”^{89 90}.

Solo la primera teoría es conciliable con el liberalismo y en ella debemos distinguir entre dos principios diferentes para los cuales la igualdad es un ideal político. El primero, requiere que “el gobierno trate como iguales a todos los que están a su cargo, es decir, con el mismo derecho a igual respecto y consideración”⁹¹. El segundo principio requiere que “el gobierno trate a todos aquellos que están a su cargo por igual en la distribución de un recurso de oportunidad, o por lo menos que intente conseguir que se produzca una situación en la que todos sean iguales o casi iguales en ese aspecto”⁹².

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ Esta segunda teoría es la que estaría detrás del conservadurismo como opuesto al liberalismo. Los conservadores, según R. Dworkin, suponen que “a la buena persona le gustaría ser tratada según los principios de una clase de sociedad especial”, a la que podemos denominar “sociedad virtuosa”. Una sociedad virtuosa tiene las siguientes dos características generales: 1. Sus miembros comparten una concepción fuerte de la virtud, es decir, de las cualidades y virtudes que las personas deberían aspirar a poseer y mostrar. 2. Esta concepción de la virtud es compartida no solo en el ámbito privado, en tanto individuos, sino también en el público: creen que la comunidad, en sus actividades sociales y políticas, muestra virtudes que, como ciudadanos, tienen la responsabilidad de promover (*Cfr. Ibid.*, p. 252).

⁹¹ *Ibid.*, p. 242. Argumenta R. Dworkin que no se trata de un postulado vacío, pues en la vida cotidiana no pensamos que, como individuos, tenemos la obligación de tratar a los hijos de nuestro vecino con la misma consideración que a los nuestros o tratar con igual respecto a todas las personas con las que nos encontramos. Sin embargo, el principio sí exige que los gobiernos traten a todos los ciudadanos como iguales en ese sentido.

⁹² *Ibid.*, pp. 242 y 243.

El primer principio resulta el principio fundamental del cual puede derivarse en general todas las libertades individuales, por lo que desde la perspectiva de R. Dworkin debe rechazarse la idea según la cual existe un derecho fundamental a una libertad general que pueda resultar independiente del principio de igual consideración y respeto, generando permanentes conflictos entre derechos derivados de libertad y derechos de igualdad. Por el contrario, se propone que “los derechos individuales a diferentes libertades solo pueden ser reconocidos cuando se puede demostrar que el derecho fundamental a ser tratado como igual los exige (...) entonces el derecho a diferentes libertades no entra en conflicto con ningún derecho concurrente a la igualdad, sino que, por el contrario, se sigue de una concepción de la igualdad reconocidamente más fundamental”⁹³. Mientras que el segundo principio servirá de fundamentación a las acciones afirmativas que favorezcan a los grupos menos favorecidos a través de un trato diferenciado.

Esta teoría de la igualdad limita nítidamente la medida en que se pueden utilizar argumentos de corte idealista, como los que apelan a la idea de una comunidad virtuosa, para restringir la libertad individual porque “un argumento así violaría el canon de la concepción liberal de la igualdad, que prohíbe que el gobierno se base en de la afirmación de que ciertas formas de vida son inherentemente más valiosas que otras”⁹⁴. Por otro lado, la misma teoría proscribe la adopción de políticas utilitaristas que, a través de las denominadas preferencias externas, puedan maximizar intereses individuales cuyas consecuencias afectan directamente la idea de igualdad al postular, por ejemplo, que tales o cuales bienes sean asignados a algunos en perjuicio de otros⁹⁵.

En conclusión, para R. Dworkin el liberalismo no puede sustentarse en el escepticismo sino en una moral constitutiva que estipula que “los seres humanos deben

⁹³ DWORKIN, Ronald (1984). *Los derechos en serio* (tr. de M. Guastavino). Barcelona: Ariel, p. 390.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 391.

⁹⁵ *Cfr. Ibid.*, pp. 392 y 393

ser tratados como iguales por sus gobiernos no porque el bien y el mal queden fuera de la moral política, sino porque eso es lo correcto”⁹⁶. Con esta moral política el liberalismo “no se sustenta en ninguna teoría especial de la personalidad, ni tampoco niega que la mayoría de los seres humanos piense que lo que es bueno para ellos es ser miembros activos de la sociedad”⁹⁷. La concepción liberal de la igualdad se limita a ser “un principio de la organización política que la justicia exige, no una forma de vida para individuos”⁹⁸, por esta razón los liberales “son indiferentes ante la decisión de las personas de pronunciarse sobre asuntos de política, o llevar vidas excéntricas, o comportarse del modo en que se supone que los liberales prefieren comportarse”⁹⁹.

2.2.4.2.2 Derechos como poderes contramayoritarios

Como hemos visto para R. Dworkin el énfasis decisivo de la política liberal está en la igualdad antes que en la libertad, pero para la concreción de esta justicia igualitaria se requiere de los derechos. Es así, que para este jurista la concepción liberal de lo que significa “tener un derecho” juega un rol central en el proceso de argumentación y deliberación pública sobre cuales derechos tienen los ciudadanos en una democracia constitucional. Sobre este proceso deliberativo en torno a los derechos tendrá siempre la última palabra el tribunal supremo habilitado para el control de constitucionalidad. Entonces, la articulación de los derechos se ubicará más en la historia real que en un recurso hipotético, en particular en la historia de la justicia constitucional de un determinado Estado¹⁰⁰.

Pero esta concepción fuerte de los derechos individuales como “triumfos políticos” no se construye sobre los derechos legales corrientes sino paradigmáticamente en relación a los derechos básicos que funcionan como la justificación última de los

⁹⁶ DWORKIN, Ronald (2012). *Op. cit.* (N. 81), p. 257.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 258.

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ *Cfr.* CAMPBELL, Tom (2002). *Op. cit.* (N. 59), p. 79.

primeros y establecen límites estrictos (“poder de veto”) sobre el tipo de objetivos políticos que pudieran decidir el gobierno o legislar el parlamento¹⁰¹. Con esto se quiere decir que no resulta legítimo perseguir determinada política pública mediante la violación de algún derecho básico. Mientras que tratándose de los derechos legales corrientes, estos bien pueden ser restringirlos en función de intereses de política pública legítimos¹⁰².

Respecto de este punto R. Dworkin introduce una diferencia que resulta central para su esquema teórico y es la que se establece entre dos tipos de normas jurídicas: “reglas” y “principios”. Esta diferencia se refiere a la estructura lógica de cada tipo de norma jurídica y se abstrae de la forma en que cada cual es aplicada por los tribunales cuando resuelven casos concretos sometidos a su competencia¹⁰³. En general, el modelo de las reglas se identifica con los derechos legales corrientes, los mismos que pueden ser aplicados de una forma que responde a la fórmula de “todo o nada”, en este procedimiento los jueces se limitarían a constatar si en el caso bajo examen se ha realizado o no el supuesto que la norma regula para aplicar o no la consecuencia jurídica que la regla prescribe¹⁰⁴. Por el contrario, es el papel de los principios el que resulta fundamental en la teoría liberal del derecho, ya que éstos no determinan de manera definitiva el caso en cuestión y esto los convierte en la herramienta adecuada para decidir en los “casos difíciles”, disputas judiciales en las que no es posible resolver la

¹⁰¹ Cfr. DWORKIN, Ronald (1984). *Op. cit.* (N. 93), p. 74 y ss. Resulta aquí importante anotar que R. Dworkin asume un concepto de derecho entendido como triunfos políticos en manos de los individuos, lo cual implica que “los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio” (p. 74). En este específico sentido, los derechos son triunfos políticos individuales que proporcionan un “poder de veto” excluyendo objetivos colectivos que los vulneran. Razón por la cual el tribunal supremo de un estado realiza una función esencialmente política mediante la revisión judicial.

¹⁰² Cfr. *Ibid.*, p. 82.

¹⁰³ Cfr. *Ibid.*, p. 74.

¹⁰⁴ *Vid. Ibid.*, p. 75: “las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”. Por otro lado “la norma puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones”.

controversia en función de reglas, bien porque las existentes resultan ambiguas o producen resultados inaceptables en función de la moralidad política de la sociedad¹⁰⁵.

Bajo estos postulados teóricos, los jueces tienen la posibilidad de llegar a una solución justa sin importar la dificultad del caso en cuestión, pues no solamente aplican los derechos legales vigentes sino que confrontan el ordenamiento jurídico en su totalidad con la moral política. Esta labor supone que los jueces están preparados para leer la moral de su sociedad no como si realizaran una encuesta de opinión sobre cualquier aspecto controvertido sino más bien como si buscaran “los derechos abstractos impregnados o presupuestos en la legislación y en la cultura política de esa sociedad en su desarrollo histórico”¹⁰⁶.

Esta actividad de descubrimiento de lo jurídico implica una “interpretación constructiva”¹⁰⁷ que el juez debe realizar mediante la aplicación un método que supone el diseño de un esquema de principios abstractos y constitucionales que proporcionen una justificación coherente de todos los precedentes judiciales y de las demás preceptos constitucionales y legales vigentes¹⁰⁸. En este sentido, el derecho funciona como una práctica social que se compone tanto de un conjunto de reglas, como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Vid. Ibid.*, pp. 72 – 80.

¹⁰⁶ CAMPBELL, Tom (2002). *Op. cit.* (N. 59), p. 84.

¹⁰⁷ *Vid. DWORKIN, Ronald (1997a). El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* (tr. de C. Ferrari). Barcelona: Gedisa: “Necesitaremos una distinción analítica entre las siguientes tres etapas de la interpretación, señalando cómo se necesitan distintos grados de consenso dentro de una comunidad para cada etapa si allí debe florecer una actitud interpretativa. En primer lugar, debe haber una etapa preinterpretativa donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica” (p. 57). “Segundo, debe haber una etapa interpretativa donde el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa. Esto consistirá en un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esta forma general. La justificación no necesita adaptarse a cada uno de los aspectos o características de la práctica permanente, pero sí los suficientes para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventando una nueva. Por último, debe haber una etapa posinterpretativa o reformadora donde ajusta su sentido sobre qué necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa” (p. 58).

¹⁰⁸ *Vid. DWORKIN, Ronald (1984). Op. cit.* (N. 93), pp. 176 – 179.

¹⁰⁹ *Cfr. LINFANTE VIDAL, Isabel (1999). “La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de los casos”. Jueces para la democracia. Información y debate. N.º. 36, p. 43.*

En este contexto, la interpretación constitucional se aparta del llamado “originalismo”, pues tiene como objeto “tanto el texto como la práctica anterior: los abogados y jueces que afrontan una cuestión constitucional contemporánea deben intentar construir una interpretación coherente, ajustada a principio y persuasiva de la Constitución y nuestra historia bajo esta Constitución”¹¹⁰. En otras palabras, se debe pretender la “integridad constitucional” y no la averiguación de las intenciones reales de quienes escribieron la Constitución. Desde esta perspectiva, la fidelidad a la Constitución pasa por nuestra vinculación a los “conceptos abstractos” que ella incorpora y, por tanto, las preguntas que debemos plantearnos son de tipo moral¹¹¹. En estos términos nos interrogamos sobre la crueldad de una pena o sobre la justificación de la eutanasia.

2.3 REVISIÓN DE LA CRÍTICA AL LIBERALISMO POLÍTICO

2.3.1 J. Finnis y R. P. George: prioridad de los bienes

En contraposición directa con los liberalismos de J. Rawls o R. Dworkin, el derecho natural contemporáneo parte de la naturaleza humana que es considerada como predeterminada objetivamente e indivisible en función de lo público y lo privado. La complejidad de la naturaleza humana consiste en que “somos animales, pero estamos dotados de racionalidad, y por tanto nuestro bien integral abarca el bienestar físico, pero también el intelectual, el moral y el espiritual”¹¹². Razón por la cual es absurdo definir al ser humano privilegiando el carácter meramente individual, pues “la amistad y la sociabilidad son aspectos constitutivos de nuestro desarrollo; creamos vínculos con los demás no solo con fines instrumentales, sino porque captamos la potencialidad inherente

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald (2007). *La justicia con toga* (tr. de M. I. Vila e I. Ortiz de Urbina Gimeno). Madrid: Marcial Pons, p. 136.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 140.

¹¹² GEORGE, Robert P. (2009). *Entre el derecho y la moral* (tr. de P. J. Izquierdo Franco). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p. 35.

de autorrealización que conlleva el interrogarnos en una amplia variedad de tipos formales e informales de asociación y comunidad”¹¹³.

Según los filósofos del derecho natural, lo innato a la naturaleza humana no son los derechos individuales como sostiene la filosofía política liberal sino más bien los bienes básicos de la humanidad. Para J. Finnis y R. P. George los derechos individuales son solamente instrumentales y se justifican en cuanto promueven los bienes básicos de la humanidad, bienes indispensables para la realización de cualquier ser humano en su integridad compleja en el contexto de cualquier comunidad política¹¹⁴. Estos bienes representan valores que no necesitan ser justificados por referencia al consenso racional de individuos ni requieren que se discuta su prioridad lexicográfica, sino que son “autoevidentes”¹¹⁵ y al mismo tiempo “inconmensurables”¹¹⁶ entre sí. La naturaleza incondicionada de los bienes exige del razonamiento práctico normas que dirijan la acción humana hacia su promoción y sancionen su sacrificio¹¹⁷.

Los teóricos del derecho natural sostienen que la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, el razonamiento práctico, la religión¹¹⁸, el trabajo y el matrimonio¹¹⁹ son dignos de ser elegidos, no simplemente por ser medios para otros fines, sino como fines en sí mismos que deberán incorporarse en los planes de vida de toda persona. Estos bienes básicos de la humanidad son dimensiones constitutivas del bienestar y de la autorrealización de las personas y de la comunidad que éstas integran, y por ende nos proporcionan los fundamentos racionales de los juicios morales, incluidos

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Cfr.* FINNIS, John (1996). *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press, pp. 81 - 85. En el mismo sentido, GEORGE, Robert P. (2009). *Op. cit.* (N. 112), pp. 37 - 41.

¹¹⁵ *Cfr.* FINNIS, John (1996). *Op. cit.* (N. 114), pp. 65 y 70: “En todo campo existen y deben existir, en algún punto o puntos, un fin para las operaciones de inferencia y derivación. En este punto o puntos nos encontramos frente a lo autoevidente (*self-evident*) que hace posible todas las subsecuentes inferencias en ese campo” (p. 70).

¹¹⁶ *Cfr. Ibid.*, p. 119.

¹¹⁷ *Cfr. Ibid.*, pp. 100 - 103.

¹¹⁸ *Cfr. Ibid.*, pp. 86 - 90

¹¹⁹ *Cfr.* GEORGE, Robert P. (2002). *Op. cit.* (N. 112) pp. 42 y 43.

los que se refieren a la justicia y a los derechos humanos¹²⁰. Por esta razón rechazan la idea liberal de que el valor supremo sea el de justicia como imparcialidad, expresada en un mínimo de derechos humanos universales.

Con esto el derecho natural rechaza el deontologismo de la moral liberal y postula una ética fundamentalmente teleológica. Los seguidores de la ley natural no creen en las normas morales puramente deontológicas, pues consideran que “el razonamiento práctico no versa solamente sobre lo ‘recto’ (*what is ‘right’*), sino también sobre lo ‘bueno’ (*what is ‘good’*), y que ambas cosas están relacionadas”¹²¹. El contenido del bien humano fundamenta las normas morales que rigen en el momento de juzgar una acción como “recta” o no; además, “estas normas son implicaciones de los primeros principios de la razón práctica, que nos dirigen hacia los aspectos básicos del bienestar o de la realización del ser humano y cuyo carácter prescriptivo integral se articula en el principio maestro de la moral y en sus convicciones”¹²².

Sostiene J. Finnis, contra J. Rawls y R. Dworkin, que respecto de los problemas de la justicia distributiva “la igualdad es un principio residual”¹²³, básicamente porque “el objetivo de la justicia no es la igualdad sino el bien común, el florecimiento de todos los miembros de la comunidad, y no hay razón para suponer que este florecimiento en lo absoluto será favorecido tratando idénticamente a todo individuo mediante la distribución de roles, oportunidades y recursos”¹²⁴. Desde esta perspectiva “no hay un criterio universalmente aplicable para resolver cuestiones de distribución”¹²⁵ sino múltiples criterios orientados a la mejor realización de cada uno de los bienes básicos de la humanidad en diferentes personas y comunidades, entre estos se incluyen: la necesidad concreta, la función en la comunidad, la capacidad personal, el mérito alcanzado, el

¹²⁰ *Cfr. Ibid.*, p. 43.

¹²¹ *Ibid.*, p. 52.

¹²² *Idem.*

¹²³ FINNIS, John (1996). *Op. cit.* (N. 114), p. 173.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 174.

¹²⁵ *Idem.*

riesgo asumido¹²⁶. Así, J. Rawls fallaría desde su punto de partida, pues define su concepción de la justicia como imparcial entre diferentes planes de vida y cuando en realidad debería comenzar por demostrar que su idea de la justicia resulta imparcial respecto de los bienes básicos de la humanidad¹²⁷.

Para los filósofos del derecho natural, las leyes positivas se derivan fundamentalmente de las costumbres concretas de cada comunidad, pero estas leyes humanas son imperfectas y solo obligan moralmente a los súbditos cuando no son contrarias al derecho natural y cuando son dadas por la autoridad política para promover el bien común¹²⁸. Con esta fundamentación se rechaza también la tesis liberal de la neutralidad del derecho positivo frente a las formas de vida. Como afirma R. P. George las leyes que debido a su injusticia menoscaban el bien común en lugar de servirlo carecen de esta cualidad central que proporciona su justificación moral al derecho, “carecen de la fuerza moral de derecho”^{129 130}.

En resumen, los filósofos del derecho natural, consideran que la moral es un orden objetivo de valores y que, por tanto, puede ser conocido por la razón humana que deriva de éste una serie de principios fundamentales que posteriormente son objeto de determinación en función a circunstancias concretas por la legislación positiva. En la medida que se parte de esta moral objetiva, se estará de acuerdo con las llamadas “leyes

¹²⁶ *Cfr. Ibid.*, pp. 174 y 175.

¹²⁷ *Cfr. Ibid.*, pp. 106, 108 y 109.

¹²⁸ *Cfr. GEORGE, Robert P. (2002). Op. cit. (N. 112), p. 54 y ss.* Aquí, a diferencia de lo sostiene el liberalismo político, todo el derecho positivo se funda en la consecución del bien común y, por tanto, resulta imposible concebir el derecho legislado o a la jurisprudencia como orientados a la protección de intereses de las minorías. Esto funciona así porque el bien común político se entiende “no como una especie de bien humano adicional paralelo a los demás, sino como la consecución de las condiciones en las que las personas pueden desarrollarse mediante la cooperación recíproca entre ciudadanos” (p. 54). En este sentido, existe un bien común porque: 1. Los bienes humanos básicos son aspectos del desarrollo de todos y cada uno de los integrantes de la familia humana; 2. Muchos de estos bienes solo pueden gozarse, o gozarse más plenamente, mediante la acción común para conseguirlos; y 3. La acción común en sí puede ser intrínsecamente valiosa, dado que los seres humanos son, en efecto, “animales políticos”, cuyo bien integral incluye dimensiones propiamente sociales (pp. 54 y 55)

¹²⁹ *Ibid.*, p. 64.

¹³⁰ Entonces las leyes injustas solamente obligan en conciencia según cada caso y en atención a razones puramente prudenciales, como el desorden o el menoscabo de la confianza en un sistema legal generalmente justo que pudiera generarse por desobedecer una ley injusta (*Cfr. Ibid.* p. 65).

de moral pública” y con el denominado “moralismo” o “perfeccionismo jurídico”¹³¹. Con lo cual se quiere decir que el Estado está autorizado para promulgar leyes que promuevan la moral pública y, además, si bien podrán existir leyes justas por referencia al orden que imponen, las leyes que expresamente fomenten el vicio serán consideradas leyes injustas¹³².

Ahora bien, contra el derecho natural postulado por J. Finnis y R. P. George se puede afirmar que resulta cuando menos inadecuada como teoría política para la democracia constitucional de una sociedad contemporánea, fundamentalmente porque la idea de una naturaleza humana, invariable y predeterminada, resulta cuando menos ingenua para un contexto de pluralismo valorativo en el que cada ciudadano tiene reconocido un derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad según patrones morales libremente elegidos.

Del mismo modo la idea de un catálogo de “bienes básicos humanos” que defiende el derecho natural se muestra como estática frente a los requerimientos cada vez más variables que plantean los ciudadanos a través de sus demandas por mayores ámbitos de libertad. En este sentido, la idea de que la realización de todo ser humano dependerá de que éste actualice en su vida un conjunto limitado de bienes básicos, entre los que se incluyen la “religión” o el “matrimonio”, resulta abiertamente contradictoria con el reconocimiento de nuevas categorías de derechos fundamentales propios de un estado laico como, por ejemplo, los derechos sexuales y reproductivos, la igualdad de género o las regulaciones de la bioética y el bioderecho.

Por otro lado, la idea de una moral objetiva “autoevidente” que no necesita ser demostrada y que tampoco requiere legitimarse a partir de ningún consenso resulta radicalmente contraria a las exigencias de la “razón pública” de las sociedades contemporáneas, en las que se espera que el uso del poder público se encuentre siempre

¹³¹ *Cfr. Ibid.*, p. 186.

¹³² *Cfr. Ibid.*, p. 65.

justificado argumentativamente frente a los ciudadanos (*Vid. Supra* 2.2.2.2). Sostener la existencia ontológica de alguna entidad sin aportar criterios para su conocimiento resulta en la exigencia de un acto de fe que resulta impuesto frente a un auditorio de lo más plural. Asimismo, ligar la idea de una moral autoevidente a la tesis según la cual el derecho puede promover modelos de moralidad conlleva a la imposición de los únicos modelos de vida que se tiene por virtuosos, vulnerando la autonomía de los ciudadanos para elegir sus propios fines (*Vid. Supra* 2.2.2.1).

En conclusión, sobre el derecho natural como una teoría política, es razonable afirmar que un intento de fundamentación de los asuntos constitucionales a nivel ontológico será quizá acertado para una sociedad tradicional poco evolucionada en la que existe un único *telos* vinculante, fundado en la idea de comunidad (*polis*) o en la revelación divina. Mientras que en el contexto contemporáneo, el método ontológico, como fundamentación del derecho, es antidemocrático y antiliberal, por ser contrario a la idea de una sociedad pluralista y secularizada que abandona la moral teleológica. En síntesis consideramos entonces que una interpretación del derecho desde el punto de vista ontológico resulta desfasada para el Estado Constitucional.

2.3.2 A. MacIntyre y M. Sandel: crítica del sujeto deontológico

Una segunda fuente de críticas para el liberalismo político puede encontrarse en la filosofía política llamada “comunitarista”¹³³, principalmente en las figuras de A. MacIntyre y M. Sandel. Este tipo de críticas básicamente apuntan en dos direcciones. La primera se opone a la concepción deontológica de la justicia en desmedro por la pregunta por la vida buena y las virtudes. Mientras que la segunda se dirige a demostrar que la concepción de la persona que asume el liberalismo es manifiestamente abstracta y por

¹³³ El término “comunitarista” puede no resultar del todo exacto en la medida que insinúa un cierto relativismo ético. Sin embargo, mediante esa denominación se ha venido designando, a partir de la década de los ochenta, los trabajos en filosofía política de autores como A. MacIntyre, Ch. Taylor, M. Walzer y M. Sandel.

tanto no sirve para el objetivo que es usada por J. Rawls, es decir para sacar conclusiones respecto de principios de justicia política.

Explica M. Sandel que ninguna teoría de la justicia y de los derechos puede ser moralmente neutral¹³⁴ sino que, por el contrario, cada vez que nos interrogamos por la política, lo hacemos por la mejor forma de vivir en comunidad y la respuesta será dada por un “yo situado” en una serie de instituciones y tradiciones¹³⁵. Por esta razón, por definición cualquier teoría sobre política lleva inmersa la afirmación de una forma de vida buena, por lo que en estos términos la neutralidad valorativa del “yo deontológico”¹³⁶ resulta imposible. Concretamente, la idea liberal de que la justicia debe ser neutral con respecto a las distintas concepciones de la vida buena corresponde a una concepción de la persona que “en sí misma carece de ataduras morales previas y escoge con libertad”¹³⁷ y, por lo tanto, está en directa oposición con muchas otras formas tradicionales de moralidad política.

Si entendemos como lo hace el liberalismo que “cada uno es en sí mismo libre e independiente y no está sujeto a ataduras morales que no haya escogido, no podremos dar sentido a una variedad de obligaciones morales y políticas que por lo común reconocemos e incluso apreciamos”¹³⁸. En este grupo se incluyen “las obligaciones de la solidaridad o la adscripción [que] nos plantean exigencias que no están relacionadas con una elección, sino que dimanan de razones ligadas a las narraciones con las que

¹³⁴ Cfr. SANDEL, Michael (2011). *Op. cit.* (N. 56), p. 245.

¹³⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 250 - 253. *Vid.*, también, MACINTYRE, Alasdair (2013). *Tras la virtud* (tr. de A. Valcárcel). Barcelona: Austral, p. 309: “En la *melange* conceptual del pensamiento y la práctica moral de hoy, todavía se encuentran fragmentos de la tradición, conceptos de virtud en su mayoría, además de los conceptos típicamente modernos e individualistas de derechos (...) pero la tradición sobrevive muchos menos fragmentada, mucho menos distorsionada en las vidas de ciertas comunidades cuyos lazos históricos con su pasado siguen siendo fuertes”

¹³⁶ Cfr. SANDEL, Michael (1982). *El liberalismo y los límites de la justicia* (tr. de M. L. Melón). Barcelona: Gedisa, pp. 31 - 42. El autor identifica el sujeto de la posición original de J. Rawls con la tradición del sujeto deontológico kantiano.

¹³⁷ SANDEL, Michael (2011). *Op. cit.* (N. 56), p. 248.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 250.

interpretamos nuestras vidas y las comunidades en que vivimos”¹³⁹. Esto quiere decir que existen complejas relaciones comunitarias que funcionan como “afectos ampliados”¹⁴⁰ y que en su forma más básica responden a los modelos de la amistad o la familia^{141 142}.

Esto sucede porque no podemos definirnos como un “yo deontológico” sin asumir como consecuencia “un alto costo para las lealtades y convicciones cuya fuerza moral reside en parte en el hecho de que en nuestra vida cumplirlas es inseparable de nuestra comprensión de nosotros mismos como las personas particulares que somos”¹⁴³, pues justamente “estas lealtades definen a la persona que soy”¹⁴⁴. El imaginar a una persona en tal condición no conduce a concebir un agente libre y racional sino a imaginar una persona sin profundidad moral¹⁴⁵. En este punto, M. Sandel coincide con A. MacIntyre cuando el último afirma respecto a la “concepción narrativa”¹⁴⁶ de persona que:

Todos nosotros nos relacionamos con nuestras circunstancias sociales en tanto que portadores de una identidad social concreta. Soy hijo o hija de alguien, primo o tío de alguien más, ciudadano de esta o aquella ciudad, miembro de este o aquel gremio o profesión; pertenezco a este clan, esta tribu, esta nación. De ahí que lo que sea bueno para mí deba ser bueno para quien habite esos papeles. Como tal, heredero del pasado de mi familia, mi ciudad, mi tribu, mi nación, una

¹³⁹ *Ibid.*, p. 273.

¹⁴⁰ SANDEL, Michael (1982). *Op. cit.* (N. 136), p. 221.

¹⁴¹ Sostiene el profesor de Harvard, criticando el modelo de “la posición original”, que “el ‘yo’ deontológico, despojado de todos los lazos constitutivos posibles, no es un ‘yo’ liberado sino un ‘yo’ privado de poder (...) ni lo justo ni lo bueno admiten la derivación voluntarista que requiere la deontología. Como agentes de construcción, no construimos realmente, y como agentes de elección, no elegimos realmente” (*Ibid.* p. 220). De esta afirmación se sigue que lo que realmente sucede detrás del velo de la ignorancia “no es un contrato o un acuerdo sino un tipo de descubrimiento; y lo que sucede en la ‘elección puramente preferente’ no es tanto una elección de fines como una correlación entre deseos preexistentes, no diferenciados en cuanto a su valor, y los mejores medios posibles para satisfacerlos” (*Idem.*).

¹⁴² Casi en los mismos términos, A. MacIntyre afirma que en la construcción teórica de J. Rawls “la identificación del interés del individuo es previa e independiente a la construcción de cualquier lazo moral o social entre individuos. Pero (...) la noción de mérito solo tiene sentido en el contexto de una comunidad cuyo vínculo primordial sea un entendimiento común, tanto del bien del hombre como del bien de esa comunidad”. MACINTYRE, Alasdair (2013). *Op. cit.* (N. 135), p. 307.

¹⁴³ SANDEL, Michael (1982). *Op. cit.* (N. 136), p. 222.

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ *Vid.* MACINTYRE, Alasdair (2013). *Op. cit.* (N. 135), pp. 268 - 270: “El concepto narrativo del yo requiere dos cosas. De un lado, soy aquello por lo que justificadamente me tengan los demás en el transcurso de una historia que va desde mi nacimiento hasta mi muerte; soy el tema de una historia que es la mía propia y la de nadie más, que tiene su propio y peculiar significado” (p. 268) y “el otro aspecto del yo narrativo está emparentado con (...) [que] soy también alguien que puede siempre pedir cuentas a los demás, que puede poner a los demás en cuestión. Soy parte de sus historias, como ellos son parte de la mía. El relato de la vida de cualquiera es parte de un conjunto de relatos interconectados” (p. 269).

variedad de deberes, herencias, expectativas correctas y obligaciones. Ellas constituyen los datos previos de mi vida, mi punto de partida moral. Confieren en parte a mi vida su propia particularidad moral^{147 148}.

En resumen, tal como sintetiza M. Sandel, asumir los postulados teóricos del liberalismo, como la neutralidad estatal, el yo desarraigado y los derechos como triunfos, desemboca en dos tipos principales de problemas prácticos para la práctica constitucional. Primero, “intentar ser neutral entre concepciones contrapuestas de la moral o religión a menudo descansa en respuestas implícitas derivadas de lo que se coloca entre paréntesis en la discusión, como ilustra el ejemplo del aborto”¹⁴⁹. Segundo, “concibiendo a las personas como libres de elección, individuos independientes probablemente fallarán en el respeto a personas arraigadas en convicciones o circunstancias que no admiten la independencia que la imagen liberal del yo exige”¹⁵⁰.

El primer problema indicado se basa en que desde la perspectiva comunitarista muchas de las demandas liberales resultan moralmente controvertidas e inclusive abiertamente contrarias a doctrinas morales tradicionales o basadas en la religión. Entonces cuando, siguiendo la tesis liberal de la neutralidad estatal, se excluye la discusión sobre la moralidad de la despenalización del aborto, la eutanasia, el consumo de drogas o la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, se está implícitamente imponiendo una forma de vida buena: la moral liberal¹⁵¹. Entonces, el

¹⁴⁷ MACINTYRE, Alasdair (2013). *Op. cit.* (N. 135), p. 271.

¹⁴⁸ Aquí se hace evidente la gran contradicción entre la concepción deontológica del liberalismo y la concepción teleológica del comunitarismo. Desde la segunda postura cada quien ha nacido con un pasado, e intentar desgajarse de ese pasado a la manera individualista es deformar sus relaciones presentes. Sobre este aspecto A. MacIntyre pone de relieve que “vivimos nuestras vidas, individualmente y en nuestras relaciones con los demás, a la luz de ciertos conceptos de futuro posible compartido, un futuro en que algunas posibilidades nos atraen y otras nos repelen, algunas parecen ya imposibles y otras quizá inevitables. No hay presente que no esté informado por alguna imagen de futuro, y ésta siempre se presenta en forma de *telos* –o de una multiplicidad de fines o metas- hacia el que avanzamos o fracasamos en avanzar durante el presente” (*Ibid.* p. 266).

¹⁴⁹ SANDEL, Michael (1996). *Democracy's discontent: America in search of a public philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, p. 116.

¹⁵⁰ *Idem.*

¹⁵¹ *Cfr. Idem.* También, MACINTYRE, Alasdair (2013). *Op. cit.* (N. 135). Contra R. Dworkin, el filósofo comunitarista rechaza el rol particularmente activo que asignan los liberales a la revisión judicial: “la única función del Tribunal Supremo debe ser la de mantener la paz entre grupos sociales rivales que apoyan principios de justicia rivales e incompatibles” (p. 311).

aparentemente imparcial razonamiento que consiste en “colocar entre paréntesis una particular controversia moral o religiosa puede depender de una respuesta implícita a la controversia que se busca aislar. En el caso del aborto, por ejemplo, mientras más seguros estemos de que el feto es, en el sentido moralmente relevante, diferente a un recién nacido, más seguros podemos estar de colocar entre paréntesis para propósitos políticos el interrogante sobre el estatuto moral del feto”¹⁵².

El segundo problema consiste en denunciar que en el marco de una asociación política liberal no es posible una verdadera tolerancia de las otras formas de vida. El liberalismo político, “dada su aspiración hacia la neutralidad, coloca entre paréntesis el valor de las prácticas que tolera [y con] su concepción del yo, busca respeto por las personas sin alcanzar respeto por las convicciones que ellas defienden o por las vidas que ellas viven [entonces] la tolerancia resultante no cultiva aprecio por las formas de vida que acepta, sino solamente respeto por los individuos de cuyas vidas se trata”¹⁵³. Entonces “decidir sobre importantes cuestiones públicas pretendiendo una neutralidad inasequible es una receta para el resentimiento y las reacciones viscerales en sentido contrario. Una política liberal vaciada de un compromiso moral sustantivo conduciría a una “vida civil empobrecida”¹⁵⁴.

Ahora bien, contra el comunitarismo se debe afirmar que lo observado por M. Sandel y A. MacIntyre respecto de que el liberalismo no constituye una teoría valorativamente neutral no resulta del todo novedoso, pues como se ha explicado el liberalismo político indudablemente descansa en una concepción de lo bueno, o de lo que es socialmente bueno, según la cual la autonomía de los individuos para elegir y materializar proyectos y estilos de vida es intrínsecamente valiosa. Sin embargo esta concepción de lo bueno asumida por el liberalismo representa lo mínimo requerido para

¹⁵² SANDEL, Michael (1996). *Op. cit.* (N. 149), p. 100.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 116.

¹⁵⁴ SANDEL, Michael (2011). *Op. cit.* (N. 56), pp. 275 y 276.

la construcción de una concepción política de la justicia como imparcialidad¹⁵⁵. Es decir la defensa del liberalismo no supone un relativismo moral indiferente frente a lo bueno sino más bien la defensa del valor de la libertad e igualdad humanas como garantía para que cada ciudadano pueda estar en capacidad de perseguir una completa teoría de lo bueno para todos los demás ámbitos de su vida (*Vid. Supra* 2.2.3.1).

Por otro lado, la crítica del sujeto deontológico practicada por M. Sandel resulta errada si se considera el plano de la teoría contra el cual se dirige. Sobre este particular, debe anotarse que la concepción de la persona en la posición original representa en el liberalismo político solamente una estrategia de fundamentación para los principios de justicia que serán seleccionados en función de los elementos de una sociedad como esquema de cooperación justo (*Vid. Supra* 2.2.2.2). Es decir esta idea del “yo deontológico” es un recurso metodológico por el cual se intenta colocar a las diversas personas que pudieran integrar una sociedad plural en un plano de igualdad que asegure la equidad de los principios de justicia que acuerden. Por otro lado cabe también recordar que la sociedad a la que aspira el liberalismo político no es una sociedad de seres egoístas como parece suponer el comunitarismo sino una sociedad de ciudadanos razonables que son capaces de llegar a consensos sobre los asuntos constitucionales (*Vid. Supra* 2.2.2.1).

Consideramos que la tesis comunitarista de A. MacIntyre es valiosa pues pone de relieve que cada persona obedece a un largo proceso de socialización en el que gran parte de su identidad se ha construido en función de pertenencia grupos y que en esta medida ha incorporado en su razonamiento una concepción de la vida buena y de las virtudes necesarias que hace falta practicar para alcanzarla. Sin embargo, esta posición no hará sino constatar el “pluralismo” como punto de partida del liberalismo (*Vid. Supra* 2.2.1) sin proponer un mejor tratamiento de esta fragmentación cultural en el seno de un Estado Constitucional. Por el contrario, el liberalismo político con la distinción entre las

¹⁵⁵ *Cfr.* RAWLS, John (2012b). “Unidad social y bienes primarios” (tr. de M. A. Rodilla) en *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*. 3ª. Ed. Madrid: Tecnos, pp. 263 – 289.

doctrinas comprensivas y la concepción política de la justicia (*Vid. Supra* 2.2.3.1) presenta una solución pragmática a la situación del pluralismo que de otro modo podría conducir a un relativismo extremo que haría inviable la articulación de una política común. En este punto consideramos que el “consenso traslapado” (*Vid. Supra* 2.2.4.1.2) constituye un argumento original para explicar cómo resulta posible el consenso sobre las principales cuestiones constitucionales aun en un contexto dominado por muy diversas concepciones del bien.

2.3.3 J. Waldron y Ch. Mouffe: democracia como desacuerdo

Las críticas para el liberalismo igualitario también han provenido con notable fuerza de teóricos ligados a las concepciones democráticas de la política, como ejemplo se pueden revisar los desarrollos teóricos de J. Waldron y Ch. Mouffe. Estos autores consideran que el rasgo más distintivo de la política, el que la distingue de la justicia, es que su punto de partida o su condición necesaria es el hecho de los desacuerdos irreductibles. Sobre este punto J. Waldron dirá que los desacuerdos son parte de las “circunstancias de lo político”, es decir, de manera paralela al uso que J. Rawls hace de las “circunstancias de la justicia”, identifica en los desacuerdos la condición de posibilidad para la existencia de lo político como un ámbito de decisiones con autonomía de la deliberación moral¹⁵⁶.

Desde este punto de vista la concepción liberal será vista en el mejor de los casos como ingenua, fundamentalmente porque el pluralismo de doctrinas religiosas, filosóficas y morales comprensivas no es el único pluralismo con el que nos enfrentamos en una sociedad democrática contemporánea, también debemos hacerlo con los desacuerdos sobre la justicia y los derechos. Quizá la filosofía política también debería ser compatible

¹⁵⁶ *Cfr.* WALDRON, Jeremy (2005). *Op. cit.* (N. 67), pp. 123 y 124.

con esta circunstancia y no excluir la posibilidad del pluralismo también en el ámbito de la justicia^{157 158}. Incide este autor:

¿Sobre qué razonaríamos o argumentaríamos (o votaríamos) en una sociedad democrática si no discrepáramos acerca de la justicia? Si, sin embargo, existen desacuerdos sobre la justicia, y las personas hacen uso adecuado de la razón pública para articularlos y resolverlos, parecería grosero negar que este desacuerdo sea razonable, por lo menos en principio¹⁵⁹.

En el mismo sentido opina Ch. Mouffe cuando resalta la naturaleza paradigmáticamente conflictiva de la política y denuncia que la aspiración irreal de “un mundo en el cual se haya superado la discriminación nosotros/ellos, se basa en premisas erróneas, y aquellos que comparten tal visión están destinados a perder de vista la verdadera tarea que enfrenta la política democrática”¹⁶⁰. Explica la profesora de la Universidad de Londres que “en lugar de intentar diseñar instituciones que, mediante procedimientos supuestamente ‘imparciales’, reconciliarían todos los intereses y valores en conflicto, la tarea de los teóricos y políticos democráticos debería consistir en promover la creación de una esfera pública vibrante de lucha ‘agonista’, donde puedan confrontarse diferentes proyectos políticos hegemónicos [porque] esta es (...) la condición *sine qua non* para un ejercicio efectivo de la democracia”¹⁶¹.

Por el contrario, en la filosofía política liberal contemporánea lo político se expresaría en un registro moral. En otras palabras, “aún consiste en una discriminación nosotros/ellos, pero el nosotros/ellos, en lugar de ser definido mediante categorías políticas, se establece ahora en términos morales”¹⁶². Entonces, “en lugar de ser construida en términos políticos, la oposición ‘nosotros/ellos’, constitutiva de la política,

¹⁵⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 188.

¹⁵⁸ En este sentido, ironiza J. Waldron al sostener que, en defensa del liberalismo político de J. Rawls, habría que decir que se trata de “un enfoque que caracteriza la sociedad bien ordenada solo en términos de los principios de la justicia que considera correctos, sin prestar atención al conflicto que se da entre ellos y los que considera sus rivales profundamente equivocados” (*Ibid.*, p. 189). Con esto el filósofo liberal solamente “reivindica la verdad de su teoría y la falsedad de cualquier teoría que la contradiga” (*Ídem.*).

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 182

¹⁶⁰ MOUFFE, Chantal (2007). *En torno a lo político* (tr. de S. Laclau). México: FCE, p. 10.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 11

¹⁶² *Ibid.*, pp. 12 y 13

se construye ahora según las categorías morales del ‘bien’ versus ‘mal’¹⁶³. Ch. Mouffe considera que el riesgo de asumir este punto de vista teórico será que “toda oposición es automáticamente considerada como un símbolo de irracionalidad y retraso moral, y como ilegítima. La implicación es obviamente que todas las sociedades deberían adoptar instituciones democráticas liberales, que son la única manera legítima de organizar la coexistencia humana”¹⁶⁴.

El consenso es, sin duda, necesario, pero debe estar acompañado por el disenso democrático. “El consenso es necesario en las instituciones constitutivas de la democracia y en los valores ‘ético políticos’ que inspiran la asociación política –libertad e igualdad para todos-, pero siempre existirá desacuerdo en lo referente a su sentido y al modo en que deberían ser implementados”¹⁶⁵. En una democracia respetuosa del pluralismo sobre lo político tales desacuerdos no solo son legítimos sino también necesarios porque “proporcionan la materia de la política democrática”¹⁶⁶. En un contexto democrático el pluralismo de las opciones en conflicto no debe restringirse con fundamento en “la racionalidad y la moralidad” como sostiene J. Rawls, sino en “el trazado de una frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo” que “constituye siempre una decisión política, y debería por lo tanto presentarse a la discusión”^{167 168}.

Tanto Ch. Mouffe como J. Waldron identifican como un segundo aspecto sustancial de lo político, además de los desacuerdos iniciales, la necesidad de que una decisión sea tomada en un tiempo limitado. Todo debate político debe terminar en una decisión, esta es una regla que diferencia la deliberación política de la puramente filosófica. Así pues, “implicarse en política es suscribir principios procedimentales (por

¹⁶³ *Ibid.*, p. 81

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 91

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 38.

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 129

¹⁶⁸ En el mismo sentido expresa J. Waldron que a fin de comenzar a reflexionar sobre política “deben existir límites al espacio lógico que ocupan mis propias opiniones sustantivas, y debo estar dispuesto, al menos parte del tiempo, a considerar mis propias convicciones inflexibles sobre la justicia solo como un conjunto entre otras”. WALDRON, Jeremy (2005). *Op. cit.* (N. 67), p. 190.

ejemplo, la decisión mayoritaria) que puedan producir resultados que contradigan mis propias convicciones sustantivas [mediante] resultados que mis propias convicciones sustantivas condenarían”¹⁶⁹. Es justamente esta naturaleza de lo político lo que no puede ser comprendido por el racionalismo liberal, por la sencilla razón que “al destacar el momento ineludible de la decisión –en el sentido profundo de tener que decidir en un terreno indecidible-, lo que el antagonismo revela es el límite mismo de todo consenso racional”¹⁷⁰.

Coherentemente con sus posiciones democráticas, para autores como J. Waldron y Ch. Mouffe, la participación política reunirá mayor importancia que la igual libertad, por ser el primero un derecho cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen. En tal sentido, el derecho a la participación política puede ser considerado como el derecho de los derechos porque, en definitiva, la participación y la decisión mayoritarias se muestran como las únicas herramientas que, en las circunstancias de la política, resultan consistentes como la idea de que todas las personas son fundamentalmente iguales¹⁷¹.

Ahora bien, la principal deficiencia que encontramos en la teoría de J. Waldron se halla en asumir de manera acrítica que los parlamentos reúnen siempre toda la legitimidad que podríamos predicar del pueblo participando directamente, olvidando que la mayoría de parlamentos reales no garantizan realmente la representación para todos los ciudadanos. Esto es así fundamentalmente porque en un contexto de pluralismo ya se ha perdido la idea del “demos homogéneo” que resulta necesaria para que las decisiones

¹⁶⁹ Cfr. *Ibid.*, pp.190 y 191. Para Jeremy Waldron “cuando afirmamos que un punto de vista que creemos incorrecto debe prevalecer por motivos políticos, no lo estamos considerando en términos de su importancia o prioridad intrínsecas, sino a la luz de las circunstancias básicas de la política, que hacen que incluso en aquellas cuestiones que juzgamos más importantes necesitemos alcanzar una decisión común a pesar de la existencia de desacuerdos sobre cuál debería ser” (p. 191).

¹⁷⁰ MOUFFE, Chantal (2007). *Op. cit.* (N. 160), pp. 18 y 19.

¹⁷¹ Cfr. GARGARELLA, Roberto y José Luis MARTÍ (2005). “La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos” [estudio preliminar] en WALDRON, Jeremy (2005). *Op. cit.* (N. 67), p. XXIII.

mayoritarias del parlamento gocen de una legitimidad cercana al óptimo simplemente por ser la decisión con el mayor número de votos. Es decir en un contexto de democracia pluralista la regla de la mayoría termina siendo insuficiente como método para la toma de decisiones porque implicará siempre la exclusión de las aspiraciones de las minorías. Razón por la cual resulta acertada la inclusión de principios de justicia distributiva (*Vid. Supra* 2.3.4.1.1) mediante la garantía de derechos individuales que aspiren a la igual libertad e igualdad de oportunidades para los ciudadanos.

Por otro lado, considero que la denuncia que hace Ch. Mouffe de los límites morales que impone el liberalismo a la democracia no hace sino constatar el lugar del constitucionalismo en el Estado Constitucional y Democrático (*Vid. Supra* 2.1). Como sabemos el constitucionalismo contemporáneo efectivamente incorpora una fuerte carga valorativa a través de los derechos fundamentales y estos encuentran su justificación no precisamente en la tradición de la soberanía popular. Asimismo la posición de la “democracia radical” resulta inestable pues desde esta perspectiva se podrían cuestionar inclusive la misma validez del modelo democrático. Consideramos que es acertada la incorporación de mínimos morales en la política a partir de la idea de un consenso “razonable” (*Vid. Supra* 2.2.4.1.2.).

2.3.4 R. Bellamy y Ph. Pettit: tiranía de la justicia judicial

El republicanismo como teoría política resulta crítico del liberalismo en diversos aspectos fundamentales. En principio, para el republicanismo el liberalismo parte del grave error de concebir la autonomía individual como “libertad negativa” es decir como ausencia de interferencia exterior, cuando lo fundamental de la libertad política es el conferir un estatuto de “no dominación” para los ciudadanos. Coinciden R. Bellamy y Ph. Pettit sobre este punto de partida al considerar que “es constitutivo de dominación el hecho de que, en algún respecto, quien detenta poder tiene capacidad para interferir

arbitrariamente, aun si nunca va a ejercerla. Este hecho significa que la víctima del poder actúa en el área relevante con la venia, explícita o implícita, del detentador del poder; significa que está a merced de esta persona, que está en la posición de un dependiente (...) se sigue de aquí que la víctima del poder no puede disfrutar del estatus psicológico de un paraigual¹⁷². Para los autores republicanos la libertad que corresponde a los ciudadanos es siempre una libertad política y no una libertad natural.

Este estatuto de igual autonomía política para cada ciudadano representa el ideal de bien público al que debe aspirar todo Estado republicano mediante el establecimiento de instituciones políticas no manipulables¹⁷³. Entre estas instituciones, la principal es un sistema de buenas leyes, por lo que la primera condición que un sistema político no-manipulable tendrá que satisfacer es la de constituir “un imperio de la ley y no de los hombres”^{174 175}. La idea es que, partiendo del supuesto de que la acción del gobierno es necesaria, esa acción debería operar a través de decisiones legaliformes, en particular, a través de decisiones que respeten las restricciones del imperio de la ley, es decir a través de medidas que no sean ni *ad hoc* ni *ex post*¹⁷⁶. Entonces, bajo estas condiciones el derecho legislado no representa por sí mismo una forma de dominación sino que es un instrumento para el bien público¹⁷⁷.

¹⁷² PETTIT, Philip (1999). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (tr. de T. Doménech). Barcelona: Paidós, p. 92. El filósofo australiano sostiene que “la no-dominación es el estatus ligado al papel cívico del *liber: libertas es civitas*, según el modo romano de expresar la idea; la libertad es cívica, no es la libertad natural de la jerga dieciochesca. Es un ideal social, cuya realización presupone la presencia de un buen número de agentes que interactúan” (*Ibid.*, p. 95).

¹⁷³ *Cfr. Ibid.*, p. 227.

¹⁷⁴ *Cfr. Ibid.*, p. 228: “el imperio de la ley tiene que ver con el lugar y el contenido de la leyes; pero además se deberán satisfacer dos condiciones más: la condición de dispersión del poder, ligada al funcionamiento cotidiano de esas leyes; y la condición contramayoritaria ligada con los modos de alterar legítimamente las leyes (...)”.

¹⁷⁵ Formalmente, estas leyes deben respetar el criterio de generalidad, como garantía de que no han sido creadas para responder a intereses privados sino para servir al bien público. Un segundo aspecto de la condición del imperio de la ley prescribe que, cuando el gobierno pueda elegir entre actuar con base legal - esto es, legislando sobre el asunto en cuestión- y actuar de manera más particularista, siempre tiene que preferir lo primero.

¹⁷⁶ *Cfr. Ibid.*, p. 229.

¹⁷⁷ *Cfr. Ibid.*, p. 95.

Compartiendo también estas consideraciones sobre la libertad política y el derecho legislado, el profesor R. Bellamy ha desarrollado toda una teoría del constitucionalismo republicano, al que ha denominado “constitucionalismo político” como radicalmente opuesto al “constitucionalismo jurídico”¹⁷⁸. Identificando esta segunda vertiente de constitucionalismo con la defensa de los derechos individuales, tesis que este autor adjudica a los escritos más relevantes de J. Rawls y R. Dworkin¹⁷⁹. Concretamente, de entre las tesis del constitucionalismo jurídico, a la que mayores críticas ha dedicado R. Bellamy es a la idea de que el control de constitucionalidad –que ejercen los magistrados– es el necesario complemento de la democracia liberal. Muy por el contrario este autor considera que el control judicial de constitucionalidad es el que viene minando la democracia al establecer muchas veces disposiciones contramayoritarias que privilegian a ciertas minorías al tiempo que limitan al máximo la posibilidad del debate público¹⁸⁰.

Para R. Bellamy la “cultura de los derechos” que entraña el liberalismo político resulta intrínsecamente negativa, fundamentalmente por dos razones. La primera razón consiste en que la absolutización de los derechos individuales erosiona el carácter público de la ciudadanía a causa de su “hiperindividualismo” que trae consigo un “silencio con respecto a las responsabilidades personales, cívicas y colectivas”¹⁸¹. En este sentido, el lenguaje de los derechos sería el “lenguaje del no compromiso” respecto de la comunidad política¹⁸². La segunda razón, tiene que ver con que los derechos, entendidos como principios, cuando son interpretados judicialmente en base a una ideología progresista son una “fuente de dominación” pues en estas condiciones “toda decisión será polémica

¹⁷⁸ Cfr. BELLAMY, Richard (2010). *Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia* (tr. de J. Urdánaz Ganuza y S. Gallego Aldaz). Madrid: Marcial Pons. Consideramos adecuado apartarnos de la expresión “constitucionalismo legal” utilizada por los traductores y preferimos emplear “constitucionalismo jurídico”, pues en español “legal”, a diferencia de lo que sucede en inglés, se identifica exclusivamente con la legislación y excluye precisamente la práctica judicial que es la caracterizaría según R. Bellamy al “legal constitutionalism”.

¹⁷⁹ Cfr. *Ibid.*, Cap. 1.

¹⁸⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 43 – 45.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 65

¹⁸² *Idem.*

y afectará a un gran número de personas que no estarán de acuerdo”¹⁸³ con la posición de un grupo de jueces que “no es representativo de la opinión popular ni directamente responsable ante la misma”¹⁸⁴.

En resumen, la propuesta de los autores republicanos y particularmente la del “constitucionalismo político” que defiende el profesor R. Bellamy sería más bien aquella que constata la existencia de un desacuerdo razonable entre las distintas concepciones de justicia en el seno de la comunidad política¹⁸⁵ y que, por tanto, los procesos democráticos de producción legislativa constituyen un mejor mecanismo para la deliberación pública y la toma de decisiones legítimas que preserven la igual libertad política de cada ciudadano. En este particular sentido, la Constitución más que ser la fuente de respuestas predeterminadas a todas nuestras controversias sobre la justicia debe tomarse como el marco que permita a los ciudadanos solucionar los problemas por medio de las instituciones de representación política.

Ahora bien, considero que la primacía del derecho legislado, defendida por el republicanismo como la principal exigencia institucional destinada a excluir la arbitrariedad frente a la irracionalidad, por ejemplo, de las decisiones judiciales, resulta cuando menos exagerada. Desde nuestro punto de vista, en la tesis de Ph. Pettit, no queda claramente explicado por qué si de lo que se trata es de garantizar que cada ciudadano alcance un estatuto de no dominación desde el cual pueda tratar a los demás como “paraiguales” las decisiones de los jueces no puedan contribuir justamente a

¹⁸³ *Ibid.*, p. 67

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 68

¹⁸⁵ *Cfr. Ibid.*, pp. 118 - 124. Afirma R. Bellamy que “J. Rawls subestima estos procesos de lucha política porque asume que la única opción posible en la posición original habría de ser favorable a sus principios de justicia y que éstos proporcionan todo lo necesario para mitigar nuestros desacuerdos”. En este sentido, —continúa el mismo autor— “al interior de democracias bien ordenadas y estables el desacuerdo no podría ser sobre diferentes concepciones de la justicia política, sino solo sobre diferentes interpretaciones de sus dos principios” (p. 124).

mejorar la situación de igualdad de las minorías que no obtengan una adecuada representación en el parlamento¹⁸⁶.

Respecto al constitucionalismo republicano de R. Bellamy, considero que no es cierto que la moral de los derechos individuales erosione el carácter público de la ciudadanía; por el contrario el “lenguaje de los derechos” resulta una herramienta poderosa para que los grupos de ciudadanos puedan argumentar sus demandas en el ámbito público frente al parlamento o a los tribunales de justicia (*Vid. Supra* 2.2.3.2.). Contra la preponderancia del rol del parlamento en la formulación de la política democrática, cabe aquí repetir la crítica, formulada a la tesis de J. Waldron, según la cual en un contexto de democracia pluralista la regla de la mayoría termina siendo insuficiente como método para la toma de decisiones porque implicará siempre la exclusión de las aspiraciones de las minorías.

Por otro lado, frente a la denuncia de R. Bellamy respecto a que cuando los jueces interpretan los derechos fundamentales desde la perspectiva liberal no hacen sino convertirse en fuente de dominación para quienes no comparten estas decisiones, puede afirmarse que en cuanto la labor de los jueces sea conciliable con la concepción política de la justicia operarán precisamente como anotara R. Dworkin, es decir como triunfos políticos en manos de los individuos que les proporcionan un “poder de veto” excluyendo objetivos de las mayorías que los vulneran (*Vid. Supra* 2.2.4.2.2.). Razón por la cual el tribunal supremo de un estado cuando examina la constitucionalidad de una ley realiza, al igual que el parlamento, también una función política.

¹⁸⁶ Conviene aquí aclarar que en buena medida la vertiente del republicanismo de izquierda defendida por Ph. Pettit no es del todo contraria a las principales causas liberales; sin embargo, es el punto de partida de la “libertad como no dominación”, el que desde nuestra perspectiva resulta contrario a la forma y al contenido jurídico de la libertad individual como derecho más básico.

2.4 LIBERALISMO POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN

En este punto me interesa argumentar a favor de la tesis según la cual la Constitución peruana de 1993 incorpora valores como conceptos abstractos que permiten entenderla como una constitución liberal, en el sentido del liberalismo político que hemos expuesto a partir de las ideas de autores como J. Rawls y R. Dworkin. Con lo anterior no se quiere afirmar que la Constitución como producto histórico sea fruto de la filosofía política del liberalismo de corte igualitario, afirmación que, por cierto, sería cuando menos ilusa. Nuestro objetivo se limita a afirmar ciertos elementos constitucionales que hagan posible la interpretación de la Constitución a partir de la concepción liberal de la política. En este sentido, se suscribe la tesis liberal en base a la cual la Constitución no es el producto de la interpretación literal u originalista de lo que contenga su texto, sino el producto de la interpretación a partir de los valores de una concepción política. Entonces, en adelante Identificaremos los elementos normativos contenidos en la Constitución de 1993 que hacen del liberalismo político la teoría más adecuada para la descripción de la moral política sustantiva de la Constitución y para la interpretación del texto constitucional.

Así pues los elementos normativos contenidos en la Constitución que apoyan nuestra tesis son los siguientes:

a) Principio de dignidad humana:

El primer artículo del texto constitucional expresa que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Esto quiere decir que la dignidad humana funciona como “sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo”¹⁸⁷ que se constituye en “un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar,

¹⁸⁷ STC Exp. N°. 02273-2005-HC de fecha 20.04.2006, FJ 7.

defender y promover”¹⁸⁸. Respecto al principio de dignidad, como fundamento valorativo de los derechos, el Tribunal Constitucional afirma que éste “irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada”¹⁸⁹. Particularmente, esta afirmación implica el reconocimiento y garantía de algunos derechos sociales básicos que no pueden entenderse solo como meras declaraciones programáticas¹⁹⁰.

b) Libre desarrollo de la personalidad:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se halla reconocido en el artículo 2º inciso 1 de la Constitución y otorga reconocimiento jurídico al principio de autonomía del ser humano a través de una clausula general de libertad que se opone al perfeccionismo y al paternalismo estatal. En este sentido afirma el Tribunal Constitucional que “el respeto por la libertad natural del ser humano, debe ser el fundamento principal de todo sistema jurídico, de forma tal que el Estado debe proteger ese espacio amplio y esencial de autonomía moral, a menos que, al ejercerse, se afecte el respectivo ámbito de libertad de otro ser humano”¹⁹¹. Por esta razón, en el Estado Constitucional, la libertad natural se traduce en una libertad jurídica protegida constitucionalmente, de forma tal que toda limitación debe encontrarse constitucionalmente justificada¹⁹².

¹⁸⁸ STC Exp. N°. 00010-2002-AI de fecha 03.01.2003, FJ 218.

¹⁸⁹ STC Exp. N°. 02945-2003-AA de fecha 20.04.2004, FJ 19.

¹⁹⁰ *Cfr.* STC Exp. N°. 02945-2003-AA de fecha 20.04.2004: “el Estado peruano (...) presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, en el cual se requiere la configuración de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos, y la identificación del Estado con los fines de su contenido social” (FJ 8). “Este mínimo vital busca garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre” (FJ 9).

¹⁹¹ STC Exp. N°. 00032-2010-PI de fecha 19.07.2011, FJ 18.

¹⁹² *Cfr.* STC Exp. N°. 00032-2010-PI de fecha 19.07.2011, FJ 19.

c) Igualdad ante la ley y no discriminación:

La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º inciso 2 de la Constitución, de acuerdo al cual toda persona tiene derecho “a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Sin embargo, contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratada del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación¹⁹³. En el ámbito constitucional el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley¹⁹⁴. Sin embargo la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio que justifica un tratamiento diferenciado en el goce de los derechos¹⁹⁵.

d) Libertad de conciencia y libertad de religión:

La Constitución política en su artículo 2º inciso 3 norma que toda persona tiene derecho “a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas y creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”. En este aspecto, a diferencia de los Estados confesionales sustentados en una determinada religión, el modelo peruano no opta por dicha variante, sino que “nuestro Estado se encuentra formalmente separado

¹⁹³ Cfr. STC Exp. N°. 02974-2010-PA de fecha 24.10.2011, FJ 5.

¹⁹⁴ Cfr. STC Exp. N°. 02974-2010-PA de fecha 24.10.2011, FJ 6. La primera faceta quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma. La segunda faceta implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

¹⁹⁵ Cfr. STC Exp. N°. 02974-2010-PA de fecha 24.10.2011, FJ 7 y 8. La igualdad, como principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una “discriminación”, pues no se proscribía la “diferenciación” de trato justificada en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable.

de toda confesión religiosa, y por lo tanto, no proclama como oficial religión alguna, consagrando, en el citado artículo 50° de la Constitución, el principio de laicidad del Estado, conforme al cual el Estado declara su independencia y autonomía respecto de cualquier confesión religiosa¹⁹⁶.

e) Libertad de información y libertad de expresión:

Si bien la Constitución señala, en su artículo 2°, inciso 4, la existencia de las libertades de “información, opinión, expresión y difusión del pensamiento”, a partir de la interpretación del Tribunal Constitucional, existen solamente dos derechos fundamentales en juego: a la expresión y a la información¹⁹⁷. Ambos derechos fundamentales, como libertades informativas, juegan un rol fundamental en la formación de una opinión pública democrática sin “censura previa”¹⁹⁸.

f) Cláusula de protección de nuevos derechos:

La Constitución recoge en su artículo 3° una cláusula abierta para el reconocimiento de nuevos derechos por la cual se reconoce como derechos fundamentales no solamente a aquellos que el texto constitucional enumera expresamente sino también a “otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Cfr. STC Exp. N°. 06111-2009-PA de fecha 07.03.2011, FJ 24 y ss. “Se trata de un Estado típicamente laico o aconfesional, en que si bien se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular (FJ 24). Según el principio de laicidad, “el Estado se autodefine como (...) radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos” (FJ 25).

¹⁹⁷ Cfr. STC Exp. N°. 10034-2005-PA de fecha 26.03.2007, FJ 16. El derecho a la opinión solo es el bien jurídico tutelado de la expresión; y el derecho a la difusión del pensamiento, un grado superlativo de la libertad de expresión. Respecto a la información, ésta se refiere a la capacidad de emitir y recibir las noticias veraces, completas y asequibles. Respecto a la expresión, esta se refiere a la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor que, en tanto son opinables, requieren un carácter básico de congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente.

¹⁹⁸ Cfr. STC Exp. N°. 00905-2001-AA de fecha 14.08.2002, FJ 13 - 15. Se ha enfatizado que el contenido de la libertad de expresión no puede estar sometido a un “test de veracidad” a causa de su carácter subjetivo y tampoco puede ser objeto de “censura previa”.

¹⁹⁹ Cfr. STC Exp. N°. 02488-2002-HC de fecha 18.03.2004, FJ 12 - 15 -sobre el derecho fundamental a la verdad- y STC Exp. N°. 06534-2006-PA de fecha 15.11.2007, FJ 15 - 17 -sobre el derecho fundamental al agua-.

g) Principio de legalidad penal:

El principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 2º, inciso 24, literal d de la Constitución y garantiza que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”²⁰⁰. Este principio exige que por ley se establezcan los delitos así como la delimitación previa y clara de las conductas prohibidas, incorporando la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*)²⁰¹.

h) Principio de supremacía constitucional:

El principio de supremacía constitucional está garantizado en el artículo 51º de la norma fundamental cuando se afirma que “la Constitución prevalece sobre toda norma legal”. Correlativamente, el fundamento del Control Difuso de Constitucionalidad como “poder-deber del Juez²⁰²” se encuentra en el artículo 138º de la Constitución: “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”. Mientras que el Control Concentrado de Constitucionalidad se halla regulado en el artículo 200º de la Constitución, correspondiéndole su ejecución al Tribunal Constitucional mediante el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad contra normas con

²⁰⁰ *Vid.* STC Exp. N°. 01469-2011-HC de fecha 30.06.2011, FJ 6. El Tribunal Constitucional considera que el principio de legalidad penal, como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. Mientras que en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que la conducta prohibida se encuentre prevista en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

²⁰¹ *Cfr.* STC Exp. N°. 00010-2002-AI de fecha 03.01.2003, FJ 45 - 48.

²⁰² *Cfr.* STC Exp. N°. 02030-2005-HC de fecha 29.04.2005, FJ 14 y 15.

rango de ley que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo a fin de que sean expulsadas del ordenamiento jurídico.

i) Participación ciudadana en asuntos públicos:

La participación ciudadana en asuntos públicos se encuentra reconocida en la Constitución mediante el reconocimiento de diversos derechos. Estos derechos están referidos principalmente a la participación política (Art. 2° inciso 17), mecanismos de democracia directa (Art. 31°), referéndum (Art. 32°), partidos políticos (Art. 35°), iniciativa legislativa (Art. 107°), elección y revocación popular de magistrados (Art. 139° inciso 17), análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales (Art. 139° inciso 20), acción contenciosa contra los actos administrativos (Art. 148°), autonomía de los gobiernos regionales (Art. 191°), autonomía de los gobiernos locales (Art. 194°), acción popular (Art. 200° inciso 5), acción de inconstitucionalidad (Art. 203° inciso 5) e iniciativa de reforma constitucional (Art. 206°).

j) Separación de poderes:

Tal como consta en el artículo 43° de la Constitución, el Estado peruano es una república y “se organiza según el principio de separación de poderes”, siguiendo la clásica distinción entre poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

k) Economía social de mercado:

El contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución -libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras-, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendido sino bajo los principios del modelo de la Economía Social de Mercado (Art. 58° de la Constitución)²⁰³. En este marco tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el

²⁰³ C/jr. STC Exp. N°. 01963-2006-PA de fecha 05.12.2006, FJ 3.

deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares²⁰⁴. La Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizado plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva²⁰⁵.

En base a los contenidos normativos incluidos en la Constitución y que han sido reseñados esquemáticamente líneas arriba, estamos en condiciones de afirmar que el liberalismo político igualitario representa la concepción política de la justicia expresada en la Constitución de 1993 y, por tanto, sirve de base para la interpretación del texto constitucional y la construcción de argumentos orientados a la solución de “casos difíciles” como el implicado en la disputa sobre la correcta regulación de la eutanasia. Como conclusión de este capítulo baste recordar que lo anterior no significa afirmar que la Constitución como producto histórico sea fruto de la filosofía política del liberalismo igualitario sino únicamente que aquella contiene los elementos constitucionales suficientes para hacer razonable su interpretación a partir de la concepción liberal de la política.

²⁰⁴ *Cfr.* STC Exp. N°. 01963-2006-PA de fecha 02.12.2006, FJ 6.

²⁰⁵ *Cfr.* Exp. N°. 01963-2006-PA de fecha 05.12.2006, FJ 7. Esta función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución: “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (...)”. Por su parte, el artículo 59° establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria. Asimismo, el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscibir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

CAPÍTULO TERCERO:

PATERNALISMO LIBERAL Y JUSTIFICACIÓN DE LA EUTANASIA PROHIBIDA

3.1 LA FORMA DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y SU PRIORIDAD

Cuando se estudian los alcances de la libertad individual en el ámbito político, resulta común que, siendo un atributo tan propio de la persona y presupuesto asumido como necesario en la organización política de una sociedad, el problema de su conceptualización pase inadvertido; sin embargo, en una investigación destinada precisamente al estudio de los límites de la libertad individual resulta necesario comenzar por explicar a qué nos referimos cuando hablamos de libertad individual en el marco del liberalismo político.

Tradicionalmente, se han distinguido dos formas en que la libertad ha sido comprendida por los filósofos, las así denominadas, por I. Berlin, “libertad negativa” y “libertad positiva”¹. Como explica N. Bobbio por “libertad negativa” se entiende “la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos”²; mientras que por “libertad positiva” se entiende “la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros”³. Esta segunda idea de libertad es a la que nos referimos usualmente con “autodeterminación” o “autonomía” políticas. También éste es el sentido en que B.

¹ Cfr. BERLIN, Isaiah (2001). “Dos conceptos de libertad” (tr. de A. Rivero Rodríguez) en *Dos conceptos de libertad y otros ensayos*. Madrid: Alianza Editorial, pp. 43 y ss.

² BOBBIO, Norberto (1993). *Igualdad y libertad* (tr. de P. Aragón Rincón). Barcelona: Paidós, p. 98.

³ *Ibid.*, p. 100.

Constant, en su famoso ensayo sobre la libertad, había distinguido entre la “libertad de los modernos” y la “libertad de los antiguos”, desvalorando con esta distinción a la libertad positiva como antiliberal en el sentido clásico⁴.

Siguiendo a J. Rawls, a partir del liberalismo político, deberíamos mostrarnos tentados a sostener, como lo hizo B. Constant, que la llamada libertad de los modernos es de mayor valor que la libertad de los antiguos pues “aunque ambas clases de libertad están hondamente arraigadas en las aspiraciones humanas, la libertad de pensamiento y de conciencia, las libertades personales y las civiles no deben ser sacrificadas en aras de la libertad política, de la libertad a participar igualmente en los asuntos políticos”⁵. En este sentido, asumimos la descripción general de la libertad mediante la siguiente forma:

*Esta o aquella persona (o personas) está libre (o no está libre) de esta o aquella restricción (o conjunto de restricciones) para hacer (o no hacer) tal y cual cosa*⁶.

En lo fundamental, esta fórmula abstracta es compatible con el concepto de “libertad negativa” defendida por I. Berlin según el cual:

*Soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad. En este aspecto, la libertad política es, simplemente, el espacio en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros*⁷.

Esta concepción de la libertad implica una particular forma de entender las relaciones entre el individuo y la sociedad, definiendo a la libertad como un espacio libre de intervención de la sociedad y de la coacción del Estado. Como afirma I. Berlin, “si otros me impiden hacer algo que antes podía hacer, entonces soy en esa medida menos libre; pero si ese espacio es recortado por otros hombres más allá de lo admisible, entonces puede decirse que estoy siendo coaccionado”⁸. Entonces, “cuando mayor sea el espacio

⁴ Cfr. CONSTANT, Benjamin (2008). “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes». *Les cahiers psychologie politique*. París, N°. 13, s/p. Recuperado el 10.02.2014 de: <<http://lodel.irevues.inist.fr/cahierspsychologiepolitique/index.php?id=164>>.

⁵ RAWLS, John (1995b). *Teoría de la justicia* (tr. M. Dolores Gonzáles). 2ª. ed. México: FCE, p. 193.

⁶ *Idem*.

⁷ BERLIN, Isaiah (2001). *Op. cit.* (N. 1), p. 47.

⁸ *Ibid.*, pp. 47 y 48.

de no interferencia mayor será mi libertad”⁹ aunque ésta pueda ser admisiblemente recortada.

Coherentemente explica J. Rawls que, en su concepción política, la libertad “consiste en una determinada estructura de instituciones, un sistema de reglas públicas que definen derechos y deberes”¹⁰. Colocadas en este ámbito, “las personas se encuentran en libertad de hacer algo cuando están libres de ciertas restricciones para hacerlo o no hacerlo y cuando su hacerlo o no, está protegido frente a la interferencia de otras personas”, por lo que “una libertad básica está caracterizada mediante una estructura muy complicada de derechos y deberes [y] no solo tiene que estar permitido que los individuos hagan algo o no lo hagan, sino que el gobierno y las demás personas tienen que tener el deber jurídico de no obstaculizar”¹¹. En este sentido, en el marco de una concepción liberal de la justicia “una libertad básica solo puede ser limitada en favor de la libertad misma, esto es, solo para asegurar que la misma libertad, u otra libertad básica diferente, sea debidamente protegida, y para ajustar el sistema de libertades de la mejor manera”¹². Todo esto constituye una derivación de la prioridad del primero de los principios de justicia sobre las demás consideraciones distributivas:

*Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos*¹³.

3.2 CLÁUSULA GENERAL DE LIBERTAD

La prioridad de la libertad liberal no puede significar sino el reconocimiento por la mayoría de sistemas constitucionales de una cláusula general de libertad, entendida como

⁹ *Ibid.*, p. 49.

¹⁰ RAWLS, John (2001). *Op. cit.* (N. 5), p. 193.

¹¹ *Ibid.*, p. 193.

¹² *Ibid.*, pp. 194 y 195.

¹³ *Ibid.*, p. 235. Aquí se aprecia el orden “lexicográfico” del que habla J. Rawls para graficar la prioridad del principio que garantiza las libertades civiles.

fundamental respecto de los demás derechos¹⁴. El Tribunal Constitucional, sostiene que para valorar el rol que juega la autonomía individual en el sistema jurídico es necesario percatarse de que esta interrogante encierra dos posiciones tras las que laten “dos formas distintas de concebir las relaciones entre el individuo y la comunidad política, es decir, dos filosofías políticas diferentes”¹⁵. La primera, incompatible con el Estado Constitucional, considera que el poder político puede hacer todo lo que no esté jurídicamente prohibido sin necesidad de invocar en su favor ninguna justificación especial, de modo que la libertad de los ciudadanos ha de desenvolverse en el ámbito que no ha sido objeto de un mandato o de una prohibición. La segunda, “sustento axiológico del constitucionalismo moderno, en general, y de la Constitución peruana de 1993, en particular”, afirma que:

*El hombre es naturalmente libre y que debe seguir siéndolo jurídicamente, de modo que los sacrificios que puedan imponerse a esa libertad deben contar con alguna justificación*¹⁶.

Con esta estipulación la concepción de la autonomía individual expresada por el Tribunal Constitucional parece acercarse a la clásica concepción liberal de libertad negativa arriba reseñada. Más aún cuando afirma el Tribunal que el ordenamiento constitucional “parte de la premisa de que el respeto por la libertad natural del ser humano, debe ser el fundamento principal de todo sistema jurídico, de forma tal que el Estado debe proteger ese espacio amplio y esencial de autonomía moral, a menos que, al ejercerse, se afecte el respectivo ámbito de libertad de otro ser humano”¹⁷. Con esta definición, en el Estado Constitucional, “la aludida libertad natural se traduce en una libertad jurídica protegida

¹⁴ Vid. CHARLESWOTH, Max (1996). *La bioética en una sociedad liberal* (tr. de M. González). Cambridge: CUP, pp. 40 y ss.: el rol que juega la autonomía en la concepción liberal de la personalidad es fundamental, siendo imposible abdicar a la autonomía personal ya que sería equivalente a abdicar a tener la condición de agente moral o persona, “quejarse de la ‘absolutización de la autonomía’ es como quejarse de la absolutización del carácter de persona” (p. 40). La autonomía funciona como el fundamento de todos los demás derechos, es una parte tan fundamental en lo que significa ser una persona humana que “parece inútil hablar de ella como ‘un derecho’ – como si fuera un derecho distinto entre los derechos” (p. 43).

¹⁵ STC Exp. N°. 00032-2010-PI de fecha 19.07.2011, FJ. 15.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Ibid.*, FJ. 18.

constitucionalmente, de forma tal que todo acto orientado a limitarla debe, de modo obligatorio, encontrarse constitucionalmente justificado”¹⁸.

Entonces, como constata C. Bernal Pulido el concepto constitucional de libertad no es el de libertad positiva sino el de libertad negativa¹⁹. Una libertad que “tiene un contenido universal, que comprende todas las opciones humanas que pueden ser emprendidas, es decir, todas las conductas posibles”, con lo que “todas estas posibilidades de actuación que conforman aquella parte de la libertad no comprendida en las libertades constitucionales específicas se incluyen entonces dentro del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en este sentido se erige como cláusula general residual de libertad”²⁰.

Coincidentemente, respecto al estatuto del “derecho al libre desarrollo de la personalidad”, el Tribunal Constitucional ha interpretado que este derecho fundamental se encuentra reconocido en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que “toda persona tiene derecho a su libre desarrollo”; y que, “si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos”²¹. En este sentido, enfatiza el Tribunal que:

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto

¹⁸ *Ibid.*, FJ. 19.

¹⁹ BERNAL PULIDO, Carlos (2005). “El derecho al libre desarrollo de la personalidad” en *El Derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 249.

²⁰ *Ibid.*, p. 250.

²¹ STC Exp. N°. 00032-2010-PI de fecha 19.07.2011, FJ. 22.

*constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres (...)*²².

Esta interpretación autorizada de la Constitución nos permite concluir, siguiendo a C. Bernal Pulido, que el libre desarrollo de la personalidad funciona como “cláusula de cierre del ordenamiento jurídico” por efecto de la cual “todo lo que no está prohibido por la Constitución o por las normas jurídicas de inferior jerarquía está permitido, o sea, representa una posición jurídica de libertad”²³. De lo que se sigue lógicamente que “toda libertad aún no regulada por el Estado forma parte, por lo menos *prima facie*, del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad [; y que] las libertades aún no reguladas se suman a las libertades expresamente protegidas por la Constitución y conforman el conjunto de lo constitucionalmente permitido *prima facie*”²⁴.

3.3 LIBERTAD INDIVIDUAL Y ANTIPERFECCIONISMO

Con el objetivo de aproximarnos al rol antiperfeccionista que juega la libertad individual dentro de la tradición política liberal, parece no haber mejor punto de partida que la concepción de J. S. Mill sobre la autonomía individual y la función política que cumple ésta para fundamentar una esfera de no intervención pública garantizada por libertades individuales que permitan al individuo desarrollar de manera original su personalidad frente a la imposición de estilos de vida provenientes de la sociedad. Así es paradigmática la sentencia milliana según la cual:

*La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque, porque le haría feliz; porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo*²⁵.

²² STC Exp. N°. 02868-2004-PA de fecha 24.11.2004, FJ. 14.

²³ BERNAL PULIDO, Carlos (2005). *Op. cit.* (N. 19), p. 251.

²⁴ *Ibid.*, p. 252.

²⁵ MILL, John S. (2004). *Sobre la libertad* (tr. de P. de Azcárate). Barcelona: RBA, p. 68.

Sin embargo, como reconoce H. L. A. Hart en *On Liberty* existiría una concepción bastante limitada de la libertad humana, situación que habría conducido a su autor a excederse en las consecuencias que es posible extraer del reconocimiento de la libertad individual en un régimen liberal, pues el liberalismo político en realidad resulta perfectamente coherente con cierto grado de paternalismo jurídico, cuando éste se orienta a evitar que un individuo se dañe a sí mismo mediante la restricción de algunos de sus actos voluntarios siempre que no suponga la imposición de una concepción del bien²⁶. Con esto lo que realmente excluye el liberalismo político es la imposición de una moral a través del perfeccionismo o del moralismo jurídico.

En primer lugar, respecto de la distinción entre paternalismo y perfeccionismo cabe afirmar lo siguiente. Mientras, en términos generales, el paternalismo interfiere con las elecciones actuales de una persona para evitar que se dañe a sí misma, corrigiendo defectos en el proceso de formación de la voluntad o permitiéndole realizar sus propios intereses de largo plazo y, de esta manera, se justifica en la autonomía o el bienestar de la persona; el perfeccionismo “interfiere con las elecciones individuales para promover una teoría del bien”²⁷. Además, esta promoción no se alcanza mediante la evitación de daños sino a través de la maximización del bienestar individual²⁸ que se evalúa desde una moral que no es positiva sino más bien ideal²⁹.

Como sostiene J. Rawls, la razón por la que el perfeccionismo es incompatible con el liberalismo es que para justificar el primero “hemos de atribuir a las partes una

²⁶ Cfr. HART, H. L. A. (2006). *Derecho, libertad y moralidad* (tr. de M. A. Ramiro Avilés). Madrid: Dykinson, p. 123: “(...) Mill llevó su propuesta contra el paternalismo a un extremo que ahora puede parecer absurdo (...)”.

²⁷ BUCKLEY, F. H. (2005). “Perfeccionismo”. *Supreme Court Economic Review*. Chicago, Vol. 13, p. 135.

²⁸ Cfr. RAWLS, John (2001). *Op. cit.* (N. 5), p. 299: “el principio del perfeccionismo (...) dirige a la sociedad a proyectar las instituciones y definir los derechos y obligaciones de las personas, para maximizar los resultados de la excelencia humana (...)”.

²⁹ Cfr. VILAJOSANA, Josep M. (2008). “Moralización del derecho, perfeccionismo y sociedad liberal”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Madrid, N.º. 11, p. 147: “el problema de moralizar el Derecho sería el de la justificación de la imposición de la moral positiva de una sociedad, mientras que el término ‘perfeccionismo’ se reservaría para las doctrinas que pretenden imponer una moral ideal o crítica”.

aceptación previa de algún deber natural, como [por ejemplo] el deber de desarrollar personalidades de un cierto estilo y elegancia estética, y fomentar la búsqueda de conocimiento y el cultivo de las artes, [pero] esta presunción alteraría drásticamente la interpretación de la posición original”³⁰. En este sentido, el perfeccionismo se rechaza como principio político porque desde la concepción liberal de la justicia no está justificado que algunos ciudadanos utilicen el aparato coercitivo del Estado para conquistar una libertad mayor, o unas porciones distributivas mayores, sobre la base de que sus actividades tienen mayor valor intrínseco³¹.

En segundo lugar, respecto del moralismo jurídico, siguiendo a D. Scoccia, se debe aclarar que éste se concibe como una doctrina moral que postula que “existe un tipo de inmoralidad que no daña al propio sujeto ni a otros y cuya prevención (tratándose de un caso suficientemente escandaloso) puede justificar restricciones a la libertad individual”³². Esta inmoralidad “no dañosa” (*harmless*) criminalizada es por definición una conducta que no viola derechos de otros, ni daña los intereses o el bienestar de la persona que la practica sino que degrada la vida moral en sí misma³³. Con esto el moralismo jurídico renuncia al criterio del daño, central en tradición del paternalismo jurídico. Los más clásicos ejemplos de moralismo jurídico están relacionados a la imposición una moral sexual positiva en el ámbito privado prohibiendo penalmente las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo o la prohibición del ejercicio individual de la prostitución por una persona adulta cuando ésta no entraña daño o riesgo para la salud.

³⁰ RAWLS, John (2001). *Op. cit.* (N. 5), p. 302.

³¹ *Cfr. Ibid.*, p. 303: “(...) aunque la justicia como imparcialidad permite que en una sociedad bien ordenada se reconozcan los valores de la excelencia, la perfección humana ha de buscarse en los límites del principio de libre asociación”. Dejamos aquí abierta la cuestión de si un perfeccionismo débil no coercitivo que defiende valores liberales sería aceptable en el marco del liberalismo o si, en todo caso, aquél sería realmente perfeccionista. *Cfr. RAZ, Joseph (1994). Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics.* Oxford: OUP, Caps. 1, 2 y 3.

³² SCOCCIA, Danny (2008). “In defense of Hard Paternalism”. *Law and Philosophy.* Nueva York, Vol. 27, N° 4, p. 363.

³³ *Idem.*

Desde la posición de P. Devlin³⁴ el moralismo jurídico se justificaría a partir de cualquiera de las dos tesis expuestas por él, a las que se ha identificado como la “tesis de la desintegración” y la “tesis conservadora”. La primera sostiene que la sociedad tiene derecho a protegerse de la desintegración a través del reforzamiento de su moralidad, mientras que la segunda afirma que la mayoría en la sociedad tiene un derecho a la conservación de sus patrones morales a través de la legislación democrática³⁵. Sin embargo, la primera tesis descansa en una concepción relativista de la moral para cuya imposición por el derecho penal no se requiere de validación racional³⁶; mientras que la segunda implica una concepción agregativa del bienestar de la sociedad, pasando por alto el valor individual de cada persona³⁷. Ambas tesis son contrarias a los principios de una teoría liberal de la justicia aquí asumidos.

3.4 VIDA BUENA LIBERAL Y VALOR DE LA VIDA HUMANA

Ahora bien ¿qué consecuencias implica la prioridad de la libertad individual y su rol antiperfeccionista para el problema del valor de la vida humana? Se ha sostenido que el liberalismo es la filosofía política cuya “moral constitutiva es una teoría de la igualdad que exige la neutralidad oficial en relación con las teorías sobre lo que es valioso en la vida”³⁸. Los liberales asumen que los ciudadanos de una sociedad difieren en sus concepciones sobre la vida buena, por lo que “el gobierno no los trata como iguales si privilegia una

³⁴ DEVLIN, Patrik (1980). “La moral y el derecho penal” (tr. J. Sáinz de los Terreros) en DWORKIN, Ronald (ed.). *La filosofía del derecho*. México: FCE, pp. 128 - 158.

³⁵ Ambas tesis anotadas por H. L. A. Hart son discutidas en SARTORIOUS, Rolf E. (1972) “The Enforcement of Morality”. *The Yale Law Journal*. New Heaven, Vol. 81, N°. 5, pp. 891 – 910; y TEN, C. L. (1972) “Enforcing a Shared Morality”. *Ethics*. Chicago, Vol. 82, N°. 4, pp. 321 – 329.

³⁶ Cfr. HART, H. L. A. (1967). “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, Vol. 35, N°. 1, p. 1.

³⁷ Cfr. RAWLS, John (2001). *Op. cit.* (N. 5), p. 304 y 305.

³⁸ DWORKIN, Ronald (2003). *Liberalismo, Constitución y Democracia* (tr. de J. Montero). Buenos Aires: La Isla de la Luna, p. 39.

concepción en detrimento de otras”³⁹. Así, R. Dworkin ha planteado la tesis según la cual la santidad de la vida puede ser descrita como “el resultado de dos formas moralmente significativas de inversión creativa en esa vida: la inversión natural y la inversión humana”⁴⁰. Sin embargo, las personas disienten acerca de la importancia relativa de estas dos formas, por lo que liberales ponen énfasis en la idea de que una vida humana surge principalmente de “un proceso personal de elección, formación, compromiso y de decisión”⁴¹.

Estos procesos de elección individual pueden llevarnos a considerar dos tipos de intereses. Primero, “intereses de experiencia” por los que “queremos hacer cosas porque gozamos con la experiencia de hacerlas”⁴². Valoramos estas prácticas como placenteras; sin embargo, creemos que nuestras vidas no serían peores si no disfrutáramos de alguna de ellas⁴³. Segundo, tenemos “intereses críticos”, esto es, “intereses cuya satisfacción hace que las vidas sean genuinamente mejores, intereses cuyo no reconocimiento sería erróneo y las empeoraría”⁴⁴. Este tipo de intereses son, según R. Dworkin, los que dotan de significado y coherencia al conjunto de nuestra vida cuando la juzgamos de manera comprensiva.

Los intereses críticos podrían ser evaluados a partir de dos modelos. Primero, el “modelo del impacto” según el cual “una vida puede tener más o menos valor (...) no porque sea intrínsecamente más valioso vivir la propia vida de una forma más que de otra, sino porque vivir de una manera tiene mejores consecuencias que vivir de otra manera”⁴⁵. Segundo, el “modelo del desafío” por el que se “adopta el punto de vista aristotélico de que una buena vida tiene el valor inherente de un ejercicio ejecutado con

³⁹ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald (1994). *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (tr. de R. Caracciolo y V. Ferreres). Barcelona: Ariel, p. 122.

⁴¹ *Ibid.*, p. 125.

⁴² *Ibid.*, p. 261.

⁴³ *Cfr. Ibid.*, p. 262.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 263.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald (1993). *Ética privada e igualitarismo político* (tr. de A. Domenech). Barcelona: Paidós, 1993, p. 114.

destreza. De modo que sostiene que los acontecimientos, los logros y las experiencias pueden tener valor ético aun si no tienen el menor impacto más allá de la vida en la que ocurren”⁴⁶. El punto de vista liberal solo sería conciliable con el segundo modelo

Como afirma J. Raz “la vida no tiene valor intrínseco (...) el valor no radica en la propia vida sino solo en su contenido (...) la vida es simplemente una condición para esos contenidos”⁴⁷. Estar vivo bien puede ser una condición para, por ejemplo, ser torturado o humillado permanentemente. Parece acertado sostener que respecto de la eutanasia el derecho no debería imponer ninguna concepción uniforme, sino que debería alentar a los individuos a decidir con respecto al término de sus vidas por sí mismos en coherencia con sus “intereses críticos” de tal forma que puedan interpretar su morir como la parte final de un proceso vital coherente. De esta manera el valor moral de la vida se hallaría en la apuesta por vivir una vida auténtica que sea objetivamente generadora de autorrespeto, incluso en el momento mismo de la muerte⁴⁸. Más aún, en el contexto cultural contemporáneo, un caso de dolor grave y prolongado como parte de una enfermedad terminal podría ser un motivo que explique como razonable el deseo de morir incluso desde una perspectiva externa al propio sujeto.

En este sentido, el principio de santidad de la vida en su versión tradicional colocaría un énfasis injustificado en la fuente biológica del valor de la vida. Mientras que desde la perspectiva liberal este aspecto de la santidad de la vida quedaría reducido al

⁴⁶ *Ibid.*, p. 116.

⁴⁷ RAZ, Joseph (2004). “El valor de estar vivo” (tr. de M. Bergas Ferriol) en *Valor, respeto y apego*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 115. Un argumento opuesto puede hallarse en NAGEL, Thomas (1991). “Death” en *Mortal Questions*. Oxford: OUP, pp. 1 – 10. Para el autor la vida es valiosa de ser vivida aun cuando los elementos malos de la experiencia son predominantes y los buenos son demasiado escasos como para contrarrestar los malos, el peso adicional positivo sería aportado por la experiencia en sí misma.

⁴⁸ *Cfr.* DWORKIN, Ronald (2011). *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Recientemente el autor ha sostenido que el valor de “vivir bien” en sentido moral debe provenir del respeto de dos principios. “El primero, es el *principio de autorespeto*. Cada persona debe tomar su propia vida en serio: debe aceptar como una cuestión de importancia que su vida sea un proceso exitoso en vez de una oportunidad perdida. El segundo, es el *principio de autenticidad*: cada persona tiene una especial responsabilidad individual en identificar que cuenta como exitoso en su propia vida, una responsabilidad individual en crear este tipo de vida a través de una narrativa coherente (...) Juntos los dos principios ofrecen una concepción de la dignidad humana” (pp. 203 y 204).

mero hecho de ser una precondition natural para llevar una vida susceptible de ser juzgada moralmente. Así, el valor que una persona adulta otorga a su vida es el resultado de una evaluación autorreflexiva a partir de sus intereses críticos, intereses relativamente estables que hacen posible interpretar nuestras acciones aisladas como partes de una expresión coherente⁴⁹. Si bien es absolutamente válido el asumir como fuente de valor crítico de nuestras vidas una moral religiosa o heroica que obligue a conservar la vida aún en las peores circunstancias, es claro que la imposición de estos principios de manera general a través del derecho no hace objetivamente más valiosas las vidas de las personas cuyos intereses críticos se ven desplazados, obligándolas a continuar con una vida que ya no juzgan como valiosa.

Una posición similar es la que ha recogido la Corte Constitucional de Colombia respecto de la interpretación del derecho a la vida en el contexto de la problemática de eutanasia cuando afirma que “si el respeto a la dignidad humana, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente el valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”⁵⁰. Además resulta interesante citar la síntesis que hace la corte Constitucional de Colombia respecto a lo que se puede entender por dignidad humana en tres lineamientos diferenciados:

(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana

⁴⁹ En este punto resulta interesante la crítica de M. Sandel, quien no ha cuestionado la afirmación liberal de que las actuales leyes contra la eutanasia reflejan determinados puntos de vista acerca de qué es lo que da sentido a la vida. Pero ha denunciado que “lo mismo sucedería si, en nombre de la autonomía, [un] Tribunal proclamase la existencia de un derecho al suicidio asistido. El nuevo régimen no serviría únicamente para ampliar el actual abanico de opciones, sino que alentaría también la tendencia a entender la vida como una posesión antes que como un don”. Cfr. SANDEL, Michael (2008). “¿Existe un derecho al suicidio asistido?” (tr. de A. Santos Mosquera) en *Filosofía Pública. Ensayos sobre moral pública*. Barcelona: Marbot, pp. 162 y 163.

⁵⁰ SCC N°. C-239/97 de fecha 20.05.1997, sumilla.

*entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)*⁵¹.

Entonces, para analizar el problema moral del valor de la vida y su relación con la disposición de la misma en el marco del liberalismo político deberíamos comenzar por preguntarnos cómo interesa al éxito crítico de sus vidas la manera en que los enfermos terminales mueren. Para R. Dworkin el interés crítico en la muerte tiene que ver con que la forma en que morimos guarde coherencia con el conjunto de elecciones de nuestra vida. Así, la mayoría consideraría que “se trata de una preocupación (...) autodirigida de que su muerte, más allá de lo que pueda parecer, exprese su convicción de que su vida ha tenido valor debido a lo que les ha posibilitado hacer y sentir”⁵².

Todo lo anterior nos permite concluir este apartado afirmando que denunciar que el suicidio siempre es incorrecto supondría necesariamente la imposición de una moral perfeccionista inaceptable. En el contexto de la eutanasia, resulta más razonable distinguir el perfeccionismo del paternalismo estatal justificado y analizar en qué circunstancias es legítima la prohibición penal de la participación en el suicidio para evitar los daños irreparables que se pueda ocasionar el suicida mismo por una decisión apresurada o la vulneración de sus intereses a causa de la ejecución de su muerte con la colaboración de otra persona. Del mismo modo, habría que analizar bajo qué circunstancias es posible, en principio, establecer una excepción a la prohibición general del homicidio a petición⁵³.

⁵¹ SCC N°. T-881/02 de fecha 17.10.2002, sumilla. Concluyendo la Corte que la dignidad humana se halla referida a tres ámbitos de la persona natural: “la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida)”. Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales que integran el contenido de una “vida digna”.

⁵² DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* (N. 40), p. 277.

⁵³ Cabe aquí valorar la crítica de M. Sandel cuando sostiene que los cambios en la legislación pueden comportar cambios en la forma como nos concebimos a nosotros mismos y a los demás. La despenalización de la eutanasia generaría una supervaloración de las vidas autónomas e independientes y, por el contrario, devaluaría el respeto de los derechos de las personas dependientes, afectando a los ancianos, los discapacitados o los enfermos terminales. Este argumento consecuencialista se ubica en un nivel diferente al de la vida como “don” y serviría cuando mucho para justificar la imposición de algún tipo

3.5 LIBERTAD INDIVIDUAL Y PATERNALISMO LIBERAL

3.5.1 Concepto del paternalismo jurídico

La noción más básica de paternalismo apunta a una extrapolación del modelo de relación paterno-filial, existente entre padres e hijos, a otro tipo de relaciones sociales como la relación entre el Estado y sus ciudadanos o entre el médico y el paciente. Como apunta M. Allemany, en particular, “la analogía se construye no tanto sobre el aspecto del cuidado, como sobre el aspecto del control que entraña el ejercicio de la paternidad”, siendo “la aplicación del modelo del poder paternal (la *patria potestas*) a otros ámbitos sociales lo que se cuestiona”⁵⁴.

Esta forma de paternalismo estatal puede observarse según G. Dworkin cuando menos en los siguientes casos: leyes que exigen a los motociclistas el uso de cascos de seguridad para conducir, leyes que prohíben nadar en playas públicas cuando no hay salvavidas en servicio, leyes que hacen del suicidio un delito, leyes que hacen ilegal que mujeres y niños realicen determinados trabajos, leyes que prohíben el consumo drogas dañinas, leyes que prohíben varias formas de apuestas, etc⁵⁵. Asimismo, además, de las leyes que regulan sanciones para cierto tipo de conductas, sostiene este autor que existen regulaciones que impiden o dificultan a las personas el desenvolvimiento de sus planes y que están también justificadas en fundamentos paternalistas⁵⁶. Un ejemplo de este tipo de medidas sería el que los tribunales no admitan el consentimiento para excluir la

de medida paternalista con sustento empírico y nunca para la prohibición absoluta de la eutanasia. Cfr. SANDEL, Michael (2008). *Op. cit.* (N. 49), p. 163. Una lectura crítica del ideal liberal de la autonomía y de lo discriminatorio que podría resultar ha sido plateada también por A. MacIntyre, poniendo de relieve el carácter esencialmente dependiente y vulnerable de los seres humanos cuando adolecen de alguna discapacidad o llegan a la senectud. Vid. MACINTYRE, Alasdair (2001). *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*. Peru Illinois: Open Court Publishing, Cap 1.

⁵⁴ ALLEMANY, Macario (2005). “El concepto y la justificación del paternalismo”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, N.º. 28, p. 266.

⁵⁵ Cfr. DWORKIN, Gerald (1972). “Paternalism”. *The Monist*. La Salle, Vol. 56, N.º. 1, p. 2. Recuperado el 30.06.2011 de:

<<http://philosophy.tamucc.edu/readings/ethics/dworkin-paternalism>>.

⁵⁶ Cfr. *Idem*.

responsabilidad penal en el homicidio o la realización compulsiva de transfusiones de sangre a miembros de ciertos tipos religiosos⁵⁷.

Un primer intento de conceptualización, en función de los casos particulares identificados, se encuentra en la ya clásica la definición de G. Dworkin según la cual el paternalismo es “la interferencia con la libertad de acción de una persona justificada por razones referidas únicamente al bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses o valores de la persona a la que se coacciona”⁵⁸. Sin embargo, esta definición resulta inadecuada pues incorpora una carga valorativa como parte del concepto propuesto, con lo cual resulta que solamente existiría verdadero paternalismo cuando la interferencia con la libertad se halle efectivamente justificada, es decir, no existirían casos de paternalismo no justificado.

Desde la perspectiva opuesta, se puede observar que ya el mismo término “paternalismo” hace referencia a una relación de subordinación que aparece como “sospechosa” para describir la normal relación que en el seno de una democracia liberal debería existir entre el Estado y sus ciudadanos⁵⁹. Razón por la cual se suele afirmar que el término en cuestión posee una carga negativa que hace suponer que siempre se trata de una práctica injustificada⁶⁰, confundiendo en su definición dos momentos que deberían ser independientes en su estudio. Por esta razón es necesario distinguir entre las operaciones de conceptualización y de justificación^{61 62}.

⁵⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 3.

⁵⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 1.

⁵⁹ Cfr. ALLEMANY, Macario (2005). *Op. cit.* (N. 54). Según el autor “estas dificultades para encerrar en una definición a la acción paternalista tienen su origen en que el paternalismo supone un ejercicio de poder de A sobre B y, en consecuencia, la caracterización del paternalismo estaría contagiada de los problemas que se suscitan al tratar de definir ‘poder’, un concepto muy controvertido” (p. 268).

⁶⁰ Cfr. CAMPS, Victoria (1988). “Paternalismo y bien común”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, N.º. 5, p. 198. Para la autora el paternalismo justificado no es propiamente paternalismo, el paternalismo en sentido estricto es siempre injustificado.

⁶¹ Coinciden en este sentido: ATIENZA, Manuel (1988). “Discutamos sobre paternalismo”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, N.º. 5, p. 204; y GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988). “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, N.º. 5, pp. 155 y 156.

⁶² Cfr. ALLEMANY, Macario (2005). *Op. cit.* (N. 54). Siguiendo el orden propuesto por M. Allemany, como punto de partida no debería hacerse de la valoración del paternalismo (justificado o

Considerando lo anterior, una definición metodológicamente adecuada es la propuesta por E. Garzón Valdés, quien afirma que el paternalismo jurídico implica que “siempre hay una buena razón a favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida”⁶³. El contenido de este principio sería el concepto de paternalismo jurídico propuesto, en el que podemos distinguir dos elementos: 1. La forma de la acción paternalista: el establecimiento de una prohibición u obligación jurídica; y 2. La finalidad: evitar daños físicos, psíquicos y/o económicos al destinatario mismo de la prohibición u obligación⁶⁴.

Respecto al primer elemento del concepto, la formulación propuesta hace que éste sea inadecuadamente restringido, identificando al destinatario de la prohibición u obligación jurídica necesariamente con la persona del beneficiado, pues como recuerda M. Allemany, con frecuencia la persona tratada paternalistamente no es la destinataria de la norma de mandato que consideramos paternalista, sobre todo si se piensa en regulaciones del ámbito penal como la sanción para la venta de medicamentos sin prescripción médica, la prohibición del tráfico de drogas orientada a evitar daños en el consumidor o la criminalización del homicidio piadoso⁶⁵. En relación a su forma cabe resaltar que la medida paternalista es siempre de carácter compulsivo, lo que quiere decir

injustificado) una “característica que define”, sino tan solo “una característica que acompaña”. Con esto se evita dar soluciones a problemas morales que descansen en definiciones, pues “resulta inaceptable que se le dé una respuesta negativa al problema de si es correcto desde el punto de vista moral ejercer el paternalismo, diciendo que se trata precisamente de ‘paternalismo’ y el ‘paternalismo’ por definición está injustificado”. Con esto se afirma que el concepto de paternalismo es “neutral” cuando la afirmación “A ejerce paternalismo sobre B” no conlleva necesariamente el juicio moral “A está actuando inmoralmente con respecto a B” (p. 268).

⁶³ GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988). *Op. cit.* (N. 61), p. 156.

⁶⁴ *Cfr.* ALLEMANY, Macario (2007). “Breve nota sobre la idea de ‘paternalismo’ en la obra de Ernesto Garzón Valdez”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, N°. 30, p. 37.

⁶⁵ *Cfr. Idem.*

que la persona beneficiada no tiene la opción de rechazar la asistencia⁶⁶. Es esta segunda característica la que permite distinguir las medidas paternalistas de otras formas de asistencia social⁶⁷.

Respecto del segundo elemento del concepto propuesto, referido a la finalidad de evitar daños físicos, psíquicos y/o económicos al destinatario mismo de la prohibición u obligación, considero que resulta adecuado, pues, como cabe aquí resaltar el bienestar que se busca proteger con la medida paternalista debe ser identificado con la evitación de algún tipo de daño concreto y no con la mera degradación moral para el carácter de persona que pudiera significar determinada forma de vida para quien la practica, situación que implicaría un caso de “paternalismo moral”⁶⁸. Igualmente, en función al daño físico, psíquico y/o económico cabe distinguir el paternalismo del “moralismo jurídico”⁶⁹ orientado a la imposición de la moral positiva con la finalidad de impedir que la sociedad se disuelva o del mero “populismo moral”⁷⁰ entendido como el derecho de la mayoría de ciudadanos a imponer mediante el las leyes sus concepciones morales.

Finalmente, en base a los conceptos propuestos por G. Dworkin y E. Garzón Valdés y atendiendo a las críticas desarrolladas, podemos concluir que serán supuestos de paternalismo jurídico las medidas que incorporan una prohibición o mandato jurídico que interfiere con la libertad de una persona cuando ello es necesario para para evitar un

⁶⁶ Cfr. VON HIRSCH, Andrew (2008). “Direct Paternalism: Punishing the Perpetrators of Self-Harm”. *Intellectum*. Tesalónica, N° 5. Para el autor las medidas paternalistas poseen como característica definitoria el “carácter compulsivo” (p. 2).

⁶⁷ Una posición opuesta que define el paternalismo a partir de los principios de justicia distributiva y que por tanto no permitiría distinguirlo de la simple asistencia social (no compulsiva) es la propuesta por CAMPS, Victoria (1988). *Op. cit.* (N. 60), pp. 199 y 200. Para la autora lo que define el paternalismo es que el objeto de tal práctica son los bienes primarios como la salud, la vivienda, el trabajo o la educación, destinados a satisfacción de las carencias de los débiles o incompetentes.

⁶⁸ Cfr. DWORKIN, Gerald (2005). “Moral paternalism”. *Law and Philosophy*. New Jersey, Vol. 24, N° 5, pp. 305 – 319.

⁶⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald (1984). *Los derechos en serio* (tr. de M. Guastavino). Barcelona: Ariel, pp. 349 – 371. El autor presenta una crítica del moralismo jurídico y de los argumentos de Patrick Devlin en su célebre debate con H. L. A. Hart.

⁷⁰ Cfr. RAMIRO AVILÉS, Miguel A. (2006). “A vueltas con el moralismo legal” en HART, H. L. A. *Op. cit.* (N. 26), pp. 40 – 50.

daño (físico, psíquico o económico) en la persona a la que se coerciona directamente o en aquella con la que ésta interactúa aún en contra de la voluntad del beneficiado.

3.5.2 Tipología clásica del paternalismo jurídico

3.5.2.1 Paternalismo débil y paternalismo duro

Una distinción importante respecto del paternalismo es la que distingue entre paternalismo débil y paternalismo duro, según el nivel de coacción que la medida paternalista implica sobre el afectado. Lógicamente, el primero supone una intervención menos gravosa en la autonomía que la del segundo, dejando de lado el problema de su justificación, a nivel de la descripción, es necesario adoptar criterios que permitan describir de manera neutral en qué casos nos encontramos frente a un caso de paternalismo duro y en qué casos lo hacemos frente a uno de paternalismo débil, independientemente de si en cada caso la medida paternalista se encuentre justificada.

El criterio utilizado para distinguir entre la intensidad del paternalismo opera en función de la competencia de la persona a quien va destinada la medida benéfica. Esto conduce a diferenciar entre “paternalismo débil” (cuando es ejercido sobre sujetos incompetentes) y “paternalismo duro” (cuando es impuesto a sujetos competentes)⁷¹. Esto quiere decir que si bien ambas formas de paternalismo interfieren con la libertad de acción de la persona en una situación concreta, solo el paternalismo duro es impuesto contra la autonomía de un sujeto competente mientras que el paternalismo débil se ejercerá solamente para devolver a la persona afectada en su libertad a su estado de competencia para la realización de determinada acción de manera verdaderamente autónoma.

Entonces, el paternalismo débil es el paternalismo que por definición resulta conciliable con la autonomía individual, razón por la cual este tipo de medidas son las

⁷¹ Cfr. TOMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen (1999). *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*. Madrid: CEPC, p. 22.

que interfieren con la libertad individual únicamente cuando es posible constatar defectos en la formación de la voluntad de una acción⁷², por lo que en ningún caso supone una interferencia con los fines que los sujetos eligen autónomamente⁷³. Clásicamente se ha entendido que los individuos actúan de modo no voluntario en razón de alguna de las siguientes circunstancias: alteración estable de las facultades mentales, alteración transitoria de las facultades mentales, coacción y error de hecho⁷⁴.

En general, para E. Garzón Valdés estas situaciones pueden ser englobadas bajo el concepto de supuestos de “incompetencia básica” para la realización de determinado tipo de acciones, por lo que desde su perspectiva el paternalismo débil es el paternalismo que se ejerce sobre un “incompetente básico” con el objetivo de colocarlo en una situación de “competencia básica”⁷⁵. Son ejemplos de paternalismo débil las medidas destinadas a evitar que determinada persona consuma alguna droga con el objetivo de poner en su conocimiento las consecuencias dañinas que pudiera implicar tal acción (es decir para sacarlo de una situación error de hecho) o la detención de un suicida mientras se observa si se encuentra en una situación de normalidad psicológica (es decir para asegurarse de que no sufre una alteración de sus facultades mentales o que obra por coacción).

Por otro lado, en la definición de D. Scoccia, el paternalismo duro es aquél que “restringe la libertad de una persona bajo condiciones que violan su autonomía”⁷⁶. Como explica G. Dworkin, un defensor del paternalismo duro “cree que la gente puede estar equivocada o confundida acerca de sus fines y es legítimo interferir para impedirles

⁷² Cfr. FEINBERG, Joel (1989). *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford: OUP, p. 12.

⁷³ Cfr. HARRIS, John (1985). *The Value of Human Life: introduction to Medical Ethics*. New York: Routledge & Kegan Paul, pp. 201 y 213.

⁷⁴ Cfr. ARLETAZZ, Fernando (2013). “Paternalismo jurídico y convicciones religiosas”. *Ius et Praxis*. Talca, Año 19, N° 1, p. 239; y HARRIS, John (1985). *Op. cit.* (N. 73), p. 196. GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988). *Op. cit.* (N. 61), pp. 155 y 156.

⁷⁵ En este sentido: GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988). *Op. cit.* (N. 61), p. 170; HARRIS, John (1985). *Op. cit.* (N. 73), p. 231.

⁷⁶ SCOCCIA, Danny (2008). *Op. cit.* (N. 32), p. 351. En el mismo sentido FEINBERG, Joel (1989). *Op. cit.* (N. 75), p. 12.

alcanzar esos fines”⁷⁷. Así, aunque “una persona realmente prefiera el viento soplando a través de su cabello cuando conduce una motocicleta, es legítimo por razones de seguridad hacerla usar un casco debido a que sus fines son irracionales o erróneos”⁷⁸. Además de este ejemplo pueden entenderse como supuestos de paternalismo duro la prohibición penal de la venta de drogas justificada en la salud del consumidor que ha sido informado de sus consecuencias dañinas o la sanción penal de la ayuda al suicidio de una persona que actúa racionalmente.

3.5.2.2 Paternalismo directo y paternalismo indirecto

Una clasificación que resulta útil tener en cuenta para abordar el tema de esta investigación es la que distingue entre “paternalismo directo” y “paternalismo indirecto”. Esta diferencia conceptual se sustenta en la identificación del destinatario de la medida paternalista en relación al sujeto en cuyo interés se aplica la medida en cuestión.

Estaremos ante un caso de paternalismo directo cuando la persona que se ve restringida en su libertad es aquella en razón de cuyo bienestar se aplica la restricción⁷⁹. Entre supuestos de medidas que pueden encontrar una justificación paternalista directa se pueden citar tradicionalmente las siguientes: la prohibición legal del duelo, la sanción penal del suicidio intentado, el uso obligatorio de un casco para motociclistas, la prohibición penal de la posesión de drogas para consumo personal, la obligación de aportar una fracción de los ingresos a un fondo de jubilación, etc.⁸⁰.

Mientras que se tratará de un supuesto de paternalismo indirecto cuando la persona que sufre principalmente la restricción de libertad es diferente de la persona cuyo

⁷⁷ DWORKIN, Gerald (2010). “Paternalism” en ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. S/p. Recuperado el 05.01.2014 de: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/paternalism/>>.

⁷⁸ Cfr. *Idem*.

⁷⁹ Cfr. VON HIRSCH, Andrew (2006). “Direkter Paternalismus: Sollten Selbstschädigungen bestraft werden?” en ANDERHEIDEN, Michael *et al.* (eds.). *Paternalismus und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 235 y 236.

⁸⁰ Cfr. DWORKIN, Gerald (1972). *Op. cit.* (N. 55), p. 2.

bienestar se persigue con dicha medida⁸¹. Si bien es cierto que mediante el paternalismo indirecto se interfiere la libertad de una tercera persona que está sujeta a una coerción directa, también se limita la libertad del individuo que se trata de proteger. Específicamente, en estos supuestos se ve afectada de manera paternalista la libertad de la persona cuyo consentimiento es considerado como no vinculante para organizar su vida con la participación de terceros⁸². Mediante este tipo de medidas el derecho reduce a la persona cuyo consentimiento es invalidado a la condición de un “incompetente”⁸³.

Si bien muchos de los tradicionales casos de paternalismo directo han sido excluidos del derecho penal moderno, no sucede lo mismo con las medidas de paternalismo indirecto que todavía pueden hallarse en diversos ámbitos de la legislación penal. Así, entre supuestos de medidas que pueden encontrar una justificación paternalista indirecta se pueden citar las siguientes: la prohibición penal de la venta de cierto tipo de drogas a personas adultas, la sanción para la venta de medicamentos sin prescripción médica, la prohibición penal de la participación en las autolesiones o la imposibilidad de alegar el consentimiento como eximente de responsabilidad penal en el homicidio y las lesiones⁸⁴. Estos dos últimos supuestos se pueden apreciar en las prohibiciones penales del suicidio asistido y la eutanasia voluntaria en los tipos penales de ayuda al suicidio (Artículo 112°) y homicidio piadoso (Artículo 113°) del Código Penal⁸⁵. Aquí de lo que se trata es de la afectación de la libertad de una persona determinada

⁸¹ Cfr. VON HIRSCH, Andrew (2006). *Op. cit.* (N. 79), pp. 235 y 236.

⁸² Cfr. KLEINIG, John (1983). *Paternalism*. Manchester: Manchester University Press, 1983, p. 11; y FEINBERG, Joel (1989). *Op. cit.* (N. 72), pp. 10 y 11.

⁸³ GUTMAN, Amy (1980). “Children, Paternalism and Education: a Liberal Argument”. *Philosophy & Public Affairs*. Princeton, Vol. 9, N° 4, p. 339.

⁸⁴ Cfr. HART, H. L. A. (2006). *Op. cit.* (N. 26), pp. 122 y 123: “(...) las normas que excluyen el consentimiento de la víctima como defensa ante los cargos de asesinato o agresión perfectamente pueden explicarse de manera correcta como un caso de paternalismo, diseñado para proteger a los individuos de sí mismos”.

⁸⁵ En este sentido respecto de la interpretación del derecho penal alemán: VON DER PFORDTEN, Dietmar (2006). “Paternalismus und die Berücksichtigung des Anderen” en ANDERHEIDEN, Michael *et al* (eds.). *Op. cit.* (N. 79), p. 95; también JAKOBS, Günther (1999). *Suicidio, eutanasia y Derecho penal* (tr. de F. Muñoz Conde y P. García Álvarez). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 70.

sobre la cual recae una sanción en aras de la protección de la integridad de otro individuo contra su voluntad.

3.5.3 La justificación liberal del paternalismo jurídico

3.5.3.1 J. Rawls: acuerdos paternalistas en la posición original

En *A Theory of Justice* J. Rawls abordó el tema del paternalismo como parte de la concreción de las libertades básicas entendidas como instituciones que deberían surgir a partir de los principios de justicia adoptados en la posición original⁸⁶. Desde su teoría “el principio del paternalismo (...) ha de guiar las decisiones tomadas en nombre de otros” pero para su aplicación “necesitamos escoger por otros teniendo una razón para creer que así escogerían ellos mismos si tuviesen uso de razón y pudiesen decidir racionalmente”⁸⁷.

Desde esta perspectiva, el problema de la justificación del paternalismo debe ser estudiado porque supone una “libertad menor” en el marco de la “libertad igual” garantizada por el primer principio de justicia^{88 89}. Este problema debe examinarse en dos momentos bien definidos. Primero, como explica J. Rawls, “en la posición original los grupos creen que en la sociedad son racionales y capaces de administrar sus propios asuntos” y por tanto “no reconocen (...) ningún deber en sí mismo, ya que no es necesario para promover su propio bien”⁹⁰. Segundo, “una vez que la concepción ideal se ha elegido, querrán asegurarse contra la posibilidad de que no desarrollen sus poderes y

⁸⁶ Cfr. RAWLS, John (1995). *Op. cit.* (N. 5), pp. 193 - 195. Para J. Rawls la libertad consiste en una determinada estructura de instituciones, un sistema de reglas públicas que definen derechos y deberes, por lo que dentro de este esquema una definición completa de una determinada libertad básica incluye también el tipo de restricciones de las cuales está libre una persona cuando la ejerce (p. 193). En este sentido, la interrogante por el ámbito del paternalismo justificado arrojará como respuesta también los límites de la libertad individual, entendida como libertad básica.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 199.

⁸⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 234.

⁸⁹ Esto tiene sentido únicamente si se considera que en el esquema de J. Rawls, en virtud del primer principio de justicia, “una libertad básica solo puede ser limitada en favor de la libertad misma, esto es, solo para asegurar que la misma libertad, u otra libertad básica diferente, sea debidamente protegida, y para ajustar el sistema de libertades de la mejor manera” (*Ibid.*, pp. 194 y 195).

⁹⁰ *Ibid.*, p. 234.

no puedan satisfacer de un modo racional sus intereses, como ocurre en el caso de los niños; o que, por alguna desgracia o algún accidente, queden incapacitados para tomar decisiones que les beneficien, como ocurre en el caso de personas seriamente disminuidas o mentalmente trastornadas”⁹¹.

En todos estos casos, los grupos “adoptan principios que estipulan cuándo otros están autorizados para actuar en beneficio propio, y para supeditar sus actuales deseos si es necesario; y esto lo hacen reconociendo que algunas veces su capacidad para actuar racionalmente para conseguir su propio bien puede disminuir o desaparecer en su totalidad”⁹². Inclusive, esta situación podría también justificar formas de paternalismo penal, pues como sostiene J. Rawls “es también racional que los grupos busquen protegerse contra sus propias inclinaciones irracionales, conviniendo en una escala de castigos que les dará un motivo suficiente para evitar acciones desatinadas, y aceptar ciertas imposiciones proyectadas para reparar las consecuencias lamentables de su conducta imprudente”^{93 94}.

Así la porción de paternalismo estatal justificado es la que se identificaría con principios de paternalismo imparciales, aquellos que únicamente autorizarían restringir la libertad de las personas en su propio beneficio en situaciones de irracionalidad o de debilidad de voluntad:

⁹¹ *Idem.*

⁹² *Idem.*

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ Sin embargo, esta posibilidad de paternalismo penal justificado debe ser coherente con lo expresado por J. Rawls, quien sostiene que “el propósito del derecho penal es sostener los deberes naturales básicos, aquellos que nos prohíben dañar a otras personas en su vida y su salud, o privarlas de su libertad o de sus propiedades, y los castigos tratan de conseguir este fin” inspirados en la idea de que “en una sociedad bien ordenada no habría necesidad del derecho penal, salvo en la medida en que el problema de la seguridad lo hiciese necesario” (*Ibid.*, p. 291). Como bien explica tanto el problema de la justificación del derecho penal como la de las medidas paternalistas se ubican en un mismo nivel y pueden ser tratadas bajo un mismo método, porque “el problema de la justicia penal corresponde, en su mayor parte, a la teoría de la obediencia parcial, mientras que la cuenta de las porciones distributivas corresponde a la teoría de la obediencia estricta, y por tanto, a la consideración del esquema ideal”; no obstante, “considerar que la justicia distributiva y la justicia retributiva son opuestas la una a la otra es completamente erróneo” básicamente porque ambas deben justificarse desde principios imparciales de justicia. (*Idem.*).

*Los principios del paternalismo son aquellos que los grupos reconocerían en la posición original para protegerse contra la debilidad o las fallas de su razón y de su voluntad en sociedad*⁹⁵.

Entonces, si bien J. Rawls no abunda en los criterios a tener en cuenta para reconocer el ámbito de paternalismo estatal justificado, a partir de lo expuesto es posible reconstruir algunos lineamientos concordantes con su concepción general de la justicia. Así, las medidas paternalistas adoptadas exigirán para su justificación cuando menos los dos siguientes aspectos⁹⁶. Primero, solo serán de aplicación cuando no podamos cuidar de nosotros mismos a causa de la “pérdida evidente o la ausencia de razón y de libertad”⁹⁷. Esta permite incluir a niños, a personas incapaces para tomar decisiones a causa de trastornos mentales o a cualquier individuo que pudiera atravesar estados de irracionalidad. Segundo, las medidas paternalistas deben guiarse por las “propias preferencias del individuo” y por lo que se conozca sobre sus “intereses más permanentes” en tanto que no sean irracionales o, a falta de conocimiento de estos intereses, por el “cómputo de teoría de los bienes primarios”^{98 99}.

3.5.3.2 R. Dworkin: intereses críticos y paternalismo volitivo

Desde la perspectiva de R. Dworkin la mayor parte del paternalismo es radicalmente incompatible con el liberalismo político y con la concepción moral de la persona que éste

⁹⁵ *Ibid.*, p. 234.

⁹⁶ Cabe puntualizar que todas las restricciones a la iniciación y la dirección de las medidas paternalistas se derivan de presunciones de la posición original y por tanto deben ser conciliables con los dos principios de justicia como imparcialidad expuestos por J. Rawls y, fundamentalmente, con la “prioridad de la libertad”, con lo que desde el punto de vista liberal “los principios paternalistas son (solamente) una protección contra nuestra propia irracionalidad y no deben interpretarse para autorizar ataques a las propias convicciones y carácter” (*Idem.*).

⁹⁷ *Ibid.*, p. 235.

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ Sobre la actuación imparcial y respecto de este último punto se debe enfatizar que “cuando menos conocemos de una persona, actuamos (o deberíamos actuar) por ella más como lo haríamos por nosotros mismos, desde el punto de vista de la posición original”, es decir debemos intentar “obtener para él cosas que presumiblemente quiere, sean lo que fueren”, siendo “capaces de alegar que con el desarrollo o la recuperación de sus poderes racionales, el individuo en cuestión aceptaría nuestra decisión en su favor y estaría de acuerdo con nosotros en que hicimos lo mejor” (*Ibid.*, p. 234). Nos recuerda J. Rawls que la exigencia de que la otra persona acepte su estado, a su debido tiempo no resulta suficiente si esta condición no está abierta a una crítica racional: “(...) imaginemos dos personas en plena posesión de su razón y voluntad que mantengan diferentes posiciones religiosas y filosóficas, y supongamos que hay algún proceso psicológico que convierte a cada uno a la opinión del otro, a pesar de que el proceso se les impone contra su voluntad. Llegado el momento, vamos a suponerlo, ambos aceptarán conscientemente sus nuevas creencias” (*Ibid.*, p. 235).

implica; sin embargo, es posible la identificación de cierto “paternalismo superficial” (*surface paternalism*) cuya legitimidad es posible aceptar¹⁰⁰. Con esto el principal interés del profesor de Oxford es fundamentar dónde se encuentra el paternalismo injustificado y solo por oposición nos muestra dónde deberíamos buscar el paternalismo justificable. Si bien no ha trabajado con la misma amplitud en la identificación de los criterios para validar los casos de paternalismo efectivamente justificados, es posible hallar en sus trabajos referencias a algunos ejemplos de paternalismo justificado a partir de los cuales es posible reconstruir los criterios utilizados en su justificación.

Con este objetivo, para entender qué parte del paternalismo estatal puede justificarse, se debe comenzar por aceptar que nuestros procesos de elección individual pueden llevarnos a considerar dos tipos de intereses que es necesario distinguir: “intereses volitivos”¹⁰¹ e “intereses críticos”¹⁰². La relevancia de esta distinción radica en que a partir de ella se puede comprender que no siempre las decisiones que se toman en función de “intereses volitivos” son las correctas para hacer más valiosa nuestra vida¹⁰³, pero de esta constatación no se sigue todavía que exista una justificación para utilizar la coerción pública para conseguir que los individuos sigan siempre sus intereses críticos¹⁰⁴. La tesis de R. Dworkin es que los “intereses críticos” forman parte importante de lo que

¹⁰⁰ Cfr. DWORKIN, Ronald (1989). “Liberal Community”. *California Law Review*. Berkeley, Vol. 77, N°. 3, pp. 472 y 473.

¹⁰¹ Cfr. DWORKIN, Ronald (1994). *Op. cit.* (N. 40). Los “intereses de volitivos” son aquellos por los que “queremos hacer cosas porque gozamos con la experiencia de hacerlas” (p. 261). Valoramos estas prácticas como placenteras; sin embargo, creemos que nuestras vidas no serían peores si no disfrutáramos de alguna de ellas (p. 262).

¹⁰² Los “intereses críticos” son “intereses cuya satisfacción hace que las vidas sean genuinamente mejores, intereses cuyo no reconocimiento sería erróneo y las empeoraría” (p. 263). Este tipo de intereses son los que dotan de significado y coherencia al conjunto de nuestra vida cuando la juzgamos de manera comprensiva.

¹⁰³ Cfr. *Ibid.*, pp. 262 – 269: “pero la invocación de esta idea es difícil de reconciliar con una convicción que tenemos, que es todavía más fundamental, según la cual el hecho de que una persona piense que una decisión determinada es correcta para ella, no la hace por eso correcta; que el proceso de decisión, a veces angustioso, es un proceso de juicio y no solamente de elección, que esta última puede ser errada y que uno puede equivocarse acerca de lo que es realmente importante en la vida. Esta creencia es indispensable para la distinción básica entre intereses críticos y de experiencia [volitivos]” (p. 269).

¹⁰⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 290 – 293: “la autonomía nos requiere que permitamos a alguien llevar adelante su propia vida, incluso cuando se condujera de tal forma que él mismo aceptara que está no satisface en modo alguno sus intereses” (p. 292).

significa afrontar la vida como “desafío”¹⁰⁵, por lo que solamente hacen más valiosa una vida cuando son seguidos de forma autónoma ya que el valor de la propia vida no puede ser vertido desde fuera¹⁰⁶.

En este sentido, el paternalismo crítico, que “supone que la coacción puede dar a las personas vidas mejores que las que ya tienen y consideran buenas”¹⁰⁷, es siempre injustificado porque socava la integridad ética de la persona¹⁰⁸. Como ejemplo de estas prácticas puede observarse gran parte del paternalismo médico, específicamente aquél que impone una concepción de la salud y la vida como bienes irrenunciables sobre el paciente competente aun cuando éste, desde la su perspectiva crítica, considera como coherente para la interpretación que hace del valor de su vida rechazar un tratamiento médico salvador o inclusive solicitar la eutanasia¹⁰⁹.

Sin embargo, gran parte del paternalismo estatal no cae dentro del ámbito del paternalismo crítico pues no se opone a las convicciones de los ciudadanos sino fundamentalmente a sus actos voluntarios, este “paternalismo volitivo” supone que “a veces la coacción puede hacer que las personas logren aquello que quieren lograr y, por lo tanto, dicha coacción funciona en provecho del interés volitivo”¹¹⁰. Este paternalismo superficial se encarga solamente de forzar a las personas a tomar precauciones que son razonables dentro de su propia estructura de preferencias y es, por tanto, defendible exclusivamente desde la perspectiva de los intereses volitivos¹¹¹.

¹⁰⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald (1995). “Foundations of Liberal Equality” en DARWALL, Stephen (ed.) *Equal Freedom: Selected Tanner Lectures on Human Values*. Cambridge, Mass.: University of Michigan Press, pp. 257 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 264.

¹⁰⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 271.

¹⁰⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 267 – 271: “integridad ética es la condición que una persona alcanza cuando es capaz de vivir con la convicción que su vida, en sus características centrales, es una vida apropiada para ella, [y] que ninguna otra vida que ella pudiera vivir sería un mejor respuesta para las circunstancias de su situación ética correctamente juzgada” (p. 267).

¹⁰⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald (1994). *Op. cit.* (N. 40), pp. 272 – 279.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald (1989). *Op. cit.* (N. 100) p. 485.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald (1995). *Op. cit.* (N. 105) p. 272.

En este sentido, la visión liberal de la vida según el modelo del desafío no excluye toda clase de paternalismo “porque el defecto que ésta encuentra en el paternalismo puede ser superado por la aprobación si el paternalismo está suficientemente limitado en su extensión y en su plazo (*short-term*) como para hacer también significativas las decisiones tomadas bajo constricción aun si la aprobación nunca llega”¹¹². Bajo estas exigencias se podría actuar de forma paternalista en los siguientes tipos de supuestos: casos de “debilidad de voluntad” en los que es razonable un incentivo para poner en práctica una decisión ya tomada (obligatoriedad del uso de cinturones de seguridad)¹¹³; casos en que se actúa bajo presión psicológica o alteración depresiva poniendo en peligro la vida o la integridad física y en los que es razonable suponer que una vez superado dicho estado el individuo en cuestión aceptará como correcta la intervención (evitación del suicidio que atraviesa una crisis de depresión)¹¹⁴; casos de decisiones evidente e insalvablemente irracionales (casos graves de demencia que convierte a quienes la sufren en incompetentes para la toma de decisiones)¹¹⁵.

3.5.3.3 C. S. Nino: paternalismo no perfeccionista

En el marco de la exposición de los fundamentos de su teoría moral C. S. Nino considera que con el objetivo de delimitar un ámbito de paternalismo justificado se debe comenzar por distinguir éste del perfeccionismo, que resulta incoherente con el principio de autonomía de la persona¹¹⁶. Entonces, un paternalismo no perfeccionista estaría únicamente “dirigido a proteger a los individuos contra actos y omisiones de ellos

¹¹² *Ibid.*, p. 265.

¹¹³ *Cfr. Ibid.*, p. 264.

¹¹⁴ *Cfr. DWORKIN*, Ronald (1994). *Op. cit.* (N. 40), p. 251.

¹¹⁵ *Cfr. Ibid.*, pp. 293 – 304.

¹¹⁶ *Cfr. NINO*, Carlos S. (2007) *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2ª. Ed. Buenos Aires: Astrea. El paternalismo estatal “no consiste en imponer ideales personales o planes de vida que los individuos no han elegido, sino en imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente” (p. 414).

mismos que afectan a sus propios intereses subjetivos o las condiciones que los hacen posibles”¹¹⁷.

Desde la posición de C. S. Nino, los principales tipos de acciones paternalistas que, sin menoscabar la libertad de elección de formas de vida, se podrían compaginar con el principio de autonomía serían los siguientes. Primero, las que únicamente sirven “proveyendo la información que pueda resultar relevante (como la que se refiere a los daños del consumo de tabaco)”¹¹⁸. Segundo, las que funcionan “haciendo más difíciles ciertos pasos y obligando de esta manera a que se medite más cuidadosamente acerca de ellos (como en el caso de los trámites para el casamiento y el divorcio)”¹¹⁹. Tercero, las que operan “eliminando ciertas presiones que pueden determinar que se formen decisiones autodañosas (como cuando se hace punible el desafío al duelo)”¹²⁰. Cuarto, los casos en que “se trata de combatir una presunta debilidad de voluntad, o sea una actuación consciente en contra de intereses más importantes que el individuo reconoce como mucho más importantes que los deseos que conducen a esa actuación [*sic*”¹²¹ (como cuando se hace obligatorio el uso del cinturón de seguridad al conducir un automóvil). Según el profesor argentino para cada uno de estos grupos de supuestos existiría una medida diferente de intervención paternalista justificada conciliable con el principio de autonomía¹²².

Respecto a los dos primeros grupos de casos, no existiría mayor problema de fundamentación en la medida en que las acciones paternalistas solamente están

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 415 y 416.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 416.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ *Idem*.

¹²² Cabe anotar que además de estas medidas paternalistas de carácter particular, son siempre compatible con la autonomía personal “un tipo de paternalismo genérico” como el de “muchacha gente que tiene una fuerte preferencia por delegar en otras personas o en ciertas autoridades la regulación de importantes aspectos de su vida, incluso de aspectos tales como su actividad sexual, sus relaciones familiares, sus esparcimientos, etcétera” (*Ibid.*, p. 418). Una sociedad liberal es compatible con ese paternalismo genérico “siempre que se ejerza a través de comunidades voluntarias que actúen libremente en el seno de aquella, es decir comunidades en las que los individuos tengan plena libertad de ingreso y egreso, con el mínimo costo posible” (*Idem*).

destinadas a que el sujeto beneficiado conozca la información relevante sobre los riesgos y posibles consecuencias de su acción o a que realice un adecuado enjuiciamiento sobre la conveniencia de realizar cierto tipo de acciones que pudieran resultar dañosas y en gran medida irreversibles. Aquí no se discuten los fines que las personas libremente han elegido, sino que se promueve que la persona esté en mejores condiciones para la toma de decisiones autónomas¹²³. Salvo en casos de peligro inminente, “la forma apropiada de subsanar deficiencias en el conocimiento de la gente consiste en difundir información y proveer elementos de juicio que puedan ser libremente apreciados por sus destinatarios”¹²⁴.

En relación al tercer grupo de casos propuestos, a pesar del ejemplo de la “prohibición penal de duelo” seleccionado, la intensidad justificada de la medida paternalista debería ajustarse de tal manera que funcione solamente eliminando “presiones que pueden determinar” la adopción de “decisiones autodañosas”¹²⁵ y no se convierta en la imposición de una forma de vida “no riesgosa”. Esto es así pues, como el mismo C. S. Nino sostiene, el derecho a la vida no es por definición “indisponible” y, por tanto, no existe un deber de evitar riesgos para la vida cuando se conocen los riesgos de la acción¹²⁶. Razón por la cual en este tipo de casos no podría tratarse de una prohibición penal absoluta del duelo sino únicamente de soluciones como las propuestas para los dos primeros grupos de casos.

Finalmente, en la clasificación propuesta, el cuarto grupo de casos resulta particularmente problemático pues se trata de combatir una presunta “debilidad de voluntad” expresada en una actuación consciente en contra de intereses que el individuo

¹²³ *Cfr. Ibid.*, p. 114.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 432.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 116.

¹²⁶ *Cfr. Ibid.*, pp. 466 – 478: “[l]a disponibilidad en cuestión sería aplicable a cualquier bien, incluso a la vida, la integridad física y la libertad de movimientos (esta disponibilidad solo estaría restringida en las circunstancias que (...) hacen legítimo un paternalismo estatal)” (p. 473).

reconoce como de mucha mayor trascendencia que los que orientan su acción actual¹²⁷. Lo peligroso de la medida paternalista para estos casos radica en que “es muy difícil distinguirlos en la práctica de casos de valoraciones divergentes”¹²⁸. Pero el riesgo de la que la intervención sea injustificada se atenúa “cuando se trata de intereses que suelen ser reconocidos como primordiales y los actos que se imponen no suelen ser (ellos mismos o sus consecuencias) seriamente perturbadores para la gama de planes de vida que de hecho la gente adopta”¹²⁹. No obstante, anota C. S. Nino que si bien existen “bienes que pareciera que todo individuo racional reconoce, puesto que ellos son necesarios para cualquier otro fin que él elija perseguir; entre ellos se encuentran la salud y la preservación y la preservación de la capacidad de elegir”, no se debe perder de vista que “aun en relación con estos bienes se presentan casos en que ellos son desplazados por otros intereses de los individuos”¹³⁰. Aquí encajarían los planes de vida poco comunes amparados en el ejercicio de la libertad religiosa o la diversidad cultural en los que las medidas paternalistas podrían suponer la vulneración de la autonomía personal¹³¹.

Entonces, con mayor precisión, explica C. S. Nino que “la existencia de estos casos de debilidad de voluntad justifica sin duda una injerencia paternalista cuando es razonable suponer que la conducta autolesiva tiene a ese factor como origen en la mayoría de las situaciones; y esto ocurre, sobre todo, cuando la conducta prudente representa un costo

¹²⁷ Explica C. S. Nino que estos supuestos de paternalismo justificado implican el rechazo de la teoría defendida por algunos filósofos según la cual “si alguien tiene cierto interés predominante y reconoce que debe ejecutar determinada acción para promoverlo (o no frustrarlo) y no está incapacitado para hacerlo, entonces necesariamente la realiza; en caso contrario, habría que inferir que el interés en cuestión no era genuino o no era el interés predominante del individuo” (*Ibid.*, p. 431). Sin embargo, “parece razonable admitir que, en algunos casos, el fenómeno de la ‘debilidad de voluntad’ juega un papel relevante, y que los filósofos que lo rechazan *a priori* lo hacen porque han adoptado un concepto de aceptación un principio moral o prudencial tan fuerte que solo permite afirmar que alguien acepta un tal principio cuando actúa de conformidad con él” (*Ibid.*, p. 432).

¹²⁸ *Ibid.*, p. 416.

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ *Cfr. Ibid.*, p. 430: “en la medida que tal legislación está dirigida a proteger intereses que sus propios titulares no perciben ni reconocen, el paternalismo se confunde con el perfeccionismo, puesto que los bienes protegidos no están en función de los fines libremente asumidos por los individuos, sino en función de los fines que, se supone, los individuos necesariamente tienen, los reconozcan o no”.

¹³¹ *Cfr. Idem.*

ínfimo para gran parte de los individuos”¹³² ¹³³. Sin embargo, como bien entiende C. S. Nino en el caso de amenazas penales mayores como las impuestas por el derecho penal, como las que se destinan para la posesión de drogas ilegales para consumo, una injerencia paternalista estaría justificada solamente si se logra aislar los casos de “debilidad de voluntad” de los casos de “valoración diferente de los bienes involucrados”¹³⁴. De esto se puede derivar para los cuatro grupos de supuestos arriba planteados que el problema del paternalismo penal y lo que lo hace difícilmente justificable radica en que en virtud de la generalidad de sus prohibiciones no es posible aislar los casos en los que su aplicación resulta justificada sin afectar la eficacia de las medidas, como resultado “tanto el castigo efectivo como la compulsión implícita en la amenaza de pena se proyectan sobre todos los casos”¹³⁵

3.5.3.4 G. Dworkin: consentimiento de individuos racionales

Una de los aportes más significativos a la teoría del paternalismo lo constituye la clásica tesis de G. Dworkin según la cual la justificación de este tipo de medidas debe buscarse en alguna variante del consentimiento que pudiera aportar la persona en cuyo interés se realiza la restricción de libertad. Así, expresa el autor:

*La noción básica de consentimiento es importante y me parece la única vía aceptable para intentar delimitar un área de paternalismo justificado*¹³⁶.

Sin embargo, resulta claro que el consentimiento del que se trata no es el “consentimiento actual” de la persona beneficiada en cada situación concreta sino más bien el consentimiento abstracto que todo hombre enteramente racional (*fully rational individual*) estaría dispuesto a expresar si pudiera ser consultado frente a la probabilidad de

¹³² *Ibid.*, p. 433.

¹³³ Un ejemplo de este tipo de situaciones sería el ya citado caso de los cinturones de seguridad en el que “la amenaza de una pena puede servir para fortalecer la voluntad del sujeto imprudente” o en el que incluso “el mismo individuo considere conveniente, en su propio caso, que el uso del cinturón sea compulsivo puesto que ello lo hace menos proclive al olvido y le permite eludir mejor ciertas reacciones sociales frente a la excesiva precaución” (*Idem*).

¹³⁴ *Cfr. Ibid.*, p. 430: más aun en casos ya avanzados de adicción que puedan entenderse como “casos de incapacidad física solamente justifican medidas paternalistas de índole curativo”.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ DWORKIN, Gerald (1972). *Op. cit.* (N. 55), p. 10.

afrontar cierto tipo de daño^{137 138}. Por esta razón en la investigación sobre la justificación del paternalismo, de lo que se trata es de buscar “cierto tipo de condiciones en las que sea plausible suponer que hombres racionales prestarían su acuerdo para limitar su libertad aun cuando intereses de terceros no sean afectados”¹³⁹. El estudio de estas condiciones puede realizarse a través de grupos de casos en función de tres tipos de variables: racionalidad de la acción, contexto de presión psicológica o social, y conocimiento de las consecuencias de la conducta.

En el primer grupo de casos, referido a supuestos de irracionalidad, se pueden identificar tres diferentes situaciones en las que una medida paternalista encontraría justificación. Primero, es posible identificar la irracionalidad de una conducta cuando el sujeto efectúa una “incorrecta ponderación de los bienes en conflicto”¹⁴⁰. Esto sucedería, por ejemplo, cuando una persona conociendo las certeras estadísticas sobre la probabilidad de resultar gravemente herida o muerta en un accidente de tránsito por no usar un cinturón de seguridad, insiste en que la inconveniencia de ajustarse el cinturón cada vez que pone en marcha el vehículo supera en peso los posibles riesgos para su integridad. Segundo, un sujeto se muestra irracional cuando “no consigue actuar en concordancia con sus reales preferencias y deseos”¹⁴¹. Una variante del ejemplo anterior ilustra este tipo de problema, consideremos una persona que valora suficientemente su integridad física como para estar de acuerdo con el uso del cinturón de seguridad pero que evita usarlo cotidianamente. Tercero, también sería sinónimo de irracionalidad el

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ Desde esta perspectiva las medidas tendrían la forma de “políticas de aseguramiento social” (*social insurance policies*) que, “puesto que somos conscientes de nuestra propensión hacia la irracionalidad, deficiencias cognitivas y emocionales, e ignorancia vencible e invencible, es racional y prudente adoptar” (*Ibid.*, p. 11).

¹³⁹ *Idem.*

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴¹ *Idem.*

actuar presa de una evidente “ilusión cognitiva” (*cognitive delusion*) como la de quien cree que saltando a través de una ventana logrará elevarse en el aire^{142 143}.

El segundo grupo de casos está referido a decisiones que son tomadas bajo extrema presión psicológica o social; decisiones del tipo de cometer suicidio, que es usualmente tomada en un momento en que la persona no es capaz de pensar con claridad y calma sobre la naturaleza de su elección¹⁴⁴. Con base en este tipo de situaciones se entiende que diversas legislaciones nacionales contienen medidas paternalistas para prevenir el suicidio, como lo es el considerar como delito la colaboración en este de tipo de acciones aun cuando se contara con el consentimiento del suicida¹⁴⁵.

Un tercer grupo de casos, incluye aquellos en los que las personas involucradas no son suficientemente conscientes o no han apreciado correctamente los riesgos de su acción¹⁴⁶. Entre estos casos se encuentra la aplicación de medidas paternalistas para supuestos como el siguiente: un fumador de tabaco puede conocer los hechos pero no haber ponderado cada uno correctamente en su cálculo, dado que psicológicamente

¹⁴² Cfr. *Idem*.

¹⁴³ Frente a esta última situación la justificación para evitar que el sujeto presa de tal ilusión realice la acción viene dada por la sencilla suposición de que si éste conociese las reales consecuencias de su conducta no desearía llevarla a cabo. Asimismo, en el primer ejemplo de los cinturones de seguridad es razonable suponer que si la persona que valoraba irracionalmente la inconveniencia de su utilización se viera involucrada en un accidente y resultara severamente lesionada, ésta, mirando hacia atrás, terminaría por admitir que tal inconveniencia no era del todo negativa. Mientras que en el segundo ejemplo, en realidad no existirían mayores inconvenientes en aceptar que la obligación de usar el cinturón de seguridad no hace más que aportar una razón más para poner en práctica los propios deseos frente a una posible debilidad de voluntad. Para G. Dworkin los casos expuestos hasta aquí nos permiten aceptar como plausible justificación de la medida paternalista un argumento del siguiente tipo: “si pudiese convencerlo de las consecuencias de su acción él no desearía continuar su actual curso de acción” (*Idem*).

¹⁴⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 13.

¹⁴⁵ Desde la perspectiva de G. Dworkin en los casos de presión psicológica o social, no existiría razón para que individuos racionales consintieran una absoluta prohibición pero sí sería razonable para ellos estar de acuerdo con cierto tipo de “periodo de espera razonable” (*enforced waiting period*) (*Idem*). Considera el autor que “puesto que todos somos conscientes de la posibilidad de estados temporales, como gran miedo o depresión, que perjudican la toma de decisiones racionales y bien informadas, sería prudente para todos nosotros si existiera cierto tipo de acuerdo institucional por el cual se nos impida adoptar una decisión que es totalmente irreversible” (*Idem*). Con esto se apuntaría a que acciones para las que no hay vuelta atrás deban atravesar un “periodo de fría reflexión” (*cooling off period*) para finalmente llevarse a cabo.

¹⁴⁶ Cfr. *Idem*.

minimiza los riesgos que son remotos en el tiempo y/o maximiza el atractivo de otras consecuencias inmediatas de su decisión que se estiman benéficos¹⁴⁷.

En conclusión, G. Dworkin considera que en todos los supuestos expuestos es plausible que individuos racionales consentirían otorgar a los legisladores el derecho de imponerles restricciones a la libertad cuando realizaran conductas autorreferentes, siempre que tal imposición respete los siguientes dos principios. Primero, en todos los casos de legislación paternalista debe haber un exigente y explícito estándar de carga de la prueba de responsabilidad de las autoridades orientado a demostrar la naturaleza de los consecuencias dañosas (o benéficas) a ser evitadas (o alcanzadas) y la probabilidad de su ocurrencia, de lo cual se deduce que ningún ciudadano está obligado a probar que su conducta en cuanto que es autorreferente promueve sus mejores intereses¹⁴⁸. Segundo, si hay una alternativa para alcanzar la finalidad deseada sin restringir la libertad, entonces, a pesar de que tal alternativa implique grandes gastos o inconvenientes, la sociedad debe adoptarla¹⁴⁹.

3.5.3.5 J. Harris: defectos en la toma de decisiones

Para J. Harris la justificación del paternalismo debe buscarse en las dos dimensiones del respecto por las personas en las que se sustenta la ética: la consideración por su bienestar y el respecto por sus deseos¹⁵⁰. Así, expresa el profesor inglés:

*Lo único que hace al paternalismo moralmente respetable es su pretensión de ser una parte esencial de lo que es el respeto por las personas*¹⁵¹.

¹⁴⁷ Para G. Dworkin, este último tipo de casos resulta especialmente problemático respecto de la justificación de las medidas paternalistas que pudieran aplicarse. Si bien en cierto sentido se estaría imponiendo un bien sobre una persona que, dada su actual estimación de los hechos, no desea ser refrenada; en otro sentido, no se trataría de una imposición si se argumenta que una cuidadosa estimación de su parte la conduciría a descartar su curso de acción actual (*Cfr. Ibid.*, p. 14). Un correcto examen de estos casos implicaría enjuiciar la intensidad de la privación infringida a fin de valorar si se prohíbe totalmente la participación de la persona en determinada actividad o únicamente se restringe su participación en ella y cuán importante es la ausencia de tal restricción para la naturaleza de la actividad cuándo es ponderada con la importancia del rol que tal actividad juega en la vida de la persona en cuestión (p. 14). Para ilustrar esta consideración bastaría con imaginar cómo afectaría la prohibición del montañismo a la concepción que de sí misma tiene una persona que ha dedicado su vida a la práctica de esta actividad.

¹⁴⁸ *Cfr. Ibid.*, p. 15.

¹⁴⁹ *Cfr. Idem.*

¹⁵⁰ *Cfr. HARRIS, John (1985). Op. cit. (N. 73), p. 193.*

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 200.

En este marco teórico, el paternalismo debe observarse como un caso de conflicto entre las dos dimensiones del respeto por las personas que se presenta cuando nosotros y la persona cuya conducta juzgamos, estamos en desacuerdo sobre las acciones a las que la consideración por su bienestar conduce o cuando, si bien no existe desacuerdo sobre lo anterior, la persona en cuestión no desea mejorar su propio bienestar¹⁵². En estos casos, una medida paternalista inspirada en la consideración por el bienestar de los otros no puede ser consistente con el respeto para ellos como personas cuando sus elecciones puedan ser validadas como “máximamente autónomas” (*maximally autonomus*)^{153 154}.

En este sentido, cabría discutir la justificación del paternalismo exclusivamente en los casos en que la autonomía individual presente alguno de los siguientes tres tipos defectos:

1. Defectos en la habilidad individual para controlar ya sea sus deseos o sus acciones o ambas;
2. defectos en el razonamiento del individuo;
3. defectos en la información de la que el individuo dispone y sobre la cual éste basa su decisión¹⁵⁵.

Primero, la capacidad individual para controlar las propias decisiones puede ser defectuosa por diversas causas. Aquí debe citarse como la más tradicional el estar afectado de una enfermedad mental que haga irrazonable el considerar a quien la sufre, en algún sentido, en control de sí mismo. Sin embargo, ante esta situación debería demostrarse que la enfermedad es de tal magnitud que haga que ninguna de las decisiones del individuo pueda ser considerada como genuina o que una concreta

¹⁵² Cfr. *Idem*.

¹⁵³ Cfr. *Idem*.

¹⁵⁴ Como explica J. Harris, la autonomía es “autogobierno” y las personas son consideradas autónomas en la medida que son capaces de controlar sus propias vidas y, en cierta medida, su propio destino en ejercicio de sus facultades; sin embargo, “la plena autonomía y las elecciones individuales plenamente autónomas [(*fully autonomous individuals choices*)] son, en ese sentido, nociones ideales a las cuales, en el mejor de los casos, solo aspiramos a aproximarnos en mayor o menor medida” (*Ibid.*, p. 195). Esto es así porque existen diversos tipos de situaciones que socavan la capacidad individual para la toma de decisiones autónomas, entonces examinando estos tipos de situaciones podemos esclarecer cuándo las medidas paternalistas se hallan justificadas por imperfecciones en la autonomía de las decisiones individuales.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 196.

decisión no pueda ser tomada como tal¹⁵⁶. Otro tipo de supuestos son las circunstancias en las que un individuo puede experimentar su “comportamiento controlado por deseos que él no desea tener”, observándose una tensión entre un “deseo de primer orden” (*first-order desire*) y un “deseo de segundo orden” (*second-order desire*)^{157 158 159}.

Segundo, los defectos en el razonamiento del individuo afectan su autonomía cuando sus decisiones son tomadas con base en inferencias inválidas^{160 161}. Cabe anotar que los defectos en el razonamiento que son aptos para justificar una intervención paternalista son solamente los que afectan la capacidad del agente para tomar decisiones autónomas y no aquellos que, a pesar de ser lógicamente inválidos, funcionan como meras racionalizaciones no operativas respecto de genuinas decisiones sustentadas en caprichos¹⁶². En este punto tampoco pueden ser reputados como “defectos en el razonamiento” que justifiquen por sí mismos una medida paternalista las creencias excéntricas sustentadas en motivos religiosos “ya que puede que las creencias religiosas no estén fundadas en consideraciones racionales y deban ser tratadas como asuntos de fe”¹⁶³.

Tercero, en el caso en que las decisiones de un individuo se basan en información incompleta o dependen de esta información en un sentido crucial, estas decisiones son

¹⁵⁶ *Cfr. Idem.*

¹⁵⁷ *Cfr. Idem.*

¹⁵⁸ Un ejemplo de este tipo de desorden puede hallarse en una persona adicta que manifiesta un “deseo de primer orden” por consumir drogas y un “deseo de segundo orden” de no ser un más un adicto.

¹⁵⁹ Cabe anotar que en estos casos la legitimidad de una intervención paternalista no radica en defectos en la estabilidad temporal de los propios intereses individuales. El argumento de la inestabilidad de los propios intereses individuales como justificación del paternalismo se sustenta en el hecho que no resulta sorprendente que las decisiones tomadas por una persona en determinada etapa su vida puedan ser juzgadas como absurdas o simplemente erradas por la misma persona en alguna etapa posterior de su propia existencia, momento en que la persona puede inclusive arrepentirse de sus primeras decisiones. Sin embargo, como aclara J. Harris, este tipo de argumento resulta incoherente pues “revela un error fundamental acerca de la naturaleza de la autonomía. (...). Ser autónomo y autodeterminado significa solamente ser capaz de accionar según se desea –y no: ser capaz de accionar según se deseará en un tiempo futuro” (*Cfr. Ibid.*, p. 199).

¹⁶⁰ *Cfr. Ibid.*, p. 198.

¹⁶¹ Un ejemplo es el de quien tras constatar que un hombre que vivió hasta los ciento veinte años fumaba en promedio un centenar de cigarrillos por día, decide hacer lo mismo a fin de alcanzar similar longevidad o en todo caso considera que los cigarrillos no lo afectarán “porque al hombre en cuestión no le afectaron”

¹⁶² *Cfr. Idem.*

¹⁶³ *Ibid.*, p. 202.

menos autónomas únicamente en la medida en que carecen de tal información relevante¹⁶⁴. Está de más indicar que esta falta de información puede deberse a una falta de quienes están obligados a suministrarla o a la propia negligencia del sujeto.

Siguiendo a J. Harris en los tres tipos de casos de autonomía defectuosa que no supongan “defectos irremediabiles”¹⁶⁵ las intervenciones paternalistas solamente están justificadas cuando los defectos detectados sean relevantes y la restricción en la libertad esté destinada a que el agente tome conocimiento de los defectos en su procedimiento de toma de decisión, por lo que una vez que la información ha sido suministrada o la inferencia inválida puesta de relieve y el sujeto en cuestión continúa deseando ejecutar su decisión, la justificación para el paternalismo cesa^{166 167}.

3.5.3.6 E. Garzón Valdés: supuestos de incompetencia básica

Los dos conceptos clave para una justificación ética del paternalismo en la teoría de E. Garzón Valdés son los de “incompetencia básica” e “interés benevolente”. Ambos conceptos necesitan ser conjugados para establecer los criterios que permitan evaluar en cada situación si nos encontramos frente un caso de paternalismo justificado en coherencia con una moral crítica liberal y si la medida paternalista puede inclusive ser impuesta como parte de un deber positivo de moralidad¹⁶⁸.

En primer lugar, como explica el mismo E. Garzón Valdés, “puede sostenerse que ‘competencia’ indica la capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con

¹⁶⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 198.

¹⁶⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 202: en los casos de una pérdidas de control graves a causa de enfermedades mentales que causas “defectos irremediabiles” en la autonomía individual no cabría una pregunta por los deseos realmente autónomos del agente, por lo tanto la única cuestión para aquellos que respetan al individuo como persona será cómo tratarlo de la mejor manera para su bienestar.

¹⁶⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 201 y 213.

¹⁶⁷ Así, frente a un suicidio frustrado o a uno inminente, las acciones que corresponderían a alguien que muestra respeto por las personas serían las destinadas detener el suicidio con la finalidad de conocer la causa de la aflicción que pudo haber promovido la acción y a intentar remediarla si fuera posible, asegurándose de que la decisión es máximamente autónoma (*maximally autonomous*) (Cfr. *Ibid.*, p. 203). Sin embargo, si la aflicción fuese insuperable o si el suicida no deseara remediarla y si la decisión fuese autónoma, entonces el observador debería permitir al agente controlar su propio destino y no seguir obstaculizando su acción.

¹⁶⁸ Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. (1988). *Op. cit.* (N. 61), p. 170.

una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta”¹⁶⁹. Debe precisarse que aquí de lo que se trata es de una “competencia básica” para cuestiones de la vida cotidiana¹⁷⁰. Aclara el profesor argentino que quien es “incompetente básico” puede serlo de manera permanente o temporaria, sectorial o total¹⁷¹. Manteniendo este estatuto negativo mientras presente una carencia de “competencia básica”, es decir solamente en la medida en que el sujeto “tiene un déficit con respecto a la generalidad de sus congéneres y, en este sentido, puede decirse que se encuentra en una situación de desigualdad negativa”¹⁷². Considerando lo anterior, es plausible decir que alguien carece de “competencia básica” cuando menos en los casos que a continuación se citan:

- a) Cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill);
- b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (es el caso de Ulises [frente a las sirenas], el de los alcohólicos y drogadictos que menciona el § 114 del Código Civil alemán, o el de la flaqueza del que hablaba Hume);
- c) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales);
- d) cuando actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o bajo amenazas);
- e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos. La incoherencia que resulta de querer X, saber que Y es condición necesaria para lograr X, disponer de Y, no tener nada que objetar contra Y y no utilizarlo, es un síntoma claro de irracionalidad (...) (es el caso de la obligación de los cinturones de seguridad en los automóviles y de los cascos de los motociclistas)¹⁷³.

En segundo lugar, el paternalismo justificable requiere además como condición el “interés benevolente”, éste debe dirigirse hacia el “incompetente básico” únicamente con

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 165.

¹⁷⁰ Se trata de una “competencia básica” y no de una “competencia relativa” que pudiera ser compartida solamente por algunos pocos o relativa únicamente a contextos especializados (*Ibid.*, p. 165). Entonces, la “competencia básica”, es la necesaria para realizar acciones de la vida cotidiana como, por ejemplo, celebración de contratos simples o la comprensión de las disposiciones del Código Penal, puesto que “el limitar los casos de paternalismo justificable a los [incompetentes básicos] ‘I_b’ y no extenderlos a los [incompetentes relativos] ‘I_r’ es importante para evitar caer en una sociedad regida solo por los más talentosos o informados de sus miembros. El paternalismo justificable no tiene por el lo nada que ver con un Estado platónico gobernado por filósofos” (p. 167).

¹⁷¹ *Cfr. Ibid.*, p. 166.

¹⁷² *Idem.*

¹⁷³ *Cfr. Ibid.*, pp. 165 y 166.

el objetivo de “superar los inconvenientes que trae aparejada la incompetencia básica para el propio incompetente, es decir, procurar que no se dañe a sí mismo”¹⁷⁴. Si este interés benevolente no está presente, entonces no estaremos frente a un caso de paternalismo justificado sino muy por el contrario se tratará de una instrumentalización del “incompetente básico”¹⁷⁵. Solamente cuando la medida en cuestión promueve o defiende su autonomía o aspira a la superación de un déficit de igualdad puede hablarse de paternalismo éticamente justificado¹⁷⁶.

Entonces, las dos condiciones mencionadas, referidas a la “incompetencia básica” y al “interés benevolente”, son necesarias y su conjunción las transforma en suficientes. Resumiendo, la tesis de E. Garzón Valdés supone que “el razonamiento justificante de una medida paternalista tiene pues que partir de dos premisas, una de tipo empírico (la verificación de una incompetencia básica) y otra de tipo ético normativo (el déficit provocado por una incompetencia básica debe ser superado, justamente en aras de la autonomía y la igualdad que quienes sostienen la vigencia exclusiva del principio del daño consideran que son puestas en peligro por el paternalismo jurídico)”¹⁷⁷. La aceptación de estas dos “condiciones necesarias y conjuntamente suficientes” para la justificación moral del paternalismo jurídico “permiten interpretarlo no solo como moralmente permitido sino que también es posible afirmar que está moralmente ordenado como un medio eficaz para la reducción de las desigualdades” bajo la forma de “una obligación moral positiva”¹⁷⁸.

Si se admiten las dos condiciones expuestas, habrá que concluir, como lo hace E. Garzón Valdés, que no es éticamente justificable interferir a través de una medida paternalista en los siguientes casos:

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 167.

¹⁷⁵ *Cfr. Idem.*

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 172.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 168.

¹⁷⁸ *Cfr. Ibid.*, p. 170.

- a) *Cuando alguien con competencia básica quiere dañarse y hasta privarse de la vida para castigarse a sí mismo o porque considera que la vida carece ya de sentido y la muerte es una liberación*¹⁷⁹;
- b) *cuando alguien que posee competencia básica prefiere correr el riesgo de un daño seguro o altamente probable en aras de su propio placer o felicidad (...)*¹⁸⁰;
- c) *cuando alguien con competencia básica arriesga su vida en aras de los demás. En esta categoría pueden ser incluidos quienes sustentan el ideal del héroe*¹⁸¹.

Esto último quiere decir que en los casos en los que una persona con “competencia básica” desea poner fin a su vida o correr riesgos extraordinarios, el paternalismo jurídico no es justificable según la fórmula propuesta por E. Garzón Valdés; lo único que aquí cabría es, siempre que se considerase oportuno, utilizar el consejo o el llamado a la reflexión, puesto que solamente bajo la aceptación de una “concepción metafísico-religiosa del valor de la vida” sería posible justificar la prohibición del suicidio o de las actividades que ponen en grave peligro la vida¹⁸².

3.6 PATERNALISMO JURÍDICO JUSTIFICADO Y PROHIBICIÓN PENAL DE LA EUTANASIA

3.6.1 Paternalismo jurídico y regulación penal del suicidio

El aceptar las tesis liberales de la justificación del paternalismo nos conduciría a afirmar, como consecuentemente lo hace E. Garzón Valdés, que no es éticamente justificable intervenir cuando alguien con competencia básica quiere dañarse y hasta privarse de la vida para castigarse a sí mismo o porque considera que la vida carece ya de sentido y que la muerte es una liberación¹⁸³. Lo único que ante tal situación cabría es, si se considera oportuno, utilizar el consejo o el llamado a la reflexión, porque lo contrario significaría

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 168.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 169.

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² *Cfr. Idem.*

¹⁸³ *Ibid.*, p.165.

aceptar una concepción metafísico–religiosa del valor de la vida, como la que supone que “el mero acto del suicidio es prueba evidente de locura”¹⁸⁴.

Del mismo modo se expresan R. Dworkin, C. S. Nino y J. Harris, cuando afirman que el paternalismo solo estará justificado, desde el punto de vista liberal, en la estricta medida en que se dirija a advertir al agente de los defectos en su proceso de decisión. Una vez que se ha cumplido con esto y que la nueva información ha sido transmitida o el razonamiento inválido puesto de relieve, y el agente persiste en su deseo de ejecutar su decisión, el paternalismo se convierte en injustificado¹⁸⁵.

Entonces, frente a un suicidio frustrado o a uno inminente, las acciones que corresponderían a una persona adoptar serían las destinadas detener el suicidio con la finalidad de conocer la causa de la aflicción que pudo haber promovido la acción y a intentar remediarla si fuera posible. Tras haber cumplido con asegurarse que la decisión fuera autónoma, el observador debería permitir al agente controlar su propio destino y no seguir obstaculizando su acción suicida¹⁸⁶.

Como se aprecia lo fundamental de este tipo de paternalismo débil y lo que lo hace inmediatamente conciliable con los presupuestos del liberalismo político es que la competencia del sujeto no se determina a partir del valor predeterminado del contenido de sus decisiones sino únicamente en virtud de las características del proceso de decisión. Esto quiere decir que la acción elegida es valiosa porque es fruto de un proceso de elección libre. Con esto se puede sostener que la elección por la muerte no es en sí misma considerada signo de incompetencia o irracionalidad.

Sin embargo, parecería que a pesar de lo interesante de la propuesta teórica de R. Dworkin, C. S. Nino, E. Garzón y J. Harris, tal versión del paternalismo débil no sería la adecuada para proteger los derechos fundamentales en los casos en que están en juego

¹⁸⁴ *Idem.*

¹⁸⁵ HARRIS, John (1985). *Op. cit.* (N. 73), p. 201.

¹⁸⁶ *Cfr. Idem.*

bienes tan importantes como la integridad o la vida, más aun si se tratan de situaciones de “no retorno” con riesgo de daños irreparables. La razón por la que este tipo de paternalismo sería insuficiente es de orden práctico pues, en nuestra opinión, sería casi imposible determinar durante el curso de cada acción suicida si se verifican o no en realidad los supuestos empíricos que hacen injustificada la intervención paternalista.

Consideramos que dicho paternalismo débil no tendría casi aplicación respecto del suicidio. En realidad ante la exigencia de una situación concreta en que una persona se encuentre frente a la ejecución de un suicidio, resultaría muy difícil para ésta determinar con seguridad si se trata de una decisión autónoma o si el suicida podría ser considerado como portador de “competencia básica”. Parecería que en la mayoría de casos tal juicio no podría ser emitido sino después de un examen por parte de un especialista, procedimiento que sería imposible si se piensa en los contextos en que se suelen realizar los suicidios¹⁸⁷. Es decir que ante la imposibilidad de contar con evidencia empírica en una situación de riesgo inminente, en la casi totalidad de casos, lo correcto sería intervenir de forma paternalista con la finalidad de evitar la pérdida irreparable de la vida¹⁸⁸.

En este punto cabe recordar algunos datos empíricos. Diversas investigaciones coinciden en observar que en un altísimo porcentaje el comportamiento suicida se produce en circunstancias mentales y/o emocionales irregulares que restringen la autonomía del individuo. Siendo muy frecuente que la mayoría de suicidios patológicos puedan explicarse por algún trastorno de la personalidad como son la esquizofrenia o el *borderline*¹⁸⁹. Mientras que la mayoría de suicidios que se presentan en personas

¹⁸⁷ Se puede pensar por ejemplo en los suicidios que comunmente se informan por los medios de comunicación: casos de envenenamiento, ahorcamiento, disparos de arma de fuego, saltos desde alturas, generalmente en ambientes del propio hogar o en espacios públicos en los que resultaría absurdo contar con la presencia de un especialista que pudiera de forma inmediata diagnosticar la competencia del suicida.

¹⁸⁸ Cfr. DWORKIN, Gerald (1972). *Op cit.* (N. 55), pp. 12 y 13.

¹⁸⁹ Cfr. REYES PORTOCARRERO, Bertha (2007). “Depresión y suicidio concomitante en pacientes hospitalizados por trastornos mentales”. *Avances en Psicología* [Universidad Femenina del Sagrado Corazón]. Lima, N°. de octubre, pp. 35 – 42; VALDIVIA PAREJA, Álvaro E. (2007). “Vacío existencial y

mentalmente sanas se producen en circunstancias de una crisis depresiva producida como respuesta a una situación que la persona percibe como abrumadora pero que bien examinada resultaría en gran medida superable, tales como el fracaso en una relación amorosa, problemas económicos, etc¹⁹⁰. El carácter temporal de tales crisis debe valorarse en relación al dato científico que demuestra que la etapa de mayor riesgo de suicidio es la juventud¹⁹¹.

Entonces, más razonable se muestra la tesis paternalista de G. Dworkin respecto del suicidio. Para el profesor de la Universidad de California los casos de suicidio cumplirían las dos condiciones más comunes en las cuales es posible justificar una intervención paternalista, aquellas en las que un individuo racional consentiría la restricción de su autonomía a favor de su bienestar: 1. Decisiones que producen cambios irreversibles, estas decisiones implican situaciones en las que es difícil o imposible volver al estado de cosas en la que se tomó la decisión original; y 2. Decisiones que se toman bajo presión psicológica y sociológica extremas¹⁹². Siguiendo a este autor estaría justificada la regulación de la evitación de un suicidio ajeno en la medida que impondría a los posibles suicidas un tiempo razonable de reflexión sobre una decisión que es irreversible.

Bajo estas consideraciones nos parece adecuado suscribir la opinión de C. Tomás-Valiente Lanuza cuando afirma que para los casos de suicidio debe operar “una presunción a favor de la incompetencia del sujeto, de tal modo que cualquier tercero que presenciara repentinamente un suicidio se encuentra éticamente obligado (siempre que no haya riesgo para sí mismo) a intervenir para impedirlo”¹⁹³. Esto se justifica en la gran

riesgo suicida en pacientes con trastorno de personalidad *borderline*”. *Persona* [Universidad de Lima]. Lima, N°. 10, pp. 179 – 197.

¹⁹⁰ Cfr. HANCCO PAREDES, Luz D. y Arturo A. PÉREZ CHÁVEZ (2006). “Factores de riesgo del intento de suicidio”. *Revista de Psicología* [Universidad Católica de Santa María]. Arequipa, Vol. 3, p. 52.

¹⁹¹ Cfr. *Ibid.*, p. 51.

¹⁹² Cfr. DWORKIN, Gerald (1972). *Op cit.* (N. 55), pp. 12 y 13.

¹⁹³ Cfr. TOMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen (1999). *Op cit.* (N. 71), p. 99.

probabilidad de que el suicida presente alguna enfermedad mental y/o que esté atravesando una crisis depresiva que le impediría evaluar de manera enteramente racional una decisión irrevocable de renuncia a su vida y ante la imposibilidad, en la mayoría de casos, de comprobar lo contrario de manera instantánea.

Con lo dicho hasta aquí se puede resumir lo siguiente: si bien las personas tienen la libertad de terminar con su vida de forma autónoma y de propia mano, esto no hace decaer el deber de los demás de evitar que alguien se suicide en un caso concreto pues la línea entre el suicidio realmente autónomo y el que no lo es resulta extremadamente difícil de evaluar en una situación de apremio. Por esta razón, a nuestro entender no resulta tan relevante, con miras a evaluar la justificación moral de la regulación legal del suicidio, el problema de la justificación moral de un posible suicidio autónomo. Esto es así porque la dificultad del problema no se presenta a nivel de la validez de los principios morales sino más bien en el nivel de su adecuación a una multiplicidad de casos diversos que deberán caer en el marco de una regulación general. Entonces, respecto del comportamiento que implica la disposición de la propia vida resulta necesario evaluar el problema de la conveniencia de adoptar determinada regulación a nivel legal.

De lo anterior se sigue que una posible despenalización de la ayuda al suicidio, orientada a favorecer los posibles casos de suicidios autónomos y racionales en los que el suicida “decide castigarse a sí mismo” o “considera que la vida carece ya de sentido”, supondría desproteger las gran cantidad de casos en que las personas que se quitan la vida se encuentran gravemente afectados por algún trastorno psicológico que los hace recaer en alguno de los supuestos de incompetencia a partir de los cuales es posible construir una justificación liberal de la intervención paternalista. En este sentido, la justificación de la prohibición penal de ayuda al suicidio, entendida como una medida de paternalismo indirecto, se halla en que en la gran mayoría de casos el suicida es

incompetente para consentir válidamente la intervención ajena en el acto por el cual ha decidido quitarse la vida¹⁹⁴.

Mientras que en los demás casos, los supuestos de suicidios autónomos, la amenaza penal para el tercero participante, cumpliría la finalidad de desincentivar en el suicida la realización de acciones que suponen la renuncia irreversible a un bien fundamental como la vida mediante la participación de otra persona¹⁹⁵. Desde nuestro punto de vista esta medida paternalista no sería desproporcionada puesto que el suicida, actuando de forma competente, siempre conservará la posibilidad de realizar el suicidio por sí mismo, asumiendo la completa realización del acto y sin dejar un espacio de duda sobre el grado de responsabilidad que traslada a un tercero¹⁹⁶.

Ahora bien, también es cierto, como ha observado C. S. Nino, que este tipo de argumentación respecto de la justificación paternalista de la prohibición de la ayuda al suicidio aun cuando es en muchos casos razonable, tiene una fuerza de convicción limitada para convalidar una prohibición absoluta de la ayuda al suicidio. Pues “las circunstancias en que estos argumentos se basan son tales que dejan abierta la posibilidad de que las conductas en cuestión sean permisibles si se dan ciertas condiciones (tales como pruebas fehacientes de la voluntad del individuo afectado, realización del acto en un ámbito que sea suficientemente seguro para terceros, etcétera)”¹⁹⁷.

Si bien el análisis del profesor argentino es válido y existe la posibilidad lógica de que se presenten suicidios realmente autónomos (en contextos diferentes a los de la

¹⁹⁴ Cfr. HANCCO PAREDES, Luz D. y Arturo A. PÉREZ CHÁVEZ (2006). *Op. cit.* (N. 190), pp. 51 y 52.

¹⁹⁵ Para C. R. Sunstein la prohibición de la participación en el suicidio tendría “la saludable función de alentar a las personas a enfrentar inclusive los más severos problemas de una manera más constructiva, bloqueando la alternativa del suicidio en casos en los que éste se muestra como la solución más sencilla”. Cfr. SUNSTEIN, Cass R (1997). “The right to die”. *The Yale Law Journal*. New Haven, Vol. 106, N° 4, p. 1129.

¹⁹⁶ En este sentido: JAKOBS (1999). *Op. cit.* (N. 85), p. 70; y CALSAMIGLIA, Albert (2002). “Sobre la eutanasia” en VÁSQUEZ, Rodolfo (ed.). *Bioética y Derecho: fundamentos y problemas actuales*. 2ª. Ed. México: ITAM/FCE, p. 160. Para el profesor español si la persona está capacitada para quitarse la vida por sí misma y desea que sea otro quien se la cause, está trasladando a éste la responsabilidad cuando podría defender sus intereses de manera autónoma.

¹⁹⁷ NINO, Carlos S. (2007). *Op. cit.* (N. 116), p. 469.

eutanasia), parece que serían muy escasos en la práctica. Entonces la ponderación de las consecuencias previsibles para los bienes en juego hace que la posibilidad aislada de casos en los que la ayuda al suicidio aparece como inobjetable no sea suficiente para justificar la introducción de cambios en la legislación penal respecto del suicidio en general¹⁹⁸. Sobre todo si se piensa en los posibles abusos que podrían cometerse. Por lo que, a pesar del argumento de C. S. Nino, para los casos de suicidios autónomos no eutanásicos la prohibición penal de la participación de terceros debería mantenerse aun ante la posibilidad de que pueda probarse fehacientemente la voluntad del suicida¹⁹⁹. Razón por la cual habría que admitir que la prohibición adquiere el carácter de “paternalismo duro” justificado²⁰⁰.

Nos parece que este tipo de solución es conciliable con la justificación liberal que aporta J. Rawls, cuando sostiene que en la posición original, “una vez que la concepción ideal se ha elegido, [los individuos] querrán asegurarse contra la posibilidad de que no desarrollen sus poderes y no puedan satisfacer de un modo racional sus intereses (...) o que, por alguna desgracia o algún accidente, queden incapacitados para tomar decisiones que les beneficien, como ocurre en el caso de personas seriamente disminuidas o

¹⁹⁸ Esta forma de plantear el análisis en dos niveles (moral y jurídico) parcialmente independientes entre sí, puede hallarse en FOOT, Philippa (1977). “Euthanasia”. *Philosophy & Public Affairs*. Princeton, Vol. 6, N° 2, pp. 108 – 112. Para la autora es importante diferenciar la moralidad de un acto individualmente considerado y la moralidad de la inclusión de ese acto por medio de la ley.

¹⁹⁹ Para C. S. Nino el problema del paternalismo penal radica en que en virtud de la generalidad de sus prohibiciones no es posible aislar los casos en los que su aplicación resulta justificada sin afectar la eficacia de las medidas, como resultado “tanto el castigo efectivo como la compulsión implícita en la amenaza de pena se proyectan sobre todos los casos”. Entonces, a partir de la forma de la prohibición penal, el profesor argentino obtiene una conclusión opuesta a la que aquí defendemos. *Cfr* NINO, Carlos S. (2007). *Op. cit.* (N. 116), p. 430.

²⁰⁰ *Cfr* SCOCCIA, Danny (2008). *Op. cit.* (N. 32), p. 373. El autor nos propone como ejemplo de paternalismo duro justificado el siguiente: M, un futbolista profesional, cuya máxima pasión es practicar este deporte y al cual se le debe amputar una pierna como consecuencia de un accidente de tránsito. Claramente esta situación le imposibilitará de por vida practicar competitivamente el fútbol y, si bien ha superado su inicial depresión, considera que su vida ya no tiene sentido y que lo mejor para él sería estar muerto. En casos como éste la prohibición penal de la participación de terceros en la muerte de M solo puede encontrarse justificada en razones de paternalismo duro. Sin embargo, “esta solución al parecer intuitiva resulta razonable si consideramos que la mayoría de personas que han sufrido alguna discapacidad que frustra sus iniciales planes de vida pero que les deja abierta la posibilidad de comprometerse en otro tipo de actividades que puedan resultar valiosas y gratificantes en sus vidas, logran adaptarse a estas nuevas circunstancias”.

mentalmente trastornadas”²⁰¹. Aclarando el mismo filósofo que esta situación podría también justificar formas de paternalismo penal, pues “es también racional que los grupos busquen protegerse contra sus propias inclinaciones irracionales, conviniendo en una escala de castigos que les dará un motivo suficiente para evitar acciones desatinadas, y aceptar ciertas imposiciones proyectadas para reparar las consecuencias lamentables de su conducta imprudente”²⁰².

Las razones expuestas hasta aquí para la prohibición paternalista de la ayuda al suicidio nos muestran que la justificación de la despenalización de la eutanasia, entendida como una forma de renuncia a la vida, debe buscarse en las particularidades contextuales en que ésta se realiza y que la hacen diferente a los actos de suicidio común en los que, como hemos visto, es posible encontrar una justificación liberal para la intervención paternalista, inclusive mediante una norma penal. Serán estas particularidades del contexto eutanásico las que, según nuestra opinión, harían decaer la justificación que asiste al Estado para restringir la libertad individual mediante medidas orientadas a la protección de la vida humana en contra de la voluntad de su titular.

3.6.2 Límites de la justificación paternalista para la eutanasia prohibida

3.6.2.1 Argumento de las alteraciones mentales permanentes

Como se ha expuesto más arriba, J. Rawls (*Vid. Supra* 3.5.3.1), R. Dworkin (*Vid. Supra* 3.5.3.2), y E. Garzón Valdés (*Vid. Supra* 3.5.3.6), coinciden en afirmar que los efectos de los trastornos psiquiátricos permanentes sobre las facultades mentales son una buena razón para considerar a quien los padece como incompetente para la toma de decisiones autónomas, por lo que se justificaría que el Estado los trate paternalistamente. Esto resultaría correcto en el ámbito de conductas autodestructivas si se valoran las conclusiones de estudios científicos que demuestran que gran porcentaje de intentos de

²⁰¹ RAWLS, John (1995). *Op. cit.* (N. 5), p. 234.

²⁰² *Idem.*

suicidio están ligados a la presencia de alguna enfermedad psiquiátrica que explica que el afectado manifieste tal conducta (así tenemos: esquizofrenia, trastorno *borderline*, demencia, paranoia, etc.)²⁰³. No obstante, no está claro qué tipo de consecuencias normativas se pueden derivar de la relación entre conducta suicida y enfermedad psiquiátrica para la prohibición paternalista de la eutanasia para quienes se hallan sufriendo alguna enfermedad en estado terminal.

Ahora bien, cabe aquí distinguir que la presencia de una enfermedad psiquiátrica en el paciente terminal puede generar dos cuestionamientos importantes para el estudio de la permisión de la eutanasia. El primero está ligado a si el paciente psiquiátrico reúne o no las condiciones que lo hagan competente para solicitar la eutanasia cuando se halla padeciendo una enfermedad terminal. El segundo nos plantea la posibilidad de si, independientemente de la pregunta por la competencia de su solicitud, es aceptable que la razón por la que se demande la eutanasia sea el sufrimiento producido por una enfermedad psiquiátrica.

Respecto del primer problema se debe afirmar que el hecho de que las enfermedades psiquiátricas puedan desencadenar conductas suicidas no nos puede conducir a presumir que las solicitudes de eutanasia puedan, en su mayoría, ser explicadas por la presencia de alguna enfermedad de este tipo; mientras que resultaría absurdo sostener que la comprobación de que la mayoría de suicidas hayan sido diagnosticados como pacientes psiquiátricos nos permite pronosticar que quienes demandarían la eutanasia serían en la misma proporción pacientes de aquél tipo²⁰⁴.

En este punto se debe recordar que la presencia de los graves dolores causados por una enfermedad terminal transforma el contexto en el que la decisión de morir es tomada,

²⁰³ En este sentido: REYES PORTOCARRERO, Bertha (2007). *Op. cit.* (N. 189), pp. 35 – 42; VALDIVIA PAREJA, Álvaro E. (2007). *Op. cit.* (N. 189), pp. 179 – 197; y HANCCO PAREDES, Luz D. y Arturo A. PÉREZ CHÁVEZ (2006). *Op. cit.* (N. 190), pp. 48 – 52.

²⁰⁴ Aunque la prevalencia del suicidio entre pacientes con cáncer es superior a la normal a la de la población general, siendo el método más común la sobredosis de analgésicos y sedantes. *Cfr.* CRUZADO RODRÍGUEZ, Juan A. (2010). *Tratamiento psicológico en pacientes con cáncer*. Madrid: Síntesis, pp. 50 y 51.

haciendo que una decisión que formalmente pueda ser equiparada a la del suicidio, en cuanto que implica el deseo de terminar con la propia vida, pueda ser valorada como una elección racional apoyada por motivos que pueden ser, además compartidos intersubjetivamente. Por esta razón habría que admitir al menos teóricamente la posibilidad de que el deseo de muerte sea expresión de la voluntad del paciente y no de la enfermedad mental²⁰⁵. Entonces, el argumento de las alteraciones mentales permanentes en la justificación del paternalismo estatal no resulta apropiado para fundamentar una prohibición absoluta de la eutanasia sino para exigir una regulación legal que permita asegurar que determinado paciente psiquiátrico está, a pesar de su padecimiento, en condiciones de tomar la decisión de solicitar la eutanasia de manera autónoma²⁰⁶.

En relación al segundo problema, el de si, independientemente de la pregunta por la competencia de su solicitud, es aceptable que la razón por la que se demande la eutanasia sea el sufrimiento producido por una enfermedad psiquiátrica, se debe resaltar la diferencia entre las situaciones que atraviesa el paciente terminal y quien padece una enfermedad psiquiátrica. En el primer caso se tiene la certeza de que su muerte está muy cerca y ayudarlo a morir solamente significa adelantar el momento final; mientras que en el segundo caso, el del paciente psiquiátrico que no padece a la vez una enfermedad

²⁰⁵ Así lo propone DWORKIN, Ronald (1994). *Op. cit.* (N. 40), pp. 293 – 304: “cuando las elecciones de una persona afectada de demencia moderada son razonablemente estables, continúan en forma razonable en el tono de su vida anterior, y son inconsistentes y autofrustrantes solo en el mismo grado, más o menos, en que lo son las elecciones de individuos totalmente competentes, podemos todavía contemplarla como alguien que está a cargo de su vida y que, por esa razón, tiene derecho a su autonomía. Pero si sus elecciones y peticiones, no importa cuán firmemente se expresen, se contradicen unas con otras, al azar o de forma sistemática, de modo que no reflejan ninguna coherencia y ningún propósito discernible aunque sea a corto término, entonces, presumiblemente ha perdido su capacidad, que es lo que la autonomía pretende proteger (...) [entonces] todavía tiene derecho a la beneficencia pública: el derecho a que las decisiones sobre estas cuestiones se realicen para satisfacer sus mejores intereses” (p. 294). En esta situación, debe tenerse claro que “el derecho de una persona competente a la autonomía requiere que se respete sus decisiones pasadas acerca de cómo tiene ser tratado en el caso de volverse demente, incluso si ello contradice los deseos que pueda tener en un momento posterior” (p. 298). En este sentido, “si decido, cuando todavía soy capaz que sería lo mejor para mí no continuar la vida en un estado de demencia seria y permanente, entonces, un fiduciario podría contradecirme solo al precio de ejercer una forma inaceptable de paternalismo moral” (p. 303).

²⁰⁶ Así lo ha establecido la Suprema Corte de Holanda a partir de la decisión en el conocido caso Chabot (1994), el psiquiatra que recibe una petición de eutanasia de un paciente psiquiátrico debe evaluar si éste conserva la capacidad para razonar y decidir a pesar de la condición de sufrimiento mental en que se encuentra.

terminal, la persona bien podría vivir muchos años más y encontrar un tratamiento para su mal, por lo que inclusive el carácter “incurable” de su mal podría variar mientras continúe viviendo²⁰⁷.

3.6.2.2 Argumento de la presión psicológica o emocional

Como hemos visto, muchos de los autores analizados, entre los que destaca G. Dworkin (*Vid. Supra* 3.5.3.4), identifican a la presión psicológica como una de las situaciones que justifica la intervención paternalista en los casos de disposición de la propia vida. Aquí resulta importante, en el marco de las alteraciones psicológicas que pueden influir en una conducta suicida, distinguir entre aquellas que se pueden producir sin ninguna base patológica y aquellas que son consecuencia de una alteración psiquiátrica²⁰⁸. El primer caso, hace referencia a situaciones que se producen en la vida cotidiana ante cualquier situación de crisis (enfermedad orgánica, pérdida familiar, crisis de pareja, etc.)²⁰⁹; en el segundo supuesto se trata de estados mentales derivados de una estructura psicopatológica, circunstancia que ha sido abordada en el acápite anterior.

Ahora bien, como explica M. Vidal y Benito, la enfermedad avanzada, severa y discapacitante es un factor asociado al incremento de riesgo de suicidio²¹⁰. Según estudios citados por esta autora aproximadamente el 25% de todos los pacientes con cáncer experimentan síntomas depresivos con una prevalencia que aumenta hasta el 77% o más, en aquellos casos en la enfermedad está avanzada²¹¹. Más concretamente, tales investigaciones muestran que el dolor crónico se asocia a depresión mayor en el 25% de los casos y se acepta que entre el 60% y el 100% de los pacientes con dolor de este tipo,

²⁰⁷ Cfr. ÁLVAREZ DEL RÍO, Asunción (2005). *Práctica y ética de la eutanasia*. México: FCE, pp. 158 - 160.

²⁰⁸ Cfr. ROCAMORA, Alejandro (2012). *Intervención en crisis en las conductas suicidas*. Bilbao: Desclee de Brouwer, p. 94.

²⁰⁹ Cfr. *Ibid.* pp. 94 y ss.

²¹⁰ Cfr. VIDAL Y BENITO, M^a. del Carmen (2012). *Psiquiatría y psicología del paciente con cáncer*. 2^a. Ed. Buenos Aires: Polemos, p. 52.

²¹¹ Cfr. *Ibid.*, p. 51.

tendrán síntomas depresivos, mientras que cuando el dolor es irreducible, el 30% de los enfermos manifiestan trastornos de ansiedad²¹².

Si bien los estudios citados muestran que quien sufre una enfermedad en estado terminal está predispuesto a situaciones depresivas o ansiosas que pudieran influenciar en la toma de una decisión de renuncia a la vida, también cabe percatarse de que, a diferencia de personas físicamente sanas, en las que la depresión puede aparecer como una crisis que puede ser superada con el tiempo, en los pacientes terminales el dolor crónico y el carácter irreversible del deterioro físico pueden ocasionar un estado intermitente de ansiedad, depresión y desinterés por mantenerse con vida en sus actuales condiciones²¹³. Sin embargo, esta situación es en muchas ocasiones consustancial a la psicología del paciente que afronta una enfermedad en fase terminal y no podrá ser superada, por lo cual las exigencias de ausencia de presión psicológica en la toma de la decisión de someterse a la eutanasia debería ser la adecuada para asegurar que la solicitud es suficientemente autónoma aunque estuviera afectada por algún grado de estresor psicológico²¹⁴. En estos casos no podría valorarse, con la misma intensidad que en el suicidio de una persona sana, como una razón de peso la “presión psicológica” para restringir coercitivamente el acto de disposición de la propia vida.

Entonces, a pesar de las cifras expuestas, consideramos que el argumento de la presión psicológica en la justificación del paternalismo estatal no resulta apropiado para fundamentar una prohibición absoluta de la eutanasia; sin embargo, tales datos muestran la importancia de exigir una regulación legal que permita asegurar que el solicitante de la

²¹² *Cfr. Ibid.*, p. 55.

²¹³ Fundamentalmente es posible constatar la presencia de “estrés existencial, que se define como el interés en la confrontación con la mortalidad, el significado de la vida y el mérito como persona. La atención acerca de la muerte, el aislamiento, el significado y la trascendencia de la vida se hacen progresivamente más importantes en las personas con cáncer avanzado” *Cfr. CRUZADO RODRÍGUEZ, Juan A. (2010). Op. cit. (N. 204), p. 45.*

²¹⁴ *Cfr. Ibid.*, p. 43: un momento devastador es la presentación de una recidiva, considerada como un fracaso tanto para el paciente como para los miembros del equipo médico. Las reacciones emocionales son de frustración, indefensión y sentimientos de incontrolabilidad, que después van derivando hacia la aceptación de la situación como una condición crónica.

eutanasia no está actuando en el marco de una crisis emocional pasajera. Por esta razón, al igual que en el acápite anterior, una correcta regulación del procedimiento de solicitud de la eutanasia debería incluir la exigencia de una evaluación psiquiátrica y psicológica que permita descartar que el paciente obre impulsado por algún síntoma psicopatológico o bajo presión psicológica o emocional temporal. En otros casos, la evaluación especializada podría estar orientada a asegurar que el paciente, aun cuando presentara algún grado de estrés psicológico propio de su enfermedad, éste es conciliable con una petición autónoma de eutanasia.

3.6.2.3 Argumento de la irracionalidad

La mayoría de autores liberales coinciden en sostener que las decisiones irracionales son una razón suficiente para justificar una medida paternalista. Sin embargo, a pesar de lo expuesto por G. Dworkin, la racionalidad a la que se hace referencia no puede aquí inferirse de una “incorrecta ponderación de los bienes en conflicto”²¹⁵ o como propone E. Garzón Valdés de la constatación de la incoherencia que resulta de que “alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos”²¹⁶. Por el contrario, como distingue J. Harris (*Vid. Supra.* 3.5.3.5) la única irracionalidad que es posible exigir coherentemente es la que se expresa en defectos formales en el razonamiento de la persona²¹⁷.

Entonces, en la medida que la racionalidad exigida no depende de los fines elegidos en la acción, la irracionalidad de la solicitud de la eutanasia no puede derivarse del deseo de morir en sí mismo considerado. Solamente podrá hablarse de irracionalidad en casos de razonamientos inválidos, como en los siguientes dos supuestos: 1. Cuando sea manifiesta la contradicción entre los fines perseguidos, por ejemplo si se expresa el deseo

²¹⁵ DWORKIN, Gerald (1972). *Op. cit.* (N. 55), p. 12.

²¹⁶ GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988). *Op. cit.* (N. 61), p. 166.

²¹⁷ *Cfr.* HARRIS, John (1985). *Op. cit.* (N. 73), p. 201.

continuar viviendo y al mismo tiempo se demanda la eutanasia; y 2. Cuando los medios seleccionados son instrumentalmente incoherentes con el fin al que se aspira, por ejemplo si demanda la eutanasia con la única finalidad de suprimir el dolor. En este punto cabe afirmar, siguiendo a J. Harris y C. S. Nino, que tampoco puede ser reputado como irracional el deseo de morir sustentado en motivos religiosos ya que por definición las creencias religiosas no están basadas en creencias racionales²¹⁸.

En este sentido, en el contexto de una enfermedad terminal que causa graves y prolongados dolores, el mantenimiento de la prohibición penal de la eutanasia aparecería como una medida de paternalismo duro no justificable en el marco del liberalismo por cuanto se impone a un sujeto que elige racionalmente. Más aún cuando en la sociedad actual puede observarse que dicha racionalidad “existe no solo desde el punto de vista interno (adecuación al orden de valores del propio sujeto) sino también desde una perspectiva intersubjetiva o social”²¹⁹.

Nuestra posición es que la regulación de la eutanasia para enfermos terminales debería obedecer a un tratamiento jurídico de carácter excepcional en el marco de los demás actos que implican la disposición de la propia vida. Considerando el contexto eutanásico del acto, suscribimos la tesis de G. Jakobs, según la cual la protección paternalista de la “seguridad jurídica” de una posible decisión “no racional” o “apresurada”, que pudiera interpretarse resguardada por una prohibición de la ayuda al suicidio o del homicidio a petición, debe decaer ante la “razonabilidad objetiva” del fundamento de la decisión de morir (enfermedad terminal) y del motivo de la petición de

²¹⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 202.

²¹⁹ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen (1999). *Op. cit.* (N. 74), p. 121. Sobre este punto nos parece acertado el diagnóstico de JAKOBS, Günther (1996). *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad.* (tr. de M. Cancio Meliá y M. Sancinetti). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 25 – 28: “(...) correspondientemente, los proyectos de derechos humanos más recientes (también los análogos a la religión) se concentran en la calidad de vida del hombre, provista de sentido, en todo caso en el ámbito privado. Nadie puede imaginarse que alguien postulouse un derecho fundamental ¡a que el Estado le ofrezca un sentido! (...) En otras palabras, una vida que tiene sentido *per se*, justamente no pierde este sentido por el dolor, pero sí una vida cuyo fundamento se agota, por falta de un sentido vinculante, en –como se dice corrientemente- la calidad de vida”.

ayuda al tercero (incapacidad material) para que participe en la ejecución de la muerte bajo la forma de eutanasia²²⁰.

3.6.2.4 Argumento del error de hecho

La relevancia del error de hecho para la justificación liberal del paternalismo ha sido puesta de relieve por G. Dworkin (*Vid. Supra* 3.5.3.4), J. Harris (*Vid. Supra* 3.5.3.5) y E. Garzón Valdés (*Vid. Supra* 3.5.3.6), quienes se han encargado de demostrar que una decisión realmente autónoma es una decisión informada sobre los aspectos esenciales de la situación sobre la que se actúa, por lo que una decisión tomada en base a un “error relevante” justificaría una intervención paternalista. Sin embargo, como puntualizan estos mismos autores, el error cuando es relevante solo fundamenta la restricción de la libertad en la medida suficiente para que la información faltante sea puesta en conocimiento, por lo que una vez entregada la persona deberá poder decidir con absoluta libertad sobre sus acciones²²¹.

Entonces el argumento de la falta de información adecuadamente circunscrito, nos conduce a sostener respecto de la eutanasia, como lo hace J. Rawls, que un Estado no podría fundarse sobre el principio de autonomía y al mismo tiempo denegar la libertad demandada por los solicitantes de la eutanasia sin proporcionarles una oportunidad para demostrar, de la manera que razonablemente se considere prudente, que la convicción que expresan de anticipar su muerte es informada, estable y libre²²². Este punto de partida

²²⁰ Sobre el argumento de la razonabilidad del motivo de la muerte en un contexto análogo al aquí estudiado, a saber, el de la eutanasia voluntaria y la prohibición más general del homicidio a petición, *Vid.* JAKOBS, Günther (1999). *Op. cit.* (N. 85), p. 62: “(...) lo que en una situación de existencia extremadamente reducida o angustiada puede presumirse como una voluntad del paciente objetivamente razonable, de querer una pronta muerte, no puede admitirse en casos similares en los que no existe, fuera de toda duda, un desarrollo natural de los acontecimientos que apunte hacia una muerte inmediata. En estos casos, la petición de que este desarrollo se ponga en marcha puede ser sospechoso de que no se trata de una petición suficientemente madura (...) La prohibición del homicidio a petición que pretende evitar una decisión de morir no suficientemente madura no puede aplicarse, por tanto, a todos los casos de muerte por *cualquier* petición sin más ni más; es decir, dicha prohibición solo rige para los casos de muerte por una petición que no puede ser considerada como objetivamente razonable”.

²²¹ *Cfr.* HARRIS, John (1985). *Op. cit.* (N. 73), p. 203; GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988). *Op. cit.* (N. 61), p. 167.

²²² *Cfr.* RAWLS, John *et al.* (1997). “Assisted Suicide: The Philosophers’ Brief”. *The New Yorker Review of Books*. Nueva York, Vol. 44, N°. 5, p. 4. Recuperado el 30. 06. 2011 de:

implica que el Estado está autorizado solamente a establecer un procedimiento que asegure que las solicitudes de eutanasia sean producto de un juicio informado del paciente terminal que permita a éste realmente ponderar su situación a fin de adoptar la decisión que corresponda realmente a sus intereses y que, por tal razón, no podría ser objetada por el Estado bajo algún argumento paternalista

Sobre esto último, sin entrar a discutir la reglamentación del procedimiento bajo el cual deberían ser controlados los pedidos eutanasia, es necesario señalar de manera preliminar que la no punibilidad de la participación en la ejecución de la muerte del enfermo terminal en aplicación de la eutanasia debe partir de los estándares que han venido desarrollándose en las últimas décadas en el marco de la doctrina del “consentimiento informado” del paciente²²³. Aquí conviene aclarar que el consentimiento informado para el procedimiento de la eutanasia siempre debería estar precedido de un deber general del médico de informar a lo largo del tratamiento al paciente²²⁴.

En virtud del consentimiento informado, explican A. Fraga Mandián y M. Lamas Meilán, el médico debe “informar al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir de forma razonable en la decisión a adoptar por el mismo, por lo que deberá informarse sobre la forma (medios) y el fin del tratamiento médico, señalándole diagnóstico de su proceso, su pronóstico y las alternativas terapéuticas que existan, con riesgos y beneficios, así como la posibilidad, caso de ser conveniente, de llevar el

<<http://www.nybooks.com/articles/archives/1997/mar/27/assisted-suicide-the-philosophers-brief/?page=3>>.

²²³ Cfr. CASTAÑO RESTREPO, María. (1997). *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Bogotá: Temis, p. 373.

²²⁴ Cfr. FRAGA MANDIÁN, Antonio y Manuel M^a. LAMAS MEILÁN (1999). *El consentimiento informado: el consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica*. Galicia: Revista Xurídica Galega, p. 81: “la diferencia en el ámbito teórico [entre consentimiento informado y deber de información terapéutica] reside pues en que mientras el deber de información como presupuesto del consentimiento informado pretende posibilitar un consentimiento del paciente al tratamiento libre de errores (...), el deber de información terapéutica se integra ya en el marco del tratamiento y tiende a asegurar la cooperación del paciente durante la terapia (...) para lograr así optimizar sus resultados curativos.

tratamiento en otro centro sanitario más adecuado”²²⁵. Se debe siempre enfatizar que la información debe brindarse en términos que aseguren la comprensión por el paciente²²⁶.

Ahora bien, para M. Castaño Restrepo, los protocolos de consentimiento informado deberían estar orientados a validar los cuatro factores que determinan la verdadera autonomía del paciente: 1. Conocimiento suficiente en la toma de decisiones, que supone la capacidad de captar los hechos relevantes sobre su estado de salud, sus posibilidades diagnósticas y terapéuticas; 2. Comprensión e intencionalidad relacionada, lo cual implica averiguar si el paciente es capaz de valorar cognitivamente la información recibida, y las consecuencias de su estado de salud, de sus posibilidades diagnósticas y terapéuticas, en fin, si es capaz de comprender para formar intenciones y para proyectarlas hacia el futuro; 3. Ausencia de coacción interna, factores de presión como miedo o dolor que puedan coaccionarlo de manera determinante, lo importante es determinar que el paciente no haya perdido el control como consecuencia de factores internos; y 4. Ausencia de coacción externa, tampoco debe haber perdido el paciente el control de sí mismo por fuerza de factores externos como la autoridad del médico tratante o determinadas presiones de los familiares.

Más concretamente, respecto de la solicitud de eutanasia, para la Corte Constitucional de Colombia, hablar de consentimiento informado supondría cuando menos lo siguiente:

*El consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad suficiente para tomar la decisión*²²⁷.

Desde nuestra posición un esquema liberal de justificación no resultaría suficiente para fundamentar una intervención paternalista en contra de la voluntad del enfermo terminal que demanda la eutanasia cuando éste ha tomado una decisión informada, puesto que se

²²⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 89.

²²⁶ *Ibid.*, p. 94.

²²⁷ SCC N°. C-239/97 de fecha 20.05.1997, § C.3.

carecería de sustento empírico para sostener que el enfermo terminal se equivoca respecto de la evaluación de sus mejores intereses.

3.6.2.5 Argumento de la debilidad de voluntad

El argumento de la “debilidad de voluntad” tal como ha sido empleado principalmente por R. Dworkin (*Vid. Supra.* 3.5.3.2) sostiene que es aceptable un “paternalismo superficial” (*surface paternalism*) siempre que sea posible identificar dos niveles de intereses volitivos²²⁸, observando J. Harris que en estos casos un individuo experimenta su “comportamiento controlado por deseos que él no desea tener”, existiendo una tensión entre un “deseo de primer orden” (*first-order desire*) y un “deseo de segundo orden” (*second-order desire*)²²⁹. Sin embargo, la posibilidad de que este tipo de argumento resulte legítimo depende, como explica el autor inglés, de que se identifiquen intereses de mucha mayor trascendencia para el individuo que los que orientan su acción actual²³⁰ y que la conducta prudente represente un costo ínfimo para gran parte de los individuos²³¹. La confluencia de ambas exigencias haría razonable alegar un hipotético consentimiento subsecuente del beneficiado²³².

No obstante, a diferencia de cómo funcionaría en los casos de suicidio, el argumento de la “debilidad de voluntad” no resulta aplicable a los casos en que un paciente terminal solicita la eutanasia por las siguientes dos razones: 1. No resulta razonable sostener contra la voluntad actual del enfermo terminal que éste tenga intereses que resulten prioritarios cuando su solicitud de eutanasia es autónoma; y 2. Una prohibición de la eutanasia para el enfermo terminal implica una restricción de su libertad que no puede ser calificada como “ínfima”.

²²⁸ *Cfr.* DWORKIN, Ronald (1989). *Op. cit.* (N. 100), pp. 472 y 473.

²²⁹ *Cfr.* HARRIS, John (1985). *Op. cit.* (N. 73), p. 196.

²³⁰ *Cfr.* NINO, Carlos S. (2007). *Op. cit.* (N. 116), pp. 431 y 432.

²³¹ *Cfr. Ibid.*, p. 433.

²³² *Cfr. Ibid.*, p. 434; DWORKIN, Ronald (1995). *Op. cit.* (N. 105), p. 265.

Como bien ha argumentado J. Raz²³³ en el contexto de la sociedad contemporánea el sufrimiento extremo y permanente sin esperanzas fundadas de mejoría es objetivamente una buena razón para que una persona elija de forma autónoma la muerte. Si se asume esto como plausible, entonces no es razonable alegar un hipotético “consentimiento subsecuente” que valide una acción paternalista en un supuesto de “debilidad de voluntad”, puesto que la enfermedad terminal no es un estado pasajero sino que se trata de una situación de progresivo deterioro. Entonces lo más probable es que con el pasar del tiempo las razones que impulsan al sujeto a tomar tal decisión no hayan desaparecido sino que muy por el contrario se hayan reforzado.

En la medida que la tesis de la “debilidad de voluntad” implica una hipótesis razonable de un estado futuro en el que los males que aquejan al paciente desaparecerían, aun un paternalismo duro que pudiera resultar justificado carecería de objeto. Esto es así, porque en los casos de eutanasia no parece razonable argüir que el mero hecho de mantenerse con vida suponga gran contrapeso al juicio negativo del enfermo terminal sobre su calidad de vida actual, sobre todo cuando se da por sentado que sus condiciones de salud no mejorarán. Sería poco real sostener que, como en el caso de un adolescente deprimido, la persona se alegraría posteriormente con la posibilidad que se le brinda de rehacer su vida a partir de la evitación de su muerte.

Más aun, consideramos que en los casos de eutanasia se carecería de sustento empírico suficiente para distinguir concluyentemente entre “deseos de primer orden” y “deseos de segundo orden”. Se debe aquí anotar que el argumento de la debilidad de voluntad está construido sobre la posibilidad de identificar intereses superiores que el propio sujeto privilegiaría sobre otro tipo de deseos de menor jerarquía, de tal manera que uno bien podría invertir el argumento y sostener que el interés por morir es el que debería ser protegido frente a una posible “debilidad de voluntad”. No se podría pues

²³³ Cfr. RAZ, Joseph (2004). *Op cit.* (N. 47), p. 115.

simplemente presumir, a diferencia de en los casos de suicidio, la existencia de un “deseo de primer orden” por mantenerse con vida.

Por otro lado, si deseamos ser coherentes con los presupuestos liberales, el ámbito en el que puede ser aplicado un argumento como el de la “debilidad de voluntad” para fundamentar por sí mismo una intervención de paternalismo duro en contra de la intereses volitivos de una persona está limitado a aspectos en que la restricción de la libertad individual es ínfima en proporción con el daño que se busca evitar²³⁴. Esto se muestra en que la mayoría de autores coinciden en justificar mediante esta tesis medidas del estilo de la de los cinturones de seguridad²³⁵. Mientras que la prohibición de la eutanasia implica penalizar la única vía que tiene un enfermo terminal para disponer de su vida, cuando la falta de fuerza física le impide gozar de la misma libertad fáctica que cualquier otro individuo tiene para tomar su propia vida por propia mano.

Por estas razones, somos de la opinión que este tipo de argumentación no resulta adecuada para fundamentar una intervención paternalista en contra de la voluntad del enfermo terminal que desea morir cuando este ha tomado esa decisión de manera autónoma.

3.6.2.6 Argumento de la irreversibilidad de las decisiones

Algunos autores como G. Dworkin (*Vid. Supra* 3.5.3.4) o C. S. Nino (*Vid. Supra* 3.5.3.3) han puesto de relieve el rol que podría jugar el carácter irreversible de una decisión en la justificación de una medida de paternalismo duro. Con este tipo de argumento se debe considerar que existen cierto tipo de decisiones que suponen un gran riesgo o daño sobre el bienestar individual y que una vez ejecutadas colocarían al sujeto en una situación de “no retorno”. Es decir la persona experimentaría un deterioro tal en su autonomía que

²³⁴ En este sentido: NINO, Carlos S. (2007). *Op. cit.* (N. 116), p. 433; y DWORKIN, Ronald (1995). *Op. cit.* (N. 105), p. 265.

²³⁵ *Cfr.* NINO, Carlos S. (2007). *Op. cit.* (N. 116), p. 432; DWORKIN, Ronald (1995). *Op. cit.* (N. 105), p. 264; DWORKIN, Gerald (1972). *Op. cit.* (N. 55), p. 12; GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988). *Op. cit.* (N. 61), p. 166.

sería imposible para ella seguir actuando racionalmente y dar marcha atrás si es que así lo deseara. Evidentemente en el caso de la eutanasia nos encontramos ante una decisión que una vez ejecutada resulta irreversible.

Se entiende que el valor que se le otorga a la “reversibilidad” de las decisiones tiene sentido si se asume que los individuos que hubieran fallado en prever las consecuencias de su acción o simplemente se arrepientan de su conducta estarían en condiciones de retomar su vida normalmente sin una merma permanente en su autonomía. Entonces solamente en los casos en los que la “irreversibilidad” realmente prive al sujeto de la posibilidad de seguir disfrutando en el futuro de una vida autónoma podrían valorarse positivamente las decisiones “reversibles” frente a las “irreversibles”. Sin embargo, en el contexto de una enfermedad terminal parece acertado afirmar que el trasfondo de “normalidad de la vida” presupuesto en el juicio valorativo sobre la “reversibilidad” simplemente no existe porque el padecimiento hace que la capacidad para llevar una vida autónoma venga decayendo progresivamente frente a la proximidad de la muerte.

Ahora bien, desde el punto de vista liberal, para que la “irreversibilidad” de la decisión en cuestión pueda servir para la justificación de una medida paternalista debe estar acompañada de la exigencia de que la restricción contra la libertad de la persona se “ínfima” frente al daño “grave” e “irreparable”. Sobre la conjunción de ambos elementos nos parece correcto que el Tribunal Constitucional del Perú haya expresado lo siguiente:

Cabe restringir la libertad del ser humano en su propio beneficio, cuando tal restricción sea de grado ínfimo y tenga por objeto evitar la producción de un daño objetivo, grave e irreparable a un derecho fundamental titularizado por la persona restringida en su autonomía²³⁶.

Sin embargo, consideramos que, en el contexto de la eutanasia, la trascendencia de la decisión de renunciar a la propia vida debe valorarse partiendo de que el enfermo terminal está decidiendo sobre la forma en que le interesa afrontar el más acontecimiento

²³⁶ STC Exp. N°. 00032-2010-PI de fecha 19.07.2011, FJ. 54.

más importante del futuro que le resta y no sobre una cuestión trivial²³⁷. En este punto, resulta adecuada la forma en que la Corte Constitucional de Colombia ha ponderado las circunstancias especiales que rodean la eutanasia y cómo afectan éstas el deber del Estado de proteger la vida a través de una medida paternalista justificada. En situaciones tan especiales como ésta, afirma la Corte que:

El deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas²³⁸.

Concluimos por lo expuesto que el argumento de la irreversibilidad de las decisiones no resulta atendible para fundamentar una intervención paternalista en contra de la voluntad del enfermo terminal que en definitiva no está decidiendo entre la vida y la muerte sino que más bien elige como enfrentar una realidad que por sí misma se presenta como inevitable.

3.6.3 Consideraciones sobre la regulación liberal de la eutanasia

Recapitulando lo hasta aquí escrito, dejamos en claro que una vez que se ha afirmado un esquema de justificación liberal de las instituciones políticas (*Vid. Supra* 2.2) y la primacía de la libertad individual como libertad básica (*Vid. Supra* 3.1), interpretación que además resulta plausible respecto de nuestro ordenamiento constitucional (*Vid. Supra* 2.5), cabe afirmar que la libertad individual, protegida por el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (*Vid. Supra* 3.2), hace injustificada la adopción de políticas perfeccionistas que pudieran determinar la forma en que los ciudadanos eligen la “vida buena” que desean llevar (*Vid. Supra* 3.3 y 3.4).

En este sentido, el carácter fundamental y la amplitud de la libertad individual como derecho fundamental implican para la interpretación del derecho a la vida, que éste

²³⁷ Cfr. DWORKIN, Ronald (1994). *Op. cit.* (N. 40), pp. 274 – 277.

²³⁸ SCC N.º. C-239/97 de fecha 20.05.1997, § C.3.

no puede implicar un deber de vivir para los ciudadanos, básicamente por dos razones. Primero, porque la vida ya no puede ser interpretada desde la perspectiva del tradicional principio de “santidad de la vida”, que impone al Estado el deber de tutelarla exclusivamente bajo la forma de un “bien jurídico” que privilegia además su realidad biológica, convirtiéndola en el sustento “ontológico” de los demás derechos y que le otorga el mal entendido carácter de “irrenunciable”. Segundo, porque la interdicción del moralismo y el perfeccionismo jurídicos, hace decaer una supuesta obligación moral de plasmar en la vida ideales de virtud que obliguen a conservar la propia vida aun en las peores condiciones, el derecho no puede ya imponer una “moral supererogatoria”²³⁹.

Si bien en tal contexto resta muy poco espacio para que el Estado pueda restringir legítimamente la libertad individual de los ciudadanos más allá de lo necesario para prevenir y sancionar daños ocasionados a terceros, este espacio restringido es el que corresponde al paternalismo justificado; también es cierto que, en el marco del liberalismo político, es posible alegar buenas razones paternalistas a favor de la actuación del Estado en la prevención y evitación de las conductas suicidas.

Sin embargo, como se ha mostrado en los apartados anteriores los argumentos liberales para la fundamentación del paternalismo respecto del suicidio resultan insuficientes para justificar la restricción de la libertad individual a través de una prohibición absoluta de la eutanasia. Esto es así porque la totalidad de estos argumentos están contruidos de tal manera que lo que hacen es identificar dos grupos de circunstancias que analizadas correctamente solamente alcanzan para delimitar el ámbito de la regulación de la eutanasia pero nunca para su prohibición.

El primer grupo está referido a situaciones de incompetencia que justificarían el paternalismo en la eutanasia solamente mientras que el individuo en cuestión pueda

²³⁹ Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1986). “Los deberes positivos generales y su fundamentación”. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, N°. 3, pp. 24 y 25. Explica el autor que en la base del liberalismo político se encuentra la imposibilidad de exigir deberes generales positivos de mayor intensidad que la del mero “sacrificio trivial”.

superar tal estado, colocándose en condiciones de decidir de manera autónoma, aquí se ubican los argumentos de “alteraciones metales permanentes”, “presión psicológica o emocional”, “irracionalidad” o “error de hecho”. El segundo grupo está referido a contextos en los que es posible alegar que individuos competentes aceptarían un paternalismo superficial en atención al grave daño que les evita con la coacción, es decir se trata de situaciones en las que resulta razonable esperar algo así como un “consentimiento subsecuente”, aquí se ubican los argumentos de “debilidad de voluntad” e “irreversibilidad de las decisiones”; no obstante, en el caso del paciente que solicita de forma competente la eutanasia, esperar tal consentimiento subsecuente es irrazonable, tal como se ha mostrado.

Las limitaciones de los argumentos paternalistas implican que algunos individuos, cuya decisión por el suicidio no pueda ser enteramente desestimada como irracional o imprudente o prematura, deberían contar con una oportunidad razonable para demostrar que su decisión por morir es informada y libre²⁴⁰. En este sentido, la participación de un tercero en la muerte de un enfermo terminal que así lo solicita no debería seguir recayendo bajo los tipos penales de “ayuda al suicidio” u “homicidio a petición”, los mismos que deberían seguir siendo válidos para los demás casos de disposición de la propia vida en los que la norma penal prevendría que individuos incompetentes se dañen a sí mismos o favorecería que individuos competentes puedan realmente adoptar una decisión de morir de manera responsable y seria.

Una regulación jurídica de la eutanasia justificada desde el punto de vista liberal y que además resulta plausible de ser argumentada a partir de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución es la que concibe a la eutanasia como una libertad constitucional limitable que estaría reconocida en la cláusula general de libertad que supone el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 2º Inciso 1). Asumiendo

²⁴⁰ Cfr. RAWLS, John *et al.* (1997). *Op. cit.* (N. 222), p. 4.

este punto de partida el legislador tendría siempre la potestad de restringir la libertad de toda persona para decidir su propia muerte siempre que esté en condiciones de construir una justificación razonable, coherente con la propia libertad individual o con la finalidad de protección de otros derechos fundamentales, principalmente la vida y la dignidad de la persona²⁴¹.

Esta propuesta de interpretación nos parece adecuada con lugar que debería ocupar el derecho penal del Estado Constitucional, entendido como institución política cuya legitimidad para coaccionar la libertad individual depende de su fundamentación en base a principios de justicia liberales expresados en la centralidad de los derechos humanos y en la forma democrática de producción legislativa²⁴². Esto significa entender al derecho penal como una institución democrática orientada a la protección de las libertades²⁴³, frente a la cual los ciudadanos deberían estar en condiciones de ostentar el

²⁴¹ La vinculación entre argumentación pública y liberalismo político ha sido puesta de relieve de manera influyente por J. Rawls a partir de la idea de “razón pública” en RAWLS, John (1995a). *Liberalismo político* (tr. de S. R. Madero Báez). México: FCE, Conferencia VI. Resulta particularmente interesante la tesis del “derecho a la justificación” como el derecho humano más básico en FORST, Rainer (2011). “The Grounds of Critique: on the Concept of Human Dignity in Social Orders of Justification”. *Normative Orders Working Papers*. Frankfurt a. M., N°. 1, p. 3: “reconocer la dignidad significa tratar a las personas como seres titulares de un derecho a la justificación de todas las acciones o normas que lo afectan en un sentido moral relevante –y reconocer que toda persona moral tiene un deber de proveer esta justificación. Desde un punto de vista reflexivo este derecho debe ser visto como el derecho más básico porque es el presupuesto para ser capaz de orientarse uno mismo autónomamente en el espacio social entendido como ‘espacio de razones’”. En el campo de la filosofía del derecho se debe destacar la tesis del discurso jurídico como una práctica orientada hacia la “corrección”, fundamentalmente en ALEXY, Robert (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (tr. de M. Atienza y I. Espejo). Lima: Palestra.

²⁴² Contemporáneamente se ha puesto de manifiesto la necesidad de una teoría de la fundamentación del derecho penal que aborde el problema de la legitimidad a partir de la pregunta por la justicia, cuestión que implicaría privilegiar el punto de vista del participante por sobre el del observador en la teorización sobre una práctica social. En este sentido NEUMANN, Ulfried (2004). “La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad” (tr. de C. Gómez-Jara Diez). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid, 2ª. Época, N°. 13, pp. 148 y 149. Esta distinción había sido introducida en HART, H. L. A. (1961). *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, pp. 86 y 87. El problema de la teorización sobre el derecho penal como una práctica de interpretación y justificación ha sido puesta de relieve por DWORKIN, Ronald (2008). *La democracia posible* (tr. de E. Weikert García). Barcelona: Paidós, Cap. 2.

²⁴³ La consecuencia de asumir una concepción de liberal de los fundamentos del Estado y de la política debe ser la de orientar los fines del derecho penal a la protección principalmente de la autonomía del ser humano como presupuesto primero de su realización individual. Con lo cual se excluye de plano la posibilidad de un derecho penal perfeccionista y se estatuye por regla general la proscripción de que el Estado castigue conductas con fundamentos paternalistas. Así lo resalta PAWLIK, Michael (2010). “La pena retributiva y el concepto de delito” (tr. de P. Gonzáles Rivero) en *La libertad institucionalizada: Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons. Un derecho fundamentado en la dignidad humana entraña “un estricto antipaternalismo que excluye una protección del hombre frente a sí mismo por medio

doble rol de coautores y destinatarios²⁴⁴. Razones por las cuales el reconocimiento del ámbito de discrecionalidad del que goza el legislador para la protección penal de la vida como bien jurídico-penal individual debería encontrar su legitimidad directamente en la tutela del derecho fundamental a la vida y la dignidad de la persona²⁴⁵.

Como sostiene C. Gaviria Díaz, si la vida está consagrada como un derecho, y no como un deber, su titular puede legítimamente seguir viviendo o disponer que cese su curso vital, por lo que “si no está en capacidad de ponerle término él mismo, es lícito solicitar ayuda a un sujeto libre, quien podrá acceder al ruego o rehusarse a hacerlo [y] si elige lo primero, no puede ser penalizado porque no ha atentado contra el derecho de nadie”²⁴⁶. No existe base alguna para justificar la antijuricidad de su conducta. Es que si se acepta, “que la vida es un derecho disponible (...) quien colabora a la efectividad de esa disposición, ante la imposibilidad de hacerlo el propio titular y ante la solicitud

del Derecho penal” (p. 97). Si bien, como se ha señalado, este antipaternalismo debe reflejarse en principio en un ámbito privado vedado a las intervenciones estatales, esta esfera privada no termina en los límites de la propia persona sino que también abarca la propia conducta en tanto se manifiesta a través de contactos consensuados con otras personas. Afirma M. Pawlik que “una concepción teórica de la libertad debe tener en cuenta, desde un principio y en igual medida, las pretensiones de libertad de todos los destinatarios de una regulación penal, es decir, no solo la voluntad del potencial perjudicado, sino también la posición jurídica de aquellos cuyas posibilidades de actuación se vean limitadas por la prohibición en cuestión” (p. 101). También desde una perspectiva liberal y con referencia al suicidio: ZACZYK, Rainer (2010). “Injusto jurídico-penal y la autorresponsabilidad del lesionado” (tr. de N. Pastor Muñoz) en *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 267 y ss.

²⁴⁴ Si, como se ha venido sosteniendo, es la persona humana como agente moral autónomo la que debe asumirse como presupuesto de la organización política y jurídica del Estado Constitucional peruano, coherentemente, un sistema de penas no debiera ser diseñado como algo que “nosotros” hacemos para prevenir que “ellos” delinca. Más bien debiera ser algo que los ciudadanos libres diseñan para regular su propia conducta. Coinciden en esta idea: KINDHÄUSER, Urs (2008). “Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático de Derecho” (tr. J. P. Mañalich). *Ita Ius Esto*. Piura, Año 2, N° 2, p. 68; GÜNTHER, Klaus (2005) *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann, pp. 245 y 246; VON HIRSCH, Andrew (1998). *Censurar y castigar* (tr. de E. Larrauri). Madrid: Trotta, p. 29.

²⁴⁵ Cfr. RAWLS, John (1995b). *Op. cit.*, (N. 5). Las secciones § 17 y § 48 están dedicadas a la discusión del derecho penal. De la revisión obra de J. Rawls se concluye que la sanción penal resulta coherente con la una teoría de la justicia liberal si “el propósito del derecho penal es sostener los deberes naturales básicos” (p. 291) y, además, cuando como institución el sistema penal sea necesario para garantizar las libertades básicas en coherencia con el primero de los principios de justicia: el principio de “igual libertad”.

²⁴⁶ GAVIRIA DÍAZ, Carlos (2001). “La eutanasia. Fundamentos ético-jurídicos para despenalizar el homicidio piadoso consentido”. *Consigna*. Bogotá, N° 468, p. 3. Recuperado el 06.06.2011 de: <<http://www.dmd.org.co/pdf/lacutanasia.pdf>>.

inequívoca del mismo, no puede incurrir en conducta jurídicamente reprochable, por no existir objeto que amparar²⁴⁷.

Consideramos, entonces, que las prohibiciones penales de la “ayuda al suicidio” (Art. 113° del Código Penal) y del “homicidio a petición”, regulado en el caso peruano como “homicidio piadoso” (Art. 112° del Código Penal), son legítimas solo en la medida que el Estado protege al individuo frente a los daños que pudiera sufrir, bien porque no es competente para decidir con autonomía o porque, siendo competente, la forma que autónomamente ha elegido para quitarse la vida podría facilitar la comisión de abusos por el tercero participante. En este sentido, ambos tipos penales no representan la negación de la autonomía del suicida sino más bien la tutela paternalista de la “seguridad jurídica” de una decisión de morir que se ejecuta en interacción con un tercero mediante una medida de paternalismo indirecto, ya sea éste débil o fuerte dependiendo de la competencia del suicida en cuestión. Más aún resulta, en el plano jurídico, difícil de justificar la despenalización de la colaboración en el suicidio o el homicidio a petición en la medida en que el suicida si así lo deseara podría ejecutar su decisión por sí mismo.

Si bien consideramos que sería errado pretender “importar” una legislación para la eutanasia, la experiencia holandesa -Ley Korthals/Borst 26691- nos muestra que una regulación de la eutanasia haría bien en considerar las siguientes aspectos²⁴⁸: 1. Convicción del médico de que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada, su sufrimiento insoportable y sin esperanzas de mejora²⁴⁹; 2. Información al paciente sobre su situación y pronóstico; 3. Convencimiento conjunto de médico y paciente de que no existe ninguna otra solución razonable para la situación de este último; 4. Opinión de

²⁴⁷ *Idem.*

²⁴⁸ *Cfr.* REY MARTÍNEZ, Fernando (2008b). “El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en perspectiva comparada. Garantías de procedimiento a tener en cuenta ante su eventual despenalización en España”. *Revista de Derecho Político* [UNED]. Madrid, N° 71 – 72, pp. 449 – 451.

²⁴⁹ La ley no se exige que la petición del paciente sea escrita y tampoco se requiere ningún tiempo de espera desde que se solicita la eutanasia y se practica. Asimismo, el médico podrá acceder a la petición de eutanasia siempre que el paciente tenga más de dieciséis años y ya no pueda expresar su voluntad pero, habiendo estado en condiciones valorar razonablemente sus intereses antes de caer en dicho estado de incapacidad, haya redactado por escrito una petición expresa en tal sentido.

otro médico independiente sobre los puntos anteriores; 5. Ejecución de la eutanasia por el médico con el máximo cuidado y esmero profesional; 6. Edad mínima de 16 años del paciente²⁵⁰; 7. “Informe motivado” a las autoridades forenses sobre el cumplimiento de los requisitos de cuidado; 8. Comprobación de las condiciones en que se aplicó la eutanasia a cargo de una comisión mixta (conformada por juristas, médicos y bioeticistas) que juzgará si el médico ha actuado conforme a los requisitos de cuidado.

Cabe resaltar aquí la importante Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que planteó una serie de circunstancias que de ser efectivamente probadas en un caso concreto fundamentarían que la práctica de la eutanasia no resultara punible. Para este tribunal los puntos esenciales que deberían tenerse en consideración a la hora de decidir la regulación a adoptar incluirán sin duda los siguientes:

*1. Verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir; 2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso; 3. Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc; 4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico, y 5. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones.*²⁵¹

Por otro lado es necesario dejar constancia que una posible regulación de la eutanasia debe valorar, además del problema del paternalismo estatal aquí estudiado, la llamada tesis político-criminal de la “pendiente resbaladiza” que sostiene que dado que puede considerarse como muy probable que del curso de una acción determinada (en este caso la despenalización de la eutanasia) se derive una inaceptable consecuencia (la eutanasia no solicitada y otros abusos), se sigue que, si se quiere evitar la consecuencia indeseada, no

²⁵⁰ Los menores de 12 a 16 años de los que pueda estimarse una razonable valoración de sus intereses en este asunto pueden pedir la eutanasia o el suicidio asistido, pero solo en el caso de que sus padres o tutores estén de acuerdo.

²⁵¹ SCC N°. C-239/97 de fecha 20.05.1997, § D.

debe tampoco admitirse aquella acción²⁵². Sobre este particular consideramos que como toda práctica que se incorpora en el ámbito médico, siempre existirá la posibilidad de que se pudieran suscitar inconvenientes en su aplicación aunque, desde nuestra posición, estos deberían servir para evaluar una posible implementación progresiva que pueda ir afinándose a partir de informes oficiales de supervisión e investigación empírica en cada etapa²⁵³. Por lo demás la carga de la prueba de los posibles abusos que pudieran esperarse recaería en el Estado, mientras tanto se continuaría afectando injustificadamente la autonomía del paciente para decidir sobre la etapa final de su vida.

Ahora bien una pregunta que también deberá ser estudiada es la de cómo deberían ser introducidos los cambios a la legislación que prohíbe la eutanasia. Como sabemos en el marco del Estado Constitucional existen diversas vías que podrían conducir a posibilitar el reconocimiento una mayor libertad para los enfermos terminales que solicitan la eutanasia. En primer lugar, están las facultades de los tribunales de justicia en lo que respecta a la interpretación conforme a la Constitución, la inaplicación de una norma legal en ejercicio del control difuso de constitucionalidad y la expulsión de una norma por vulnerar la Constitución, atribución ésta última exclusiva del Tribunal Constitucional. En segundo lugar, encontramos la alternativa de una modificación legislativa que pudiera darse a través del Parlamento.

Dejando de lado las disputas teóricas sobre la conflictividad entre los roles de los tribunales y del parlamento en el seno del Estado Constitucional, respecto de la posibilidad de interpretar las normas del Código Penal conforme a la Constitución, consideramos relevante recordar que la Corte Suprema de Justicia ya ha realizado con éxito tal práctica con el objetivo de conciliar el contenido de los derechos fundamentales

²⁵² Cfr. REY MARTINEZ, Fernando (2008a). *Eutanasia y derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, p. 170.

²⁵³ Cfr. SMETS, Tinne *et al* (2010). "Reporting of Euthanasia in Medical Practice in Flanders, Belgium: Cross Sectional Analysis of Reported and Unreported Cases". *British Medical Journal*. Londres, Vol. 341, p. 8. Recuperado el 20. 02. 2014 de: <<http://www.bmj.com/content/341/bmj.c5174.pdf%2Bhtml>>.

reconocidos en la Constitución con la conceptualización de diversos bienes jurídico-penales, obteniendo como resultado la limitación del ámbito de responsabilidad penal que implica la vigencia de algunos tipos delictivos²⁵⁴. Tales interpretaciones han sido también desarrolladas por el Tribunal Constitucional²⁵⁵. Esta posibilidad parecería razonable para restringir el ámbito de aplicación de la “ayuda al suicidio” del artículo 113° del Código Penal únicamente a los casos de suicidios no eutanásicos.

Sin embargo, el problema mayor resulta de la existencia del artículo 112° del Código Penal que regula el denominado “homicidio por piedad” que, desde nuestra opinión, no podría ser interpretado, puesto que la descripción de la conducta típica que sanciona es casi idéntica a la de la eutanasia voluntaria, por lo que de excluirse ésta de su ámbito de aplicación la norma carecería de objeto si no fuera interpretada exclusivamente como la sanción de un “homicidio a petición” con una razonable justificación paternalista. Entonces a partir de la justificación desarrollada en esta investigación bien podría someterse a la norma en cuestión a un examen de constitucionalidad que pudiera devenir en su inaplicación o expulsión del ordenamiento jurídico; sin embargo, tal solución sería inadecuada si no está acompañada de una completa regulación de la eutanasia que estaría en manos del Parlamento. Esto es así porque a diferencia de lo que sucede en el caso del “suicidio asistido”, donde el suicidio no presenta carácter delictivo, si se inaplicara o derogara la norma del “homicidio piadoso”, tal conducta siempre podría ser perseguida penalmente según la prohibición más general del homicidio (Art. 106°)

Con todo lo expuesto esta investigación no pretende dar una respuesta concluyente al problema de la eutanasia sino únicamente contribuir con el análisis de uno de los

²⁵⁴ Resalta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la delimitación del ámbito de protección del delito de violación sexual de menores (de entre 14 y 18 años de edad), interpretando la libertad sexual como bien jurídico penal a partir del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Tales criterios interpretativos han sido expresados en el Acuerdo Plenario N°. 04-2008/CJ-116 y en sentencias posteriores. Un caso similar, aunque más bien problemático, es el de la jurisprudencia sobre las facultades Rondas Campesinas, por la que se limita aplicación de los tipos de secuestro y lesiones a los ronderos, privilegiando un supuesto derecho fundamental a la diversidad cultural.

²⁵⁵ *Vid.* STC Exp. N°. 00008-2012-PI de fecha 12.12.2012, FJ 16 y ss.

aspectos principales que se ha de valorar en una posible deliberación democrática sobre regulación de la eutanasia en coherencia con el liberalismo político. Entonces, hemos argumentado a partir de las premisas teóricas asumidas, respecto de uno de los aspectos del debate en torno a la despenalización de la eutanasia: el problema de la justificación perfeccionista y/o paternalista de la eutanasia prohibida. Sobre este particular problema se ha sostenido que no es posible afirmar de manera coherente el marco de justificación liberal de las instituciones políticas y al mismo tiempo negar la autonomía de la persona para decidir sobre su propia muerte. Finalmente, más allá de las otras preguntas que seguramente será necesario plantear, nosotros respondemos a la nuestra afirmando que las buenas razones para la restricción de la libertad individual para evitar que la persona se dañe a sí misma no son suficientes para fundamentar una prohibición de todos los casos de eutanasia, esencialmente aquella que es demandada por enfermos terminales cuya decisión no puede ser desestimada como irracional, imprudente, desinformada o prematura, sin que el Estado les brinde una oportunidad razonable para demostrar que su petición es realmente autónoma.

CONCLUSIONES:

EUTANASIA PROHIBIDA Y EL PROBLEMA DE SU JUSTIFICACIÓN

1. *Sociedad moderna y contexto de la eutanasia*: la problemática de la eutanasia debe analizarse en el contexto de las transformaciones culturales y tecnológicas operadas en la sociedad contemporánea. En este marco caracterizado por el rechazo al dolor, la búsqueda de calidad de vida y la pérdida del significado trascendente de la vida, cobra sentido la posibilidad de la despenalización de la eutanasia como reivindicación del dominio sobre la propia vida por parte de enfermos terminales.
2. *Eutanasia pasiva y rechazo del tratamiento*: la distinción entre “eutanasia activa” y “eutanasia pasiva” en función a la dicotomía “acción/omisión” carece de utilidad práctica ya que, en el contexto de la eutanasia, muchas veces el límite entre “matar” y “dejar morir” resulta cuando menos difuso. Más allá de la discusión teórica, la diferencia parece “artificial” como para justificar moralmente el diferente tratamiento frente a los requerimientos del enfermo terminal. Además, los casos de eutanasia pasiva son en realidad casos de “rechazo del tratamiento médico” o “limitación del esfuerzo terapéutico” cuya justificación se halla reconocida en el derecho fundamental a la integridad. Por estas razones la “eutanasia pasiva” no se considera contenida en el concepto de eutanasia.

3. *Eutanasia indirecta y tratamiento contra el dolor*: la diferenciación entre “eutanasia directa” y “eutanasia indirecta” se sustenta en una cuestionable distinción valorativa entre (i) “actuar con la finalidad de causar X”; y (ii) “actuar bajo el conocimiento que causaremos X (pero con una finalidad diferente)”. Tal distinción no toma en serio el rol del conocimiento en la calificación de un acto como “intencional”. Más aún en el contexto actual, bajo el desarrollo de los cuidados paliativos, los enfermos terminales tienen el derecho a terapias contra el dolor que indefectiblemente producirán su muerte, este es el caso de la sedación terminal. Por estas razones la “eutanasia indirecta” no se considera contenida en el concepto de eutanasia.
4. *Delimitación del concepto de eutanasia*: en esta investigación hemos asumido como “eutanasia” a la “eutanasia voluntaria” que se caracteriza por el comportamiento del médico dirigido a producir la muerte de su paciente, un enfermo terminal, quien de forma autónoma y expresa así lo ha solicitado. Se ha excluido de nuestro estudio el problema más complejo de la “eutanasia no voluntaria”, básicamente porque la fundamentación moral y jurídica de su práctica implica la discusión más extensa de principios diferentes al de autonomía. Por otro lado, consideramos que el término “eutanasia” incluye también algunos casos de suicidio asistido.
5. *Suicidio asistido como eutanasia*: el suicidio asistido en la medida en que está vinculado a la problemática de la eutanasia está restringido a los casos en los cuales el suicida es un enfermo terminal y quien presta asistencia es un médico. En este sentido, el suicidio asistido ha sido definido como una forma de eutanasia en la cual una persona desea suicidarse, pero se siente incapaz de realizar el acto por sí sola, ya sea por su discapacidad física o por no conocer la forma más eficaz de hacerlo.

6. *Enfermedad terminal y eutanasia*: la enfermedad terminal como presupuesto de la eutanasia se caracteriza por presentar siguientes elementos: (i) presencia de una enfermedad avanzada, progresiva e incurable; (ii) falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico; (iii) presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes; (iv) gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte; y (v) pronóstico de vida inferior a seis meses.
7. *Eutanasia prohibida*: si bien las prohibiciones penales de los artículos 112° y 113° del Código Penal correspondientes al “homicidio piadoso” y a la “ayuda al suicidio”, son bastante amplias y no se corresponden con los conceptos de “eutanasia voluntaria” y “suicidio asistido”, respectivamente, sí hacen recaer entre las conductas que sancionan a las formas de eutanasia tal como han sido definidas en los puntos 4 y 5.
8. *Eutanasia prohibida y derecho a la vida*: las prohibiciones penales de los artículos 112° y 113° del Código Penal prohíben la eutanasia bajo fundamentos insuficientes. Básicamente tales razones se resumen en afirmar la indisponibilidad absoluta del derecho a la vida por su titular en virtud de (i) su “procedencia divina”; (ii) por operar como “presupuesto lógico” de los demás derechos; o (iii) por el dogma legal de su “irrenunciabilidad”.
9. *Santidad de la vida y disposición de la vida*: la forma tradicional de interpretación del problema de la disponibilidad de la propia vida en contextos de eutanasia sigue el “principio de santidad de la vida”, el mismo que en la tradición occidental implica que siempre es condenable matar intencionalmente a una persona inocente (la noción de persona aquí es equivalente a la de ser humano). La “santidad de la vida” condena el suicidio porque el deber de “no matar” incluye

el de “no matarse”, por la misma razón ayudar en un suicidio sería también ilícito. Se entiende que el consentimiento de un enfermo terminal no afecta la validez de la obligación de respetar la vida para los casos de eutanasia.

LIBERALISMO POLÍTICO COMO MARCO PARA LA JUSTIFICACIÓN

10. *Liberalismo político y Constitución*: el liberalismo político igualitario contiene la concepción política de la justicia expresada en la Constitución de 1993 y, por tanto, sirve de base para la interpretación del texto constitucional y la construcción de argumentos orientados a la solución de “casos difíciles” como el que supone la regulación de la eutanasia. Con lo anterior no se quiere afirmar que la Constitución como producto histórico sea fruto de la filosofía política del liberalismo igualitario sino únicamente que aquella contiene los elementos constitucionales suficientes para hacer razonable su interpretación a partir de la concepción liberal de la política.
11. *Objeto del liberalismo político*: el liberalismo como filosofía política especifica los términos justos de cooperación entre ciudadanos en el marco de un Estado Constitucional. En este sentido el liberalismo es una respuesta a la siguiente pregunta fundamental acerca de la justicia: “¿cuál es la más apropiada concepción de la justicia para especificar los términos justos de la cooperación social entre ciudadanos considerados libres e iguales, miembros de una sociedad con la que cooperan plenamente durante toda una vida, de una generación a la siguiente?”. Por tal razón, el liberalismo es una teoría de la justicia política entendida como distribución de derechos, deberes, cargos públicos y recursos en base a principios inspirados en valor de la “igual libertad”.
12. *Liberalismo y justicia*: el liberalismo asume como valor fundamental a la justicia entendida como imparcialidad. Esto quiere decir que la justicia queda definida como un valor independiente en su fundamentación de las concepciones de lo

“bueno”, como un valor que impone la adopción de principios de cooperación que puedan ser suscritos por ciudadanos razonables a pesar de que no encuentren su justificación en las doctrinas sobre la “vida buena” que cada quién profese. Los liberales asumen que la justicia política no necesita ser entendida como una prolongación de lo “bueno” sino como un valor totalmente independiente y deseable por sí mismo.

13. *Liberalismo y razón pública*: el liberalismo considera que las discusiones sobre aspectos de justicia en los foros públicos deben conducirse en uso de la “razón pública”, entendida como un poder intelectual y moral que corresponde a todos sus ciudadanos en pie de igualdad. Esta razón ciudadana excluye a las razones no públicas (compartidas por asociaciones de toda clase: gremios profesionales, grupos religiosos, asociaciones de empresarios, etc.). La razón pública en una sociedad ordenada según principios de justicia liberal impondrá límites al tipo de razones que están facultados a utilizar los legisladores, los jueces, o los ciudadanos, cuando argumentan sobre asuntos constitucionales.
14. *Liberalismo y derechos básicos*: la argumentación política liberal otorga un rol preponderante a los derechos fundamentales entendidos como “triumfos políticos” en manos de las minorías. Estos derechos tienen la forma lógica de “principios” que sumada una interpretación “constructiva” de la integridad del derecho se convierte en la herramienta adecuada para decidir los “casos difíciles” (disputas judiciales que no es posible resolver en función de reglas, bien porque las existentes resultan ambiguas o producen resultados inaceptables confrontados con la moralidad política de la sociedad).
15. *Liberalismo y otras teorías de la justicia*: el liberalismo político, puesto frente a otras concepciones de la justicia política contemporáneas, está en mejores condiciones que sus contendientes para servir de base a la interpretación de la

Constitución de 1993. Por un lado, posturas como el iusnaturalismo o el comunitarismo serían quizá acertadas para una sociedad tradicional poco evolucionada en la que existe un único *telos* vinculante pero resultan ajenas a una sociedad pluralista y secularizada. Por el otro, concepciones democráticas o republicanas de la política parecen desvincular la política de la justicia, alejándose del consenso que el Estado Constitucional implica sobre el valor de los derechos fundamentales.

PATERNALISMO LIBERAL Y JUSTIFICACIÓN DE LA EUTANASIA PROHIBIDA

16. *Prioridad de la libertad individual*: en el marco de una concepción liberal de la justicia una libertad básica solo puede ser limitada en favor de la libertad misma (solo para asegurar que la misma libertad u otra libertad básica diferente sea debidamente protegida) y para ajustar el sistema de libertades adecuadamente. Todo esto constituye una derivación de la prioridad del primero de los principios de justicia sobre las demás consideraciones distributivas, tal principio enuncia que cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.
17. *Cláusula general de libertad*: la prioridad de la libertad liberal significa el reconocimiento por la mayoría de sistemas constitucionales de una “cláusula general de libertad” entendida como fundamental respecto de los demás derechos. Este estatuto le corresponde al derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 2º, inciso 1, de la Constitución) por el cual se garantiza una libertad general de actuación del ser humano cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, por lo cual todo lo que no está prohibido le está en principio permitido.

18. *Proscripción del perfeccionismo y del moralismo*: el valor que otorga el liberalismo a la autonomía individual excluye el perfeccionismo y el moralismo como doctrinas políticas. El perfeccionismo se rechaza porque no está justificado que algunos ciudadanos utilicen la coerción pública para conquistar una libertad mayor sobre la base de que sus actividades son intrínsecamente más valiosas. El moralismo se rechaza porque descansa en una concepción relativista de la moral para cuya imposición por el derecho no requiere validación racional o porque implica una concepción agregativa del bienestar, obviando el valor individual de cada persona.
19. *Libertad individual, vida buena y santidad de la vida*: desde el rol central que el liberalismo otorga a la libertad individual, la “santidad de la vida” coloca un énfasis injustificado en la fuente biológica del valor de la vida cuando en realidad este aspecto de la vida se reduce al hecho de ser una condición natural para llevar una vida susceptible de ser juzgada moralmente. El valor que una persona otorga a su vida es, por el contrario, resultado de una evaluación autorreflexiva a partir de “intereses críticos” que hacen posible a cada quien interpretar sus acciones aisladas como partes de una expresión vital coherente.
20. *Renuncia a la vida y paternalismo*: si bien es válido asumir como fuente de valor crítico de nuestras vidas una moral religiosa o heroica que obligue a conservar la vida en las peores circunstancias, la imposición de estos principios a través del derecho no hace objetivamente más valiosas las vidas de las personas cuyos intereses críticos se ven desplazados, obligándolas a continuar con una vida que no juzgan como valiosa. Por esta razón el derecho debería dejar a las personas decidir de manera autónoma respecto del suicidio o la eutanasia cuando no exista una razón para la aplicación de una medida paternalista.

21. *Concepto de paternalismo:* son supuestos de paternalismo jurídico las medidas que incorporan una prohibición o mandato jurídico que interfiere con la libertad de una persona cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) en la persona a la que se coacciona directamente o en aquella con la que ésta interactúa aun en contra de la voluntad del beneficiado.
22. *Tipología del paternalismo:* según la intensidad de las medidas paternalistas se diferencia entre las de “paternalismo débil” (ejercido sobre sujetos incompetentes) y las de “paternalismo duro” (impuesto a sujetos competentes). Mientras que en función del destinatario de la medida paternalista se distingue entre “paternalismo directo” (la persona que se ve restringida en su libertad es aquella en razón de cuyo bienestar se aplica la restricción) y “paternalismo indirecto” (la persona que sufre principalmente la restricción de libertad es diferente de la persona cuyo bienestar se persigue con la medida).
23. *Justificación del paternalismo:* los argumentos para la justificación del paternalismo en el marco del liberalismo se concentran en identificar dos tipos de situaciones que podrían legitimar una medida paternalista. El primer grupo está referido a situaciones de incompetencia que justificarían el paternalismo débil solo mientras el individuo en cuestión supere tal estado, colocándose en condiciones de decidir con autonomía (se ubican aquí los argumentos de “alteraciones mentales permanentes”, “presión psicológica o emocional”, “irracionalidad” o “error de hecho”). El segundo grupo se refiere a contextos en los que es posible alegar que individuos competentes aceptarían un paternalismo fuerte, limitado a una “restricción ínfima” de su libertad, ponderando el grave daño que les evita la coacción, se trata de situaciones en las que resulta razonable esperar un “consentimiento subsecuente” (se ubican aquí los argumentos de “debilidad de voluntad” e “irreversibilidad de las decisiones”).

24. *Paternalismo y conducta suicida*: la justificación de la prohibición penal de ayuda al suicidio, entendida como una medida de paternalismo indirecto, se halla en que en la gran mayoría de casos el suicida es incompetente para consentir la intervención ajena en su suicidio o siendo competente actúa apresuradamente. Por esta razón, una despenalización de la ayuda al suicidio, orientada a favorecer posibles casos de suicidios completamente autónomos supondría desproteger una mayor cantidad de casos en que las personas se quitan la vida afectadas por alguno de los supuestos que deterioran su autonomía y a partir de los cuales se ha construido una justificación de la intervención paternalista. Residualmente, en casos de suicidios autónomos, la amenaza penal para el tercero participante cumple la finalidad de desincentivar en el suicida la renuncia a la vida mediante la participación de otra persona, medida no desproporcionada puesto que el suicida competente siempre conserva la posibilidad de ejecutar enteramente su suicidio por sí mismo sin dejar duda sobre el grado de responsabilidad que traslada a un tercero.
25. *Alteraciones mentales y eutanasia*: la presencia de graves dolores causados por una enfermedad terminal transforma el contexto en el que la decisión de morir es tomada, haciendo que una decisión equiparable a la del suicidio pueda ser valorada como una elección racional. Por esta razón, se admite teóricamente, aun en casos de pacientes psiquiátricos, la posibilidad de que el deseo de muerte sea expresión de la voluntad del paciente y no un producto patológico. Entonces, el argumento de las alteraciones mentales permanentes en la justificación del paternalismo estatal no resulta apropiado para fundamentar una prohibición absoluta de la eutanasia sino solo para exigir una regulación legal que asegure que determinado paciente psiquiátrico está, a pesar de su padecimiento, en condiciones de solicitar autónomamente la eutanasia.

26. *Presión psicológica y eutanasia:* si bien quien sufre una enfermedad en estado terminal está predispuesto a sufrir depresión y ansiedad, también cabe constatar que, a diferencia de personas físicamente sanas, en las que la depresión aparece como una crisis superable con el tiempo, en los pacientes terminales el dolor crónico y el deterioro físico pueden ocasionar intermitentemente ansiedad, depresión, y desinterés por la vida. Sin embargo, esta situación es en ocasiones consustancial a la psicología del paciente terminal y no podrá ser superada, por lo cual la exigencia de ausencia de “presión psicológica” en la toma de la decisión de someterse a la eutanasia debería ser la necesaria para asegurar que la solicitud es autónoma aunque estuviera afectada por algún grado de estresor psicológico. En la eutanasia no puede valorarse, con la misma intensidad que en el suicidio, como una razón de peso la “presión psicológica” para restringir coercitivamente el acto de disposición de la propia vida.
27. *Irracionalidad y eutanasia:* la irracionalidad de la solicitud de la eutanasia no puede derivarse del deseo de morir en sí mismo ni de una “errónea” ponderación de intereses. Más aun cuando en la sociedad actual se observa que la racionalidad que implica elegir la muerte en condiciones dolor agudo e irreversible existe no solo desde el punto de vista interno sino desde una perspectiva intersubjetiva. Solamente existe irracionalidad que pudiera fundamentar una medida paternalista en casos de razonamientos ilógicos, como los siguientes casos: (i) cuando es manifiesta la contradicción entre los fines perseguidos (por ejemplo, se desea continuar viviendo y al mismo tiempo se demanda la eutanasia); y (ii) cuando los medios seleccionados son instrumentalmente incoherentes con el fin al que se aspira (por ejemplo, se demanda la eutanasia con la única finalidad de suprimir el dolor).

28. *Error de hecho y eutanasia:* el argumento de la falta de información, adecuadamente circunscrito, en la justificación del paternalismo conduce a sostener que no es correcto denegar la libertad demandada por los solicitantes de la eutanasia sin proporcionarles una oportunidad para demostrar de manera razonable que su convicción de anticipar su muerte es informada. Este punto de partida implica que el Estado está autorizado solamente a establecer un procedimiento que asegure que la solicitud de eutanasia es producto de un juicio informado del paciente terminal mediante el cual éste pondera su situación a fin de adoptar una decisión que corresponda a sus intereses y que, por tal razón, no podría ser objetada como errónea o desinformada.
29. *Debilidad de voluntad y eutanasia:* en la eutanasia no es razonable alegar un hipotético “consentimiento subsecuente” que valide una acción paternalista en un supuesto de “debilidad de voluntad” puesto que la enfermedad terminal no es un estado pasajero. Más aun, lo más probable, es que con el pasar del tiempo las razones que impulsan al paciente a tomar tal decisión no hayan desaparecido sino que se hayan reforzado. Por otro lado, en los casos de eutanasia se carece de sustento para distinguir concluyentemente entre deseos de “primer orden” y de “segundo orden” (desplazables), de tal manera que podría sostenerse que el interés por morir es el que debería ser protegido frente a una posible “debilidad de voluntad”. No se podría presumir, a diferencia de en el suicidio, la existencia de un deseo de “primer orden” por vivir.
30. *Decisiones irreversibles y eutanasia:* el valor que se le otorga a la “reversibilidad” de las decisiones tiene sentido solo si se asume que los individuos que hubieran fallado en prever las consecuencias de su acción o simplemente se arrepientan de ésta estarían en condiciones de retomar su vida sin una merma permanente en su autonomía. Solamente en los casos en lo que la “irreversibilidad” priva al

sujeto de la posibilidad de disfrutar en el futuro de una vida autónoma podrían valorarse positivamente las decisiones “reversibles” frente a las “irreversibles”. Sin embargo, en el contexto de una enfermedad terminal, el trasfondo de “normalidad de la vida”, presupuesto en el juicio sobre la “reversibilidad”, no existe porque el padecimiento deteriora progresivamente la calidad de vida. Por otro lado, para que la “irreversibilidad” de la decisión en cuestión sirva para la justificación de una medida paternalista, se exige que la restricción de la libertad individual sea “ínfima”. Sin embargo, en la eutanasia, mediante la decisión de renunciar a la propia vida, el enfermo terminal no está decidiendo sobre una trivialidad.

31. *Alcance de los argumentos paternalistas*: los argumentos liberales para la fundamentación del paternalismo respecto de la disposición de la propia vida resultan insuficientes para justificar la prohibición de la eutanasia. Esto es así porque la totalidad de estos argumentos están contruidos de tal manera que lo que hacen es identificar dos grupos de circunstancias que analizadas correctamente: (i) solamente alcanzan para delimitar el ámbito de la regulación de la eutanasia pero nunca para su prohibición (como sucede con las “alteraciones mentales permanentes”, “presión psicológica”, “irracionalidad” o “error de hecho”); o (ii) no son de aplicación a la eutanasia (como pasa con las tesis de la “debilidad de voluntad” y la de la “irreversibilidad de las decisiones”).
32. *Paternalismo penal y eutanasia*: las prohibiciones penales de la “ayuda al suicidio” (Art. 113° del Código Penal) y del “homicidio piadoso” (Art. 112° del Código Penal), pueden justificarse como medidas paternalistas en aplicación de cualquiera de las razones siguientes: (i) en la mayoría de casos en los que un individuo, que no puede calificarse como incompetente, decide quitarse la vida lo hace bajo un contexto en el cual su capacidad para tomar decisiones de

manera autónoma se halla sensiblemente reducida; o (ii) siendo competente para renunciar a su vida, ha elegido hacerlo de tal forma que se coloca en grave riesgo de sufrir un abuso por parte de un tercero, situación que está en condiciones de evitar si, asumiendo un sacrificio “trivial”, eligiera una forma segura de morir. Esta interpretación es coherente con la afirmación de que un enfermo terminal, cuya competencia para decidir su muerte no puede ser puesta en duda y al cual no es razonable obligar a tomar su vida sin la participación de otra persona, debería tener la opción de solicitar la eutanasia bajo un procedimiento legal que lo proteja contra abusos de terceros.

33. *Aspectos de la regulación de la eutanasia:* una regulación de la eutanasia coherente con el respeto de la libertad individual y la protección del derecho a la vida de los pacientes debería considerar cuando menos los siguientes puntos: (i) diagnóstico médico de que el paciente se encuentra en la fase terminal de su enfermedad; (ii) adecuada información al paciente sobre su situación y pronóstico; (iii) solicitud expresa del paciente de eutanasia, preferiblemente escrita y con la intervención de testigos; (iv) opinión favorable de un segundo médico sobre los puntos anteriores; (v) opinión favorable de un psiquiatra sobre la capacidad del paciente; (vi) derecho a revocar la solicitud en cualquier momento; (vii) ejecución de la eutanasia por un médico bajo condiciones que aseguren el menor sufrimiento del paciente; (viii) edad mínima del paciente, preferiblemente mayor a 16 años; (ix) informe a las autoridades competentes sobre la práctica de la eutanasia en estricto cumplimiento del procedimiento legal; y (x) evaluación periódica de las condiciones en que se aplique la eutanasia a cargo de una comisión interdisciplinaria de investigadores a fin de introducir ajustes al procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

A. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

AGUILERA PORTALES, Rafael E. y Joaquín GONZALES CRUZ:

- (2012) “Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia”. *Derecho PUCP*. Lima, N°. 69, pp. 151 – 168.

ALEXY, Robert:

- (2007) *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (tr. de M. Atienza y I. Espejo). Lima: Palestra.

ALLEMANY, Macario:

- (2007) “Breve nota sobre la idea de ‘paternalismo’ en la obra de Ernesto Garzón Valdez”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, N°. 30, pp. 35 – 38.
(2005) “El concepto y la justificación del paternalismo”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, N°. 28, p. 265 – 303.

ÁLVAREZ DEL RÍO, Asunción:

- (2005) *Práctica y ética de la eutanasia*. México: FCE.

ALVAREZ GALVEZ, Íñigo:

- (2002) *La eutanasia autónoma voluntaria*. Madrid: Dykinson

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J.:

- (2007) “Eutanasia y autonomía individual” en TAMAYO, Juan J. (ed.). *Bioética y Religión*. Madrid: Dykinson, pp. 145 – 171.
(1999) “Eutanasia: dilemas relevantes” en *Problemas de la eutanasia*. Madrid: Dykinson, pp. 87 – 122.

ARLETAZZ, Fernando:

- (2013) “Paternalismo jurídico y convicciones religiosas”. *Ius et Praxis*. Talca, Año 19, N°. 1, pp. 223 – 254.

ATIENZA, Manuel:

- (2010) *Bioética, Derecho y argumentación*. 2ª ed. Lima: Palestra.
(1993) “Cuestiones de vida o muerte. Sobre el alcance del derecho a la vida” en *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, pp. 88 – 141.
(1988) “Discutamos sobre paternalismo”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, N°. 5, pp. 203 – 204.

- BADOUIN, Jean L. y Danielle BLONDEAU:
(1995) *La Ética ante la muerte y el derecho a morir* (tr. de D. Chiner). Barcelona: Herder.
- BARDET, Marie:
(1996) *Le suicide*. Toulouse: Milan.
- BELLAMY, Richard:
(2010) *Constitucionalismo político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia* (tr. de J. Urdániz Ganuza y S. Gallego Aldaz). Madrid: Marcial Pons.
- BERLIN, Isaiah:
(2001) “Dos conceptos de libertad” (tr. de A. Rivero Rodríguez) en *Dos conceptos de libertad y otros ensayos*. Madrid: Alianza Editorial, pp. 43 – 114.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique:
(1996) *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Lima: KAS-ICS.
- BERNAL PULIDO, Carlos:
(2005) “El derecho al libre desarrollo de la personalidad” en *El Derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 245 - 254
- BOBBIO, Norberto:
(1993) *Igualdad y libertad* (tr. de P. Aragón Rincón). Barcelona: Paidós.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y M^a. del Carmen GARCÍA CANTIZANO:
(1998) *Derecho penal - parte especial*. 4^a. Ed. Lima: San Marcos.
- BUCKLEY, F. H.:
(2005) “Perfeccionism”. *Supreme Court Economic Review*. Chicago, Vol. 13, p. 133 – 163.
- CALSAMIGLIA, Albert:
(2002) “Sobre la eutanasia” en VÁSQUEZ, Rodolfo (ed.). *Bioética y Derecho: fundamentos y problemas actuales*. 2^a. Ed. México: ITAM-FCE, pp. 151 – 175.
- CAMPBELL, Tom:
(2002) *La justicia: los principales debates contemporáneos* (tr. de S. Álvarez). Barcelona: Gedisa.
- CAMPS, Victoria:
(1988) “Paternalismo y bien común”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, N^o. 5, pp. 195 – 202.
- CARBONELL MATEU, Juan C.:
(2010) “Homicidio y sus formas (III): suicidio y eutanasia” en VIVES ANTÓN, T. S. et al. (ed.). *Derecho penal – parte especial*. 3^a. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 89 – 105.
- CASTAÑO RESTREPO, María:
(1997) *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Bogotá: Temis.

CASTILLO ALVA, José L.:

(2008) *Derecho penal – parte especial*. Lima: Grijley.

CHARLESWOTH, Max:

(1996) *La bioética en una sociedad liberal* (tr. de M. González). Cambridge: CUP.

CHÁVEZ-FERNANDEZ POSTIGO, José:

(2012) *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en la sentencias del Tribunal Constitucional: la tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Lima: Palestra/UCSP.

DEVLIN, Patrik:

(1980) “La moral y el derecho penal” (tr. J. Saínz de los Terreros) en DWORKIN, Ronald (ed.). *La filosofía del derecho*. México: FCE, pp. 128 - 158.

DOWBIGGIN, Ian R.:

(2007) *A Concise History of Euthanasia: Life, God and Medicine*. Lanham: Rowman & Littlefield.

DWORKIN, Gerald:

(2010) “Paternalism” en ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. s/p. Recuperado el 05.01.2012 de:

<http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/paternalism/>

(2005) “Moral Paternalism”. *Law and Philosophy*. New Jersey, Vol. 24, N°. 5, pp. 305 – 319.

(1998) “The Nature of Medicine” en DWORKIN, Gerald; R. G. FREY y Sissela BOK. *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide: For and Against*. Nueva York: CUP, pp. 6 – 16.

(1972) “Paternalism”. *The Monist*. La Salle, Vol. 56, N°. 1, s/p. Recuperado el 30.06.2011 de:

<http://philosophy.tamucc.edu/readings/ethics/dworkin-paternalism>

DWORKIN, Ronald:

(2012) *Una cuestión de principios* (tr. de V. Boschioli). Buenos Aires: Siglo XXI.

(2011) *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

(2008) *La democracia posible* (tr. de E. Weikert García). Barcelona: Paidós.

(2007) *La justicia con toga* (tr. de M. Iglesias e I. Ortiz). Madrid: Marcial Pons.

(2003) *Liberalismo, constitución y democracia* (tr. de J. Montero). Buenos Aires: La Isla de la Luna.

(1997a) *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* (tr. de C. Ferrari). Barcelona: Gedisa.

(1997b) “What is a good life?”. *The New Yorker Review of Books*. Nueva York, Vol. 58, N°. 2, s/p. Recuperado el 30. 06. 2011 de:

<http://www.nybooks.com/articles/archives/2011/feb/10/what-good-life/>

(1995) “Foundations of Liberal Equality” en DARWALL, Stephen (ed.) *Equal Freedom: Selected Tanner Lectures on Human Values*. Cambridge, Mass.: University of Michigan Press, pp. 190 - 306

(1994) *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (tr. de R. Caracciolo y V. Ferreres). Barcelona: Ariel.

(1993) *Ética privada e igualitarismo político* (tr. de A. Doménech). Barcelona: Paidós.

(1989) “Liberal Community”. *California Law Review*. Berkeley, Vol. 77, N°. 3, pp. 479 – 504.

(1984) *Los derechos en serio* (tr. de M. Guastavino). Barcelona: Ariel.

ENGELHARDT, H. Tristram:

(1995) *Los fundamentos de la Bioética* (tr. de I. Arias *et al.*). Barcelona: Paidós.

ESER, Albin:

(1984) “Entre la ‘santidad’ y la ‘calidad’ de vida”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, N°. 37, pp. 747 – 781.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan:

(2004) *Derecho de las personas*. 4ª. Ed. Lima: Gaceta Jurídica.

FARREL, Martín D.:

(1985) *La ética del aborto y la eutanasia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

FEINBERG, Joel:

(1989) *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford: OUP.

(1978) “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”. *Philosophy & Public Affairs*. Princeton, Vol. 7, N°. 2, pp. 93 – 123.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos:

(2002) “¿Qué es ser ‘persona’ para el derecho?”. *Diké: portal de información y opinión legal*. Lima, s/p. Recuperado el 10.10.2012 de:
http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF

(1988) *Derecho de las personas*. 3ª. Ed. Lima: Studium.

FERRAJOLI, Luigi:

(2009) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (tr. de P. Andrés Ibañez *et al.*). 9ª. Ed. Madrid: Trotta.

FINNIS, John:

(2000) “The priority of persons” en HOLDER, Jeremy (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series*. Oxford: OUP, pp. 1 – 15.

(1999) “A philosophical case against euthanasia” en KEOWN, John (ed.). *Euthanasia Examined: Ethical, Clinical and Legal Perspectives*. Cambridge: CUP, pp. 23 – 35.

(1996) *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press.

FIORAVANTI, Maurizio:

(1999) *Constitución: de la antigüedad a nuestros días* (tr. de M. Martínez Neira). Madrid: Trotta.

FLORES, Imer B.:

(1999) “El liberalismo igualitario de John Rawls”. *Cuestiones Constitucionales*. México, N°. 1, pp. 85 - 122.

FOOT, Philippa:

(1977) “Euthanasia”. *Philosophy & Public Affairs*. Princeton, Vol. 6, N°. 2, pp. 85 – 112.

FORST, Rainer:

- (2011) “The Grounds of Critique: on the Concept of Human Dignity in Social Orders of Justification”. *Normative Orders Working Papers*. Fráncfort del Meno, N°. 1, pp. 1 – 14.
- (2005) “El derecho básico a la justificación: hacia una concepción constructivista de los derechos humanos” (tr. F. Cortés Rodas). *Estudios Políticos*. Medellín, N°. 26, pp. 27 – 59.

FRAGA MANDIÁN, Antonio y Manuel M^a. LAMAS MEILÁN:

- (1999) *El consentimiento informado: el consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica*. Galicia: Revista Xurídica Galega.

FREY, R. G.:

- (1998) “Distinctions in Death” en DWORKIN, Gerald; R. G. FREY y Sissela BOK. *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide: For and Against*. Nueva York: CUP, pp. 17 – 42.

GARCÍA ARÁN, Mercedes:

- (2004) “Del homicidio y sus formas” en CORDOBA RODA, Juan y Mercedes GARCÍA ARAN (ed.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. T. 1. Barcelona: Marcial Pons, pp. 39 – 66.

GARCÍA CAVERO, Percy:

- (2012) *Derecho penal - parte general*. 2^a. Ed. Lima: Jurista.

GARGARELLA, Roberto y José L. MARTÍ:

- (2005) “La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos” [estudio preliminar] en WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, pp. XIII – XLVIII.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto:

- (2006) “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?” en *Tolerancia, dignidad y democracia*. Lima: UIGV, pp. 231 – 284.
- (1988) “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, N°. 5, pp. 154 – 173.
- (1986) “Los deberes positivos generales y su fundamentación”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, N°. 3, pp. 17 – 33.

GAVIRIA DIAZ, Carlos:

- (2001) “La eutanasia. Fundamentos ético-jurídicos para despenalizar el homicidio piadoso consentido”. *Consigna*. Bogotá, N°. 468, s/p. Recuperado el 06.06.2011 de:
<http://www.dmd.org.co/pdf/laeutanasia.pdf>

GEORGE, Robert P.:

- (2009) *Entre el derecho y la moral* (tr. de P. J. Izquierdo Franco). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

GÉRÉ, François:

- (2003) *Les volontaires de la mort – l’arme du suicide*. Paris: Bayard.

GÓMEZ HINOSTROZA, Violeta:

(2008) *Eutanasia: entre la vida y la muerte*. Lima: San Marcos.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL:

(1993) *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*. Valencia: GEPC.

GUTMAN, Amy:

(1980) “Children, Paternalism and Education: a Liberal Argument”. *Philosophy & Public Affairs*. Princeton, Vol. 9, N°. 4, pp. 338 – 358.

GÜNTHER, Klaus:

(2005) *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*. Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann.

HÄBERLE, Peter:

(2003) *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional* (tr. de C. Zavala). Lima: PUCP.

HART, H. L. A.:

(2006) *Derecho, libertad y moralidad* (tr. de M. A. Ramiro Avilés). Madrid: Dykinson.

(1967) “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, Vol. 35, N°. 1, pp. 1 – 13.

(1961) *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.

HARRIS, John:

(1985) *The Value of Human Life: Introduction to Medical Ethics*. Nueva York: Routledge & Kegan Paul.

HOCQUARD, Anita:

(1999) *L'Enthanasie Volontaire*. Paris: PUF.

HOOFT, Pedro F.:

(2004) *Bioética y derechos humanos: temas y casos*. 2ª. Ed. Buenos Aires: Lexis Nexis-Depalma.

HURTADO OLIVER, Xavier:

(2000) *El derecho a la vida y a la muerte?* 2ª. Ed. México: Porrúa.

HURTADO POZO, José:

(1995) *Manual de derecho penal - parte especial 1: homicidio*. 2ª. Ed. Lima: Juris.

HUSAK, Douglas:

(1981) “Paternalism and Autonomy”. *Philosophy & Public Affairs*. Princeton, Vol. 10, N°. 1, pp. 27 – 46.

JAKOBS, Günther:

(2009) “Dolus Malus” (tr. de Y. Fakhouri Gómez). *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, N°. 4, pp. 1 – 23.

(2003) “Sobre el concepto de delito contra la persona” (tr. de B. Feijoo Sánchez). *Revista de Derecho Penal*. Santa Fe, N°. 1, pp. 149 – 170.

- (1999) *Suicidio, eutanasia y Derecho penal* (tr. de F. Muñoz Conde y P. García Álvarez). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (1997) “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte” (tr. de M. Cancio Meliá) en *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, pp. 395 – 412.
- (1996) *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad*. (tr. de M. Cancio Meliá y M. Sancinetti). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

KASS, Leon:

- (2004) “Is there a right to die?” en *Life, Liberty and the Defense of Dignity: the Challenge for Bioethics*. San Francisco: Encounter Books, pp. 201 – 229.

KELSEN, Hans:

- (1982) *La teoría pura del derecho* (tr. de R. Vernengo). México: UNAM.

KLEINIG, John:

- (1983) *Paternalism*. Manchester: Manchester University Pres.

KINDHÄUSER, Urs:

- (2008) “Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático de Derecho” (tr. J. P. Mañalich). *Ita Ius Esto*. Piura, Año 2, N°. 2, pp. 59 – 69.
- (2010) “Personalidad, culpabilidad y retribución: de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal” (tr. J. P. Mañalich). *Derecho y humanidades*. Piura, N°. 16, Vol. 1, pp. 31 – 48.

LINFANTE VIDAL, Isabel:

- (1999) “La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de los casos”. *Jueces para la democracia. Información y debate*. N°. 36, pp. 41 – 46.

MACÍAS OSUMA, Amador:

- (2002) “La eutanasia” en HERNÁNDEZ ARRIAGA, Jorge L. (ed.). *Bioética general*. México: Manual Moderno, pp. 257 – 274.

MACINTYRE, Alasdair:

- (2013) *Tras la virtud* (tr. de A. Valcárcel). Barcelona: Austral.
- (2001) *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*. Peru Illinois: Open Court Publishing.

MACKLIN, Ruth:

- (2003) “Dignity as a useless concept: it means no more than respect for persons or their autonomy”. *British Medical Journal*. London, Vol. 327, pp. 1419 y 1420.
- (1983) “Personhood in the Bioethics Literature”. *The Milbank Memorial Fund Quarterly. Health and Society*. Nueva York, Vol. 61, N°. 1, pp. 35 – 57.

MANRIQUE, Laura:

- (2007) “Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, N°. 30, pp. 415 – 434.

MARCOS DEL CANO, Ana M^a.:

- (1999) *Estudio filosófico-jurídico de la eutanasia*. Madrid: Marcial Pons.

MEDINA FRISANCHO, José L.:

(2010) *Eutanasia e imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley.

MILTON PERALTA, José:

(2012) *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid: Marcial Pons.

MOUFFE, Chantal:

(2007) *En torno a lo político* (tr. de S. Laclau). México: FCE.

MUÑOZ CONDE, Francisco:

(2007) *Derecho penal – parte especial*. 16ª. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

NAGEL, Thomas:

(1991) “Death” en *Mortal Questions*. Oxford: OUP, pp. 1 – 10.

NEAL, Nicol y Harry WYLIE:

(2006) *Between the Dying and the Dead: Dr. Jack Kevorkian's Life and the Battle to Legalize Euthanasia*. Madison: University of Wisconsin Press.

NEUMANN, Ulfried:

(2004) “La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad” (tr. de C. Gómez-Jara Diez). *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid, 2ª. Época, N°. 13, 135 – 149.

NINO, Carlos S.:

(2007) *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2ª. Ed. Buenos Aires: Astrea.

(1980) *Los límites del derecho penal: una teoría liberal del delito* (tr. de G. R. Navarro). Buenos Aires: Astrea.

NOZICK, Robert:

(1988) *Anarquía, estado y utopía* (tr. de R. Tamayo). México: FCE.

PAREJO GUZMÁN, María J.:

(2005) *La eutanasia ¿un derecho?* Navarra: Aranzadi.

PAWLIK, Michael:

(2010) “La pena retributiva y el concepto de delito” (tr. de P. Gonzáles Rivero) en *La libertad institucionalizada: Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, pp. 75 – 108.

PEÑA CABRERA, Raúl:

(1997) *Estudios de Derecho penal: delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. Lima: San Marcos.

PERALTA, Andrés:

(2008) “Enfermedad terminal” en TEALDI, Juan C. (ed.). *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. Bogotá: UNESCO-RLCB, pp. 492 – 495.

PESSINI, Leo:

(2008) “La eutanasia” en TEALDI, Juan C. (ed.). *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. Bogotá: UNESCO-RLCB, pp. 506 – 508.

PETTIT, Philip:

(2006) *Una teoría de la libertad* (tr. de G. Cantera). Madrid: Losada.

(1999) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno* (tr. de T. Doménech). Barcelona: Paidós.

RACHELS, James:

(1986) *The End of Life. Euthanasia and Morality*. Oxford: OUP.

RADBRUCH, Gustave:

(1971) “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes” (tr. de J. M^a. Rodríguez Paniagua) en RADBRUCH, Gustave, Eberhard SCHMIDT y Hans WELZEL. *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar, pp. 1 – 22.

RADBRUCH, Gustave y Enrique GWINNER:

(1955) *Historia de la criminalidad: Ensayo de una criminalística histórica* (tr. de A. Amada). Barcelona: Bosch.

RAMIRO AVILÉS, Miguel A.:

(2006) “A vueltas con el moralismo legal” [estudio preliminar] en HART, H. L. A. *Derecho, libertad y moralidad*. Madrid: Dykinson, pp. 9 – 88.

RAWLS, John:

(2012a) “El constructivismo kantiano en la teoría moral” (tr. de M. A. Rodilla) en *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*. 3^a. Ed. Madrid: Tecnos, pp. 209 – 262.

(2012b) “Sentido de la justicia” (tr. de M. A. Rodilla) en *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*. 3^a. Ed. Madrid: Tecnos, pp. 103 – 122.

(2002) *La justicia como equidad: una reformulación* (tr. de A. de Francisco). Barcelona: Paidós.

(1995a) *Liberalismo político* (tr. S. Madero Báez). México: FCE.

(1995b) *Teoría de la justicia* (tr. M^a. Dolores Gonzáles). 2^a. Ed. México: FCE.

RAWLS, John *et al.*:

(1997) “Assisted Suicide: The Philosophers’ Brief”. *The New Yorker Review of Books*. Nueva York, Vol. 44, N° 5, s/p. Recuperado el 30. 06. 2011 de: <http://www.nybooks.com/articles/archives/1997/mar/27/assisted-suicide-the-philosophers-brief/?page=3>

RAZ, Joseph:

(2004) “El valor de estar vivo” (tr. de M. Bergas Ferriol) en *Valor, respeto y apego*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 103 – 155.

(1994) *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: OUP.

REGIS PRADO, Luiz:

(2010) *Bien jurídico-penal y Constitución* (tr. de L. E. Álvarez Aranda). Lima: ARA.

REY MARTINEZ, Fernando:

(2008a) *Eutanasia y derechos fundamentales*. Madrid: CEPC

(2008b) “El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en perspectiva comparada. Garantías de procedimiento a tener en cuenta ante su eventual despenalización

en España”. *Revista de Derecho Político* [UNED]. Madrid, N°. 71 – 72, pp. 439 – 477.

RODRIGUEZ ITURRI, Roger:

(1997) *El derecho a amar y el derecho a morir. Entre la vida y la muerte*. Lima: PUCP.

ROXIN, Claus:

(1999) “El tratamiento jurídico–penal de la eutanasia”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, N°. 01, s/p. Recuperado el 06.05.2011 de:
http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01.html.

ROY FREYRE, Luis:

(1986) *Derecho penal*. Lima: Eddili.

RUBIO CORREA, Marcial:

(1999) *Estudio de la Constitución de 1993*. T. 1. Lima: PUCP.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Enrique:

(1999) *La eutanasia ante la Moral y el Derecho*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

SANDEL, Michael:

(2011) *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* (tr. de J. Campos Gómez). Barcelona: Debolsillo.

(2008) “¿Existe un derecho al suicidio asistido?” (tr. de A. Santos Mosquera) en *Filosofía Pública. Ensayos sobre moral pública*. Barcelona: Marbot, pp. 159 – 163.

(1996) *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press.

(1982) *El liberalismo y los límites de la justicia* (tr. de M^a. Luz Melón). Barcelona: Gedisa.

SANTA MARÍA D'ANGELO, Rafael:

(2012) *Dignidad humana y 'nuevos derechos': una confrontación en el derecho peruano*. Lima: Palestra/UCSTM.

SARTORIOUS, Rolf E.:

(1972) “The Enforcement of Morality”. *The Yale Law Journal*. New Heaven, Vol. 81, N°. 5, pp. 891 – 910.

SCANLON, T. M.:

(2003) *Lo que nos debemos unos a otros. ¿Qué significa ser moral?* (tr. de E. Weikert García). Barcelona: Paidós.

SCHERER, Jennifer M. y Rita J. SIMON:

(1999) *Euthanasia and the Right to Die. A Comparative View*. Maryland: Rowman & Littlefield.

SCOCCIA, Danny:

(2008) “In Defense of Hard Paternalism”. *Law and Philosophy*. Nueva York, Vol. 27, N°. 4, pp. 351 – 381.

SEN, Amartya:

(2009) *La idea de la justicia* (tr. de H. Valencia Villa). Madrid: Taurus.

- SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, José M.:
(2001) *Eutanasia y vida dependiente*. 2ª. Ed. Madrid: EIUNSA.
- SINGER, Peter.:
(1955) *Ética práctica* (tr. de R. Herrera). 2ª. Ed. Cambridge: CUP.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª.:
(2004) “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros” en *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, pp. 169 – 207.
- SIVERINO BAVIO, Paula y Jaris MUJICA:
(2012) “Vivir y morir según la ley. Reflexiones teóricas interdisciplinarias sobre la vida de la persona y el derecho a la vida”. *Derecho PUCP*. Lima, N°. 69, pp. 81 - 97.
- SPAEMANN, Robert:
(1988) “Sobre el concepto de dignidad humana”. *Persona y Derecho*. Navarra, N°. 19, pp. 13 – 33.
- SUNSTEIN, Cass R.:
(1997) “The Right to Die”. *The Yale Law Journal*. New Haven, Vol. 106, N°. 4, pp. 1123 - 1163.
- SUNSTEIN, Cass R. y Richard H. THALER:
(2003) “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, Vol. 70, N°. 4, pp. 1159 – 1202.
- TEALDI, Juan C.:
(2008) *Bioética de los derechos humanos*. México: UNAM.
- TEN, C. L.:
(1972) “Enforcing a Shared Morality”. *Ethics*. Chicago, Vol. 82, N°. 4, pp. 321 – 329.
- THOMSON, Judith J.:
(1999) “Physician-Assisted Suicide. Two Moral Arguments”. *Ethics*. Chicago, Vol. 103, N°. 3, pp. 497 – 518.
- TOLEDANO TOLEDANO, Jesús:
(1999) *Los límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*. Barcelona: Atelier.
- TOMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen:
(1999) *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*. Madrid: CEPC
- TOOLEY, Michael:
(1994) “An irrelevant consideration: killing versus letting die” en STEINBOCK, Bonnie y Alastair NORCROSS (eds.). *Killing and letting die*. Nueva York: Fordham University Press, pp. 103 – 111.
- VALADÉS, Diego:
(2008) “Eutanasia: régimen jurídico de autonomía vital” en CARPIZO, Jorge y Diego VALADÉS. *Derechos humanos, aborto y eutanasia*. México: UNAM, pp. 81 – 162.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique:

(2001) *Derecho médico peruano*. Lima: Universidad de Lima.

VASQUEZ RÍOS, Alberto:

(1997) *Derecho de las personas*. T. 1. Lima: San Marcos.

VILAJOSANA, Josep M.:

(2008) “Moralización del derecho, perfeccionismo y sociedad liberal”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Madrid, N.º. 11, pp. 145 – 179.

VILLA STEIN, Javier:

(2004) *Derecho penal - parte especial*. 2ª. Ed. Lima: San Marcos.

VON DER PFORDTEN, Dietmar:

(2012) “Five Elements of Normative Ethics – A General Theory of Normative Individualism“. *Ethical Theory and Moral Practice. An International Forum*. Berlín, Vol. 15, N.º. 4, pp. 449 – 471.

(2006) “Paternalismus und die Berücksichtigung des Anderen“ en ANDERHEIDEN, Michael *et al.* (eds.). *Paternalismus und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 93 – 108.

VON HIRSCH, Andrew:

(2008) “Direct Paternalism: Punishing the Perpetrators of Self-Harm”. *Intellectum*. Tesalónica, N.º. 5, pp. 1 – 20.

(2007) “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’” en HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, pp. 37 – 52.

(2006) “Direkter Paternalismus: Sollten Selbstschädigungen bestraft werden?“ en ANDERHEIDEN, Michael *et al.* (eds.). *Paternalismus und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 235 – 248.

(1998) *Censurar y castigar* (tr. de E. Larrauri). Madrid: Trotta.

WALDRON, Jeremy:

(2005) *Derecho y desacuerdos* (tr. de J. L. Martí y A. Quiroga). Madrid: Marcial Pons.

ZACZYK, Rainer:

(2010) “Injusto jurídico-penal y la autorresponsabilidad del lesionado” (tr. de N. Pastor Muñoz) en *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 273 - 319

ZAGREBELSKY, Gustavo:

(2011) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (tr. de M. Gascón). 10ª. Ed. Madrid: Trotta.

B. OBRAS CLÁSICAS¹

ARISTÓTELES:

(1985) *Ética a Nicómaco* (tr. de M^a. Araujo y J. Marías). 4ª. Ed. Madrid: CEPC.

¹ En este apartado se listan las obras clásicas cuya primera edición es de fecha anterior al año 1900.

- BACON, Francis:
(1950) *The Advancement of Learning*. London: Everyman's Library.
- BECCARIA, Cesare:
(1858) *Dei delitti e delle pene*. Milano: Francesco Sanvito. Recuperado el 08.02.2014 de:
<http://www.archive.org/stream/deidelittiedell00beccgoog#page/n49/mode/2up>
- CICERO, Marcus T.:
(1899) *Tusculanan Disputations; also, Treatises on the Nature of Gods, and on the Commonwealth* (tr. de C. D. Yonge). Nueva York: Harper. Recuperado el 08.02.2014 de:
<http://www.gutenberg.org/files/14988/14988-h/14988-h.htm>
- CONSTANT, Benjamin:
(2008) "De la liberté des anciens comparée à celle des modernes". *Les cahiers psychologie politique*. París, N°. 13, s/p. Recuperado el 10.02.2014 de:
<http://lodol.irevues.inist.fr/cahierspsychologiepolitique/index.php?id=164>
- DE HIPONA, Agustín:
(1978) *La ciudad de Dios* (tr. de S. Santamarta y M. Fuertes). Madrid: BAC.
- DE AQUINO, Tomás:
(2001) *Suma de teología* (tr. de J. Martorell Capó *et al*). 4ª. Ed. Madrid: BAC.
- HEGEL, G. W. F.:
(1944) *Filosofía del Derecho* (tr. de A. Mendoza). 3ª. Ed. Buenos Aires: Claridad.
- HUME, David:
(2004) *Essays on Suicide and the Immortality of the Soul*. Montana: Kessinger.
- KANT, Immanuel:
(2008) *La metafísica de las costumbres* (tr. de A. Cortina y J. Conill). 4ª. Ed. Madrid: Tecnos.
(2006) *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (tr. de R. Rodríguez Aramayo). Madrid: Alianza Editorial.
- LOCKE, John:
(1990) *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (tr. de C. Mellizo). Madrid: Alianza Editorial.
- MORE, Thomas:
(1977) *Utopía* (tr. de J. Mallafrè Gavalda). Barcelona: Bosch.
- MILL, John S.:
(2004) *Sobre la libertad* (tr. de P. de Azcárate). Barcelona: RBA.
- PLATÓN:
(2000a) *Fedón* (tr. de C. García Gual). Madrid: Gredos.
(2000b) *Las leyes* (tr. de F. Lisi). Madrid: Gredos.
(2000c) *República* (tr. de C. Eggers). Madrid: Gredos.

PUFENDORF, Samuel:

(1964) *The Two Books on the Duty of Man and Citizen According to the Natural Law*. (tr. de F. Gardner Moore). Nueva York: Oceana. Recuperado el 27.10.2013 de:
<http://www.constitution.org/puf/puf-dut.htm>

SENECA, Lucius A.:

(1917) *Moral Epistles* (tr. de R. M. Gummere). Vols. I y II. Cambridge: Harvard University Press. Recuperado el 27.10.2013 de:
http://www.stoics.com/seneca_epistles_book_1.html

C. LITERATURA CIENTÍFICA²

ALCÁNTARA ZAPATA, Natali y Doris ARGUMEDO BUSTINZA:

(2009) “Síntomatología depresiva y adhesión al tratamiento en pacientes con VIH”. *Psique: Anuario de Estudiantes de Psicología* [Pontificia Universidad Católica del Perú]. Lima, Año 4, N°. 1, pp. 9 -36.

CRUZADO RODRÍGUEZ, Juan A.:

(2010) *Tratamiento psicológico en pacientes con cáncer*. Madrid: Síntesis.

EZEKIEL, Emanuel *et al*:

(2000) “Attitudes and Desires Related to Euthanasia and Physician-Assisted Suicide Among Terminally Ill Patients and Their Caregivers”. *The Journal of the American Medical Association*. Chicago, Vol. 284, N°. 19, pp. 2460 – 2468.

HANCCO PAREDES, Luz D. y Arturo A. PÉREZ CHÁVEZ:

(2006) “Factores de riesgo del intento de suicidio”. *Revista de Psicología* [Universidad Católica de Santa María]. Arequipa, Vol. 3, pp. 44 – 53.

JENSEN, Viggo W. y Thomas A. PETTY:

(1996) “The Fantasy of Being Rescued in Suicide” en MALTSBERGER, John T. y Mark J. GOLDBLATT (eds.). *Essential Papers on Suicide*. Nueva York: NYU Press, pp. 131 – 141.

JONES, Ernest:

(1996) “On ‘Dying Together’ and an Unusual Case of ‘Dying Together’” en MALTSBERGER, John T. y Mark J. GOLDBLATT (eds.). *Essential Papers on Suicide*. Nueva York: NYU Press, pp. 11 – 19.

LARA SOLARES, Angélica *et al*:

(2006) “Manejo del paciente terminal”. *Cancerología*. México, N°. 1, 2006, pp. 283 – 295.

McNAMARA, Beverley:

(2001) *Fragile Lives. Death, Dying and Care*. Buckingham: Open University Press.

MOSBY:

(2004) *Diccionario Mosby Pocket de Medicina, Enfermería y Ciencias de la Salud* (tr. de Diorki S. I.). 4ª. Ed. Madrid: Elsevier.

² En este apartado se listan los estudios científicos en los campos de la Medicina, Psicología y Salud Pública.

RAYMUNDO VILLALVA, Ornella e Irina AYALA SERRANO:

(2011) “Impacto del tratamiento y fases psicológicas que atraviesa el paciente con cáncer”. *Revista de Psicología* [Universidad César Vallejo]. Trujillo, Vol. 13, N°. 1, pp. 59 – 72.

REYES PORTOCARRERO, Bertha:

(2007) “Depresión y suicidio concomitante en pacientes hospitalizados por trastornos mentales”. *Avances en Psicología* [Universidad Femenina del Sagrado Corazón]. Lima, N°. de octubre, pp. 35 - 42.

ROCAMORA, Alejandro:

(2012) *Intervención en crisis en las conductas suicidas*. Bilbao: Desclée de Brouwer.

SMETS, Tinne *et al.*:

(2010) “Reporting of Euthanasia in Medical Practice in Flanders, Belgium: Cross Sectional Analysis of Reported and Unreported Cases”. *British Medical Journal*. Londres, Vol. 341, s/p. Recuperado el 20. 02. 2014 de:
<http://www.bmj.com/content/341/bmj.c5174.pdf%2Bhtml>

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS:

(S/f.) *Guía Médica de Cuidados Paliativos* (En internet). Recuperado el 27.10.2013 de:
http://www.secpal.com/guiasm/index.php?acc=see_guia&id_guia=8

VALDIVIA PAREJA, Álvaro E.:

(2007) “Vacío existencial y riesgo suicida en pacientes con trastorno de personalidad *borderline*”. *Persona* [Universidad de Lima]. Lima, N°. 10, pp. 179 – 197.

VIDAL Y BENITO, M^a. del Carmen:

(2012) *Psiquiatría y psicología del paciente con cáncer*. 2^a. Ed. Buenos Aires: Polemos.

VILLANUEVA FLORES, Lorena:

(2006) “Terapia grupal centrada en soluciones con personas que han tenido intento de suicidio”. *Revista de Psicología* [Universidad César Vallejo]. Trujillo, Vol. 7, pp. 32 – 41.

WEBSTER, Ruth; LACEY, Judith y Susan QUINE:

(2007) “Palliative Care: A Public Health Priority in Developing Countries”. *Journal of Public Health Policy*. Basingstoke, Vol. 28, N°. 1, pp. 28 – 39.

WORLD HEALTH ORGANISATION:

(2007) *Palliative Care: Cancer Control Knowledge into Action*. Recuperado el 27.10.2013 de:
http://www.who.int/cancer/publications/cancer_control_palliative/en/

ZILBOORG, Gregory:

(1996) “Some Aspects of Suicide” en MALTSBERGER, John T. y Mark J. GOLDBLATT (eds.). *Essential Papers on Suicide*. Nueva York: NYU Press, pp. 83 – 92.