

Cábalmo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 15 / Julio 2021



FACULTAD DE
DERECHO

- Interconexión entre empatía en la atención de la salud y los derechos de los pacientes
- Bioética y bioderecho: obertura de una relación
- La bioética en las vacunas de ARNM y ensayos clínicos contra el SARS-COV-2

cálamó

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

udla.

CRÉDITOS

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

RECTOR

Gonzalo Mendieta

VICERRECTORA ACADÉMICA

Marlena León Mendoza

DECANA

Alexandra Vela

DIRECTOR ACADÉMICO

Nicolás Burneo

DIRECTORA CÁLAMO

Lydia Andrés

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- José Suing, PhD. Universidad de las Américas
- Richard Ortiz, PhD. Universidad de las Américas
- Pamela Jijón, PhD. Universidad de las Américas
- Wladimir Sierra, PhD. Universidad de Berlín
- Patricia Alvear, PhD. Universidad de las Américas
- Emilio Cerezo, Mg. Universidad de las Américas
- Juan Manuel Alba, PhD. Universidad de las Américas

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD. Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”, Italia
- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú
- Mónica Gonzáles Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD. Universidad de la Habana, Cuba
- Julio Antonio Fernández, PhD. Centro de Estudios de la Administración Pública, Habana-Cuba

- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina

CORRECCIÓN DE ESTILO

Emilio Cerezo, Mg.

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho, PhD.

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

María Helena Carbonell, PhD.

Alejandro Sarzosa, ll.m.

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

Jorge Navarrete

V&M Gráficas

Contacto: 3201 171

PERIODICIDAD

Semestral

DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones o canje dirigirse a: Universidad de Las Américas. Facultad de Derecho. Sede Udlapark Este, subsuelo 4. Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos, información y suscripción:

calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

ISSN DIGITAL

2737-6133

Cálamo 15: Los artículos que conforman el número 15 de Cálamo, previo su publicación, han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares ciegos.

El décimo quinto número de nuestra revista se publica atravesando todavía las particulares circunstancias impuestas por la pandemia causada por el COVID-19. Y aunque la sociedad empieza a caminar hacia un retorno a la normalidad, todas las esferas de la sociedad siguen viéndose afectadas de diversas maneras.

Por ello, y en continuidad con el número anterior –en el que la temática central invitaba a reflexionar sobre las implicaciones de la pandemia con un énfasis sobre las tecnologías de la información y la comunicación–, el presente número se centra en la relación entre Bioética y Derecho, reflexión necesaria en este contexto. Este tema se desarrolla en la sección Dossier y se retoma en la entrevista que cierra el número, desde el Derecho, la Filosofía y la Biotecnología. Mientras que la sección de Ensayos y la reseña que acogemos esta vez abordan otros temas, conforme nuestra política de temática libre.

Empezamos el Dossier con Aline Albuquerque, quien ofrece una reflexión sobre los cuidados de salud y los derechos de los pacientes, desde Brasil. La autora plantea, desde una investigación teórica, que el movimiento en torno a la empatía es un importante aliado en la implementación de los derechos de los pacientes, dando así un lugar central a la empatía en la relación entre derechos y Bioética.

El siguiente artículo, de Miguel Kottow, explora la relación entre Bioética y Bioderecho partiendo de la situación de pandemia causada por el COVID-19. Como lo explica el autor, esta pandemia ha hecho visible la incapacidad de la Bioética para asistir a la salud pública en lo referente a políticas sanitarias de emergencia. Su reflexión apunta finalmente a la necesidad de generar un Bioderecho flexible, adaptado a distintos contextos.

El texto que cierra el Dossier propone un análisis del desarrollo de las vacunas contra el covid-19, desde la

Biotecnología y tomando en cuenta sus implicaciones en materia de Bioética y Bioderecho. El estudio realizado por Juan Manuel Alba y Víctor Valdez se refiere especialmente a las vacunas de Arnm y los ensayos clínicos implicados en su desarrollo.

Nuestra sección de Ensayos reúne tres textos sobre distintas temáticas. El primero, de Juan Manuel Cordero, Alejandro Raúl Mogrovejo y María Carolina Sacoto, es una contribución al debate sobre la despenalización de la eutanasia, que tiene como objetivo su análisis jurídico. Para ello, los autores ponen particular atención en las nociones de autonomía de la voluntad y vida digna.

En segundo lugar, Johanna Ponce ofrece un aporte al estudio del Derecho Sucesorio español. Ponce examina de manera minuciosa la aceptación tácita de la herencia mediante la cesión de la cuota hereditaria, a la luz de la jurisprudencia y la doctrina española; para determinar finalmente las consecuencias jurídicas de este tipo de aceptación de la herencia.

Finalizamos esta sección con el ensayo de Juan José Bernal, María Emilia Vásquez y María Daniela Farfán, quienes se interesan por la normativa ecuatoriana aplicable a situaciones de discriminación y acoso en entornos laborales, especialmente en contra de mujeres. Los autores ponen de relieve la falta de cumplimiento de la normativa existente en el país.

Para este número, contamos con una reseña elaborada por Richard Ortiz, quien resume y comenta una obra que considera de lectura necesaria. Se trata de la primera edición de *Reelección presidencial y democracia. La eliminación de los límites constitucionales a la reelección en Ecuador, Bolivia, Venezuela y Nicaragua*; publicada en febrero de 2021 en Quito. Este importante aporte resume un estudio entre la Ciencia Política y el Derecho Constitucional, elaborado en coautoría por el profesor y juez de la Corte Constitucional Agustín

Grijalva Jiménez, y el investigador y profesor José Luis Castro Montero.

Cerramos con una entrevista realizada por Juan Manuel Alba a Valentín Navarro, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Internacional Isabel I de Castilla. Navarro desarrolla aquí una valoración iusfilosófica y bioética de la Ley Orgánica 3/3021, de 24 de marzo de 2019, de regulación de la eutanasia, vigente en España; ley que despenalizó la eutanasia y

que fue aprobada por una clara mayoría del Congreso español.

Estamos seguras de que este número será un valioso aporte a las discusiones impulsadas durante estos tiempos y que han sido propuestas por los autores, con abordajes desde distintas disciplinas y distintos espacios geográficos. Les deseamos una excelente lectura, y reiteramos nuestra invitación a colaborar y dialogar con nuestros autores y equipo.

Alexandra Vela Puga
Decana de la Facultad de Derecho
Universidad de Las Américas

Dossier

- **INTERCONEXIÓN ENTRE EMPATÍA EN LA ATENCIÓN DE LA SALUD Y LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES** 8
Aline Albuquerque
- **BIOÉTICA Y BIODERECHO: OBERTURA DE UNA RELACIÓN** 23
Miguel Kottow
- **LA BIOÉTICA EN LAS VACUNAS DE ARNM Y ENSAYOS CLÍNICOS CONTRA EL SARS-COV-2** 34
Juan Manuel Alba Bermúdez
Víctor Hugo Valdez Vélez

Ensayos

- **EUTANASIA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD** 48
Juan Manuel Cordero
Alejandro Raúl Mogrovejo
María Carolina Sacoto
- **LA ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA MEDIANTE LA ENAJENACIÓN DE LA CUOTA HEREDITARIA** 62
Johanna Ponce Alburquerque
- **AMBIENTE LABORAL, DISCRIMINACIÓN Y ACOSO**
Análisis desde la perspectiva legal ecuatoriana 77
Juan José Bernal Brito
María Emilia Vásquez Coronel
María Daniela Farfán Durán

Entrevista

- **UNA VALORACIÓN IUSFILOSÓFICA Y BIOÉTICA DE LA LEY ORGÁNICA 3/3021, DE 24 DE MARZO DE 2019, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA**
Entrevista a Valentín Navarro 94
Juan Manuel Alba Bermúdez

Reseña

- **REELECCIÓN PRESIDENCIAL Y DEMOCRACIA** 104
La eliminación de los límites constitucionales a la reelección en Ecuador, Bolivia, Venezuela y Nicaragua
Richard Ortiz Ortiz

DOSSIER

Handwritten signature

INTERCONEXIÓN ENTRE EMPATÍA EN LA ATENCIÓN DE LA SALUD Y LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES

INTERFACE BETWEEN EMPATHY IN HEALTHCARE AND THE PATIENT'S RIGHTS

INTERFACE ENTRE EMPATIA NOS CUIDADOS EM SAÚDE E OS DIREITOS DOS PACIENTES

*Aline Albuquerque**

Recibido: 27/04/2021

Aprobado: 28/05/2021

Resumen

Este estudio, que se caracteriza por ser una investigación teórica, tiene como objetivo desarrollar aportes teóricos que apoyen las interconexiones entre la empatía en la atención de la salud y los derechos de los pacientes, entendidos como los derechos que tienen todas las personas cuando se encuentran bajo la atención de salud. Se sabe que, en vista del paternalismo médico histórico y el alejamiento del paciente del centro asistencial, una ley de derechos del paciente no es fácil de implementar. Por tanto, se concluye en este artículo que el movimiento en torno a la empatía es un aliado en la implementación de los derechos de los pacientes, ya que ambos combinan supuestos básicos, como la esencialidad de las interacciones sociales y la percepción del otro como persona con un valor único, que da lugar a mandatos morales de respeto y trato digno.

Palabras clave: Empatía; Paciente; Derechos; Bioética

Abstract

This study, which is characterized as a theoretical research, aims to develop theoretical contributions that support the interconnections between empathy in healthcare and the rights of patients, understood as the rights that all people have when they are under healthcare. It is known that, in view of the historical medical paternalism and the removal of the patient from the care centre, a patient law

is not easy to implement. Therefore, I conclude that the movement around empathy is an ally in the fulfilment of patients' rights, as both share basic premises, such as the essentiality of social interactions and the perception of the other as a person with unique value, that gives rise to moral commands of respect and dignified treatment.

Key words: Empathy; Patient; Rights; Bioethics

Resumo

Este estudo, que se caracteriza como uma pesquisa teórica, objetiva desenvolver aportes que sustentem as interconexões entre a empatia nos cuidados em saúde e os direitos dos pacientes, entendidos como os que todas as pessoas têm quando se encontram sob cuidados em saúde. Sabe-se que, em face do histórico paternalismo médico e alijamento do paciente do centro do cuidado, uma lei de direito do paciente não é de fácil implantação. Para tanto, conclui-se neste artigo que o movimento em torno da empatia é um aliado na efetivação dos direitos dos pacientes, pois ambos conjugam premissas basilares, como a essencialidade das interações sociais e a percepção do outro como uma pessoa detentora de valor único, que enseja comandos morais de respeito e tratamento digno.

Palavras chave: Empatia; Paciente; Direitos; Bioética

* Es investigadora visitante en el Instituto Bonavero de Derechos Humanos de la Universidad de Oxford. Tiene un posdoctorado por la Universidad de Essex. Es: profesora de Bioética en la Universidad de Brasília, Abogada de la Unión, directora del Instituto Brasileiro de Derecho del Paciente, coordinadora general del Observatorio de Derechos de los Pacientes del Programa de posgrado en Bioética de la UnB.
Correo electrónico: alineoliveira@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Inúmeros problemas globais que ameaçam a preservação da espécie humana e dos demais seres vivos, assim como a existência de condições de vida digna para todos, se entrelaçam com a concepção de empatia. Isto é, a empatia pode ser um fator propulsor de uma nova cultura alicerçada na ideia de “outrospeção” (Krznaric 2015). Se o século XX foi a era da introspeção, na qual a se promoveu o bem-estar individual a partir de uma ótica do auto-empresendedorismo, da indústria da autoajuda e do reducionismo dos problemas coletivos às escolhas pessoais, em contraposição, no século XXI o foco está no outro, tal como propõe Krznaric (2015) ao formular a ideia de “outrospeção”. Nessa, o enfrentamento dos problemas coletivos e individuais não passa pela aplicação de uma lógica gerencial e mercadológica, mas sim, pelo reconhecimento de que o fortalecimento dos laços sociais e das interações humanas é essencial para se lidar com os desafios da atualidade.

Em tal perspectiva, a empatia desempenha um lugar central na construção de uma nova sociedade baseada em vínculos de solidariedade. Isso não significa que a empatia seja um remédio para todos os males, mas sim que se trata de um componente central no enfrentamento de problemas contemporâneos, inclusive, como se verá neste artigo, daqueles que dizem respeito aos sistemas de saúde e a relação profissional e paciente. Particularmente, na esfera da saúde, há que se destacar que a pandemia da COVID-19 fez emergir a necessidade dos sistemas de saúde de endossar a empatia, de modo que se conjugue as evidências científicas e o humanismo no cuidado dos pacientes com COVID-19 (Barello Graffigna 2020).

A empatia na esfera dos cuidados em saúde tem-se tornado um tema corrente na literatura no campo da Medicina e da Enfermagem. Além do aumento do número de pesquisas sobre empatia (Azevedo Mota e Mettreau 2018), um dos resultados concretos da empatia estar ganhando espaço nas discussões da área da saúde é o reconhecimento da importância do desenvolvimento da capacidade empática dos profissionais (Patel et al 2019). Essas atividades têm

buscado discutir traços da ação humana, que marcam o reconhecimento empático em relação ao sofrimento do outro em estudantes e profissionais de saúde (Howick 2018). Outro resultado são os relatórios produzidos no âmbito dos serviços de saúde, nos quais registra-se a preocupação com o déficit de empatia nos cuidados em saúde, como “*Dying Without Dignity*”, relatório do Serviço de Ombudsman da Saúde do National Health Service, e o relatório “*One Chance to Get it Right*” (Jeffrey 2016).

O reconhecimento da empatia como uma capacidade humana essencial para o desenvolvimento da relação terapêutica (Eby 2018) expressa um movimento na Medicina e em outras áreas da saúde na direção de alterar o paradigma corrente, que se caracteriza por: (a) o profissional é valorizado como um dispensador de exames e tratamentos; (b) às necessidades, vontades e preferências do paciente não é dado o peso das evidências científicas; (c) o tempo de consulta é encurtado; (d) o paciente é visto como recipiente passivo do cuidado (Howick e Rees 2017). Esse paradigma vigente da Medicina é objeto de críticas, em razão de não situar no centro do encontro clínico a relação humana travada entre o profissional de saúde e o paciente, bem como por priorizar a técnica em detrimento da conexão humana inerente a tal encontro. Esse movimento se associa a uma nova visão acerca do papel do paciente nos cuidados em saúde, o que iniciou a ser delineado tão somente na segunda metade do século XX. Isso se dá com a emergência da centralidade do paciente, enquanto componente da qualidade do cuidado, conforme o notório Relatório de 2001 (The Institute of Medicine 2001) do, então, Instituto de Medicina, bem como da consolidação paulatina do Modelo da Mutualidade ou da Participação Mútua, proposto por Szasz e Hollender (1956). Ainda, mudança significativa que impulsionou o Direito do Paciente diz respeito ao reconhecimento na década de 1970 do paciente como titular de direitos (Annas 2004), e à adoção de legislações de direito do paciente, sendo a primeira adotada na Finlândia, a “Lei sobre o status e os direitos dos pacientes na área da saúde”, que entrou em vigor em 1993 (Leino-Kilpi Kurittu 1995).

Como se nota, a ênfase dada à empatia nos cuidados em saúde se conjuga com o reconhecimento da centralidade do paciente e da essencialidade da sua relação com o profissional de saúde, para melhores resultados. Esse movimento se acopla à proposição de uma Medicina baseada na Empatia (Howick e Rees 2017), que pode ser demarcada a partir dos seguintes eixos: (a) o centro da consulta é a relação humana; (b) a comunicação empática é considerada como uma intervenção efetiva por si só; (c) a consulta empática é central para uma prática baseada em evidências; (d) as necessidades, vontade e preferências do paciente são alçadas a parte do processo de tomada de decisão. Desse modo, este artigo parte do pressuposto de que a empatia nos cuidados em saúde envolve entendimento por parte do profissional de saúde do estado mental e físico do paciente e ação terapêutica na direção de melhor resultado para o paciente (Howick 2019). Assim, essa proposta mostra como essencial dar voz ao paciente e reconhecê-lo como um sujeito de direitos, e a obrigação de respeitar esse entendimento recai sobre todos os profissionais de saúde.

Desse modo, a empatia pode ser propulsora de processos de identificação (Hunt 2009) e de comportamentos pró-sociais, bem como pode pavimentar a racionalidade moral (Decety 2010), que concorrem para a observância dos direitos dos pacientes na prática clínica. Ademais, ressalte-se que a empatia tem a potencialidade de alterar a olhar do profissional de saúde em relação ao paciente (Schultz 2013), que passa a percebê-lo como um semelhante merecedor de respeito e consideração (Dworkin 1989). Nessa linha, Adams (2018) aponta que a empatia é um imperativo ético no encontro clínico, na medida em que traz em seu conteúdo a consideração pela perspectiva do paciente, elemento essencial da tomada de decisões nos cuidados em saúde. Em vista desse percurso, este estudo objetiva desenvolver aportes teóricos que sustentem as interconexões entre

a empatia nos cuidados em saúde e os direitos dos pacientes, entendidos como os direitos que todas as pessoas têm quando se encontram sob cuidados em saúde (Albuquerque 2020). Assim, se trata de pesquisa teórica, cujo escopo consiste em desenvolver aportes teóricos concernentes a um campo do saber, de modo a consolidá-lo e a permitir sua incidência prática (Adom, Hussein e Adu Agyem 2018).

Quanto ao marco teórico empregado nesta pesquisa, esse se divide em três áreas: empatia clínica, Direito do Paciente e empatia e direitos humanos. Em relação à empatia nos cuidados em saúde, este artigo baseou-se nas investigações formuladas por Riess (2018), Hojat (2016) e Howick (2019). No que tange ao Direito do Paciente, alicerçou-se nas pesquisas de Annas (2004), de Cohen e Ezer (2013) e de Albuquerque (2016, 2020). Por fim, esta pesquisa se fundamentou nos estudos de Hunt (2009), Von Harbou (2013), Sajo (2011), e De Waal (2020), acerca das interconexões entre empatia, moralidade e direitos humanos. Escolheu-se adotar a perspectiva dos estudos sobre empatia e direitos humanos, por se entender que os direitos dos pacientes são efetivamente direitos humanos incidentes na esfera dos cuidados em saúde, como será tratado com maior detalhamento neste artigo.

Cabe registrar que esta pesquisa não envolve revisão da literatura ou pesquisa bibliográfica, porquanto se trata de pesquisa teórica, que pressupõe a aplicação de determinado referencial teórico a um objeto de estudo. O presente artigo se estrutura em quatro partes: a primeira sobre o conceito de empatia clínica; a segunda acerca dos benefícios da empatia clínica para os pacientes e profissionais de saúde; a terceira versa sobre o Direito do Paciente: novo ramo jurídico e a sua implementação; a quarta trata das correlações entre empatia e direitos humanos, e, por fim, a última analisa a interface entre a empatia e o campo dos Direitos do Paciente.

EMPATIA NOS CUIDADOS EM SAÚDE

O termo “empatia” é um vocábulo recente que decorreu de estudos filosóficos do final do século XIX,

notadamente de Robert Vischer, Wilhelm Worringer e Theodor Lipps no campo da estética, de William

James na psicologia e de Vernon Lee na sua interseção entre ambos (Yaseen e Foster 2019). No ano de 1908, Titchener, psicólogo da Universidade de Cornell, cunhou o termo “empatia” como uma tradução da palavra alemã “*einfehlung*” (“*into-feeling*”), empregada por Vischer no processo de sua investigação sobre a natureza dos pensamentos. Assim, a palavra “empatia” nos primórdios do seu uso dizia respeito à experiência interna do significado e apreciação estética (Yaseen y Foster 2019), ou seja, à conexão cinestésica com uma pintura ou escultura (Riess 2018). Em meados do século XX, Carl Rogers desenvolveu concepção singular de empatia na psicoterapia, conferindo-lhe um papel significativo na interação entre terapeuta e paciente ao compreendê-la como um processo cujos componentes centrais são a atitude respeitosa e a escuta não julgadora (Yaseen e Foster 2019).

No que tange ao conceito de empatia, assinala-se que distintas concepções circulam na literatura especializada sobre a temática (Coplan 2014) e que, a despeito das suas distinções, a caracterizam como um “construto multidimensional” (Hirn et al. 2020). Neste estudo, adota-se a demarcação conceitual de Riess (2018), isto é, empatia é uma capacidade dinâmica que permite a compartilhamento de experiências, o sentimento de preocupação, a tomada de perspectiva e a motivação de uma responsividade cuidadosa em relação ao outro. Coplan (2014) traz como elemento importante, para se aprofundar o entendimento da empatia, o seu enquadramento como um processo imaginativo complexo, no qual o observador simula o estado psicológico de outra pessoa enquanto mantém um claro senso de diferenciação. Desse modo, verificam-se o processo imaginativo e o senso de diferenciação como elementos que despontam no entendimento da empatia como uma capacidade. Nesse sentido, Riess (2018) também incorpora a imaginação ao pontuar que a empatia exige mais imaginação, quando comparada com a “*sympathy*”.

A maior parte dos estudiosos (Schurz et al 2021) do tema da empatia a desdobra em três dimensões: empatia emocional ou afetiva, emocional cognitiva e preocupação empática. Outros autores trazem componentes distintos, como o entendimento experiencial (Coplan 2014) e empatia relacional

(Kirkscey 2018). A empatia emocional consiste na capacidade de sentir o que o outro sente, imaginando o estado afetivo da outra pessoa (Riess 2018), estabelecendo, assim, uma correspondência afetiva entre o estado afetivo do observador com o da outra pessoa, mesmo que varie em grau (Coplan 2014). A empatia cognitiva pressupõe a tomada de perspectiva orientada pelo outro e a auto diferenciação em relação ao outro (Coplan 2014), de modo que com base nessa capacidade se compreenda o estado afetivo, as crenças e o pensamento do outro. A empatia cognitiva se estrutura com base na Teoria da Mente, que consiste na habilidade de se entender o que se passa com a outra pessoa e surge por volta dos quatro ou cinco anos de idade (Riess 2014). A preocupação empática consiste em um movimento na direção do outro com a finalidade de ajudá-lo a partir do entendimento da sua situação e do seu estado emocional. Assim, pode-se afirmar que a empatia envolve uma responsividade em relação ao outro, isto é, abarca o entendimento da situação do outro e a resposta apropriada (Riess 2018).

Retomando a distinção entre empatia e “*sympathy*”, Hojat (2016) assinala que a segunda envolve maior emoção, sendo caracterizada como um estado emocional da mente, ao passo que a empatia consiste em um atributo intelectual. A autoconsciência é maior na empatia e se reduz na “*sympathy*”, bem como a empatia implica o entendimento do estado emocional e mental do outro e a “*sympathy*” sentir o sofrimento do outro, sua dor e emoções, em consequência, a empatia envolve uma convergência entre o entendimento e o estado do outro, ao passo que a “*sympathy*”, um paralelismo de sentimentos. Decety (2010) diferencia ambos os conceitos partindo da noção de empatia como a capacidade de reconhecer a emoção do outro e a “*sympathy*”, enquanto o sentimento de preocupação em relação ao bem-estar de outrem. Nota-se na literatura que alguns autores identificam a “*sympathy*” com o componente afetivo ou emocional da empatia. Essa distinção se mostra importante para o estudo da empatia clínica, como adiante será visto.

A empatia nos cuidados em saúde pode ser compreendida sob a perspectiva de duas abordagens, a da empatia clínica (Halpern 2003) (Bikker, Cotton e Mercer 2018) e a da empatia terapêutica (Howick 2019).

A empatia clínica consiste na capacidade de entender a situação do paciente, sua perspectiva e sentimentos, isso envolve tanto a comunicação desse entendimento, quanto checar a sua acurácia, bem como atuar de acordo com essa compreensão para ajudar o paciente (Bikker Cotton y Mercer 2018). Assim, a empatia clínica é uma forma de interação profissional (Mercer y Reynolds 2002), ou seja, a empatia terapêutica engloba o entendimento interpessoal e a ação cuidadosa. O primeiro elemento implica o entendimento ou a tentativa de se entender, correlacionando-se, assim, com o componente da empatia cognitiva. A ação cuidadosa significa a atuação do profissional, na relação com o paciente, com base no entendimento do tipo e da qualidade da experiência vivenciada pelo paciente (Hojat 2016).

Na esfera dos cuidados em saúde, estimula-se, em geral, o componente cognitivo da empatia, em detrimento da empatia emocional, o que acarreta um dissenso sobre a concepção de empatia a ser adotada na esfera dos cuidados em saúde (Jeffrey 2016). Há autores que restringem a empatia ao seu componente cognitivo, isso em razão de se ter em conta que se o profissional de saúde experienciar sentimentos semelhantes aos dos pacientes, há o incremento do risco de *burnout* e *stress* (Howick 2019). Nesse sentido, Hojat (2016) sublinha que sentir o grau de sofrimento e dor do paciente

afasta da noção de empatia e se passa a ter a incidência da “*sympathy*”. Por outro lado, Halpern (2010) advoga que a visão de que a empatia seria o entendimento cognitivo da condição do paciente acarretaria um distanciamento do profissional de saúde. Jeffrey (2016) sublinha que a discordância sobre a empatia emocional e o distanciamento está no centro das discussões sobre a “humanização” dos cuidados em saúde. Para além desse dissenso no campo da empatia nos cuidados em saúde, Howick (2019) pontua que, estudos atuais, demonstram a dicotomia simplificadora das dimensões emocionais e cognitivas da empatia, e assevera que em certa medida há sempre o componente emocional e o cognitivo na capacidade empática. No mesmo sentido, De Waal (2020) assinala que a empatia envolve necessariamente o contágio emocional e a avaliação da situação do outro, seu componente cognitivo.

Em suma, empatia nos cuidados em saúde envolve o entendimento do que a doença significa para o paciente; a comunicação pelo profissional de saúde desse entendimento e a verificação da sua acurácia; a atuação do profissional de saúde com base em tal entendimento, de modo terapêutico e prestativo (Howick 2019). A empatia nos cuidados em saúde abarca uma série de benefícios para todos os atores do encontro clínico, conforme apontamos a continuação.

BENEFÍCIOS DA EMPATIA NOS CUIDADOS EM SAÚDE PARA OS PACIENTES E PROFISSIONAIS DE SAÚDE

As conexões humanas podem promover a saúde e prevenir as enfermidades. Pesquisas epidemiológicas, desde 1979, demonstram que, a ausência de conexões humanas, estão significativamente vinculadas a doenças e à mortalidade. Inúmeros estudos (Hojat 2016) indicam que o risco de adoecer dobra, no mínimo, quando uma das conexões sociais se torna frágil. Assim, as conexões sociais são protetivas e podem ser enquadradas como um determinante social da saúde. Nessa linha, o isolamento social é um fator de risco significativo para mortalidade e morbidade, tal como obesidade, sedentarismo e tabagismo. Em consequência, a conexão empática entre profissionais

e pacientes consiste em um tipo específico de suporte social com todos os seus benefícios e dificuldades (Hojat 2016). Sendo assim, a empatia na relação entre o profissional de saúde e o paciente potencializa a conexão humana essencial para o bem-estar de ambos.

A literatura especializada sobre empatia nos cuidados em saúde apresenta desde as suas primeiras publicações, como a de Mercer e Reynolds (2002), os benefícios da empatia para pacientes, profissionais de saúde e os sistemas de saúde (Bas-Sarmiento et al. 2020). Atualmente, verificam-se estudos numerosos de saúde (Kerasidou Horn 2018), que evidenciam os

efeitos benéficos da empatia para os resultados do paciente, sendo considerada um elemento central da provisão de cuidados em saúde.

Mercer e Reynolds (2002) assinalam que pacientes quando levados a definir qualidade dos cuidados primários a empatia emerge como um fator-chave. No que tange aos benefícios para os pacientes, podem ser identificados: (a) aumento da satisfação do paciente (Bas-Sarmiento et al. 2020); (b) acurácia do diagnóstico (Mercer Reynolds 2002); (c) maior aderência terapêutica (Bas-Sarmiento et al. 2020); (d) redução da depressão e da ansiedade do paciente e o aumento da sua qualidade de vida (Patel et al 2019); (e) melhora da confiança do paciente no profissional de saúde e, por consequência, a revelação de aspectos íntimos da sua vida (Halpern 2003) (Hirsch 2007).

No que tange aos benefícios para os profissionais de saúde (Bas-Sarmiento et al 2020), destacam-se: (a) aumento do bem-estar da equipe de saúde; (b) redução do burnout e do seu surgimento; (c) redução de comportamentos agressivos e conflitos de trabalho; (d) aumento da capacidade de liderança; (e) diminuição da litigância contra os profissionais de saúde; (f) os

profissionais que se encontram mais afinados com as necessidades sociais dos seus pacientes experienciam menos burnout (Hirsch 2007).

Constata-se que há variados estudos que demonstram a importância da empatia para melhores resultados em saúde, seja do ponto de vista psicológico ou farmacológico (Mercer Reynolds 2002).

Por outro lado, quanto aos impactos negativos da empatia, assinala-se que a empatia emocional pode acarretar estresse do profissional de saúde e sua fadiga empática, por isso precisa estar acoplada à autorregulação (Riess 2018). Desse modo, o autocuidado, a autoempatia e a autoconsciência são essenciais para os profissionais de saúde reduzirem a fadiga e se manterem aptos a estabelecerem conexões empáticas com os pacientes (Moudatsou et al. 2020).

Uma vez descritos os benefícios consolidados na literatura sobre a empatia e os cuidados em saúde, considerando o objeto deste artigo, no item em sequência tem-se como escopo discorrer de forma sintética acerca do Direito do Paciente, entendido como um novo ramo da esfera jurídica.

DIREITO DO PACIENTE: NOVO RAMO JURÍDICO

O direito do paciente é aqui entendido como uma disciplina jurídica dogmática (Ferraz Júnior 2003) e, portanto, consiste em um campo do saber que se dedica “a questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado, historicamente constituído” (Larenz 1997, 1). Situa-se, assim, ao lado de outras disciplinas que se ocupam de temáticas relacionadas à saúde, tais como o direito médico, o biodireito e o direito sanitário. Considera-se o direito do paciente como uma disciplina dogmática do direito em razão de se constituir sobre a base de certas premissas ou pontos fixos de referência, a partir dos quais se demarcam “comportamentos juridicamente possíveis” (Ferraz Júnior 2003, 48), com o objetivo de “criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos” (Ferraz Júnior 2003, 48). Desse modo, o direito do paciente tem por objeto

as normas sobre a relação entre profissional de saúde, paciente e familiares no contexto dos cuidados em saúde, que atribuem aos pacientes prescrições legais que os autorizam a pretender garantidamente algo.

Com efeito, o Direito do paciente parte de três premissas centrais: o cuidado centrado no paciente, o modelo da mutualidade da relação entre profissional de saúde e paciente e o reconhecimento do paciente como sujeito de direito. Quanto ao primeiro pressuposto, a abordagem do cuidado centrado no paciente consiste em uma parceria entre profissionais, pacientes e seus familiares com vistas a assegurar que as decisões respeitem as vontades, as necessidades e as preferências dos pacientes, e que estes sejam informados e apoiados em suas necessidades de tomar decisões e de participar do seu próprio cuidado (The Institute of

Medicine 2001). Quanto aos modelos de relação entre profissional de saúde, o Modelo da Mutualidade se alicerça na relação de parceria entre o profissional e o paciente e elege a tomada de decisão compartilhada como o modo de decidir mais adequado à efetivação da autonomia pessoal do paciente (Albuquerque 2020). Em relação ao último pressuposto do direito do paciente, esse diz respeito ao entendimento de que ser paciente é uma condição humana específica, que em razão da sua vulnerabilidade acrescida, quando comparada com uma pessoa sadia, foi, historicamente, submetida ao poderio médico, marca da assimetria de poder caracterizadora do encontro clínico.

O direito do paciente tem como foco de estudo os direitos dos pacientes que decorrem da aplicação dos direitos humanos ao contexto dos cuidados em saúde (Albuquerque 2016) (European Commission 2016) (Cohen Ezer 2013). Com efeito, os direitos humanos constituem prescrições ético-jurídicas construídas com base em consensos advindos da comunidade internacional, extraídos da expansão do círculo da moralidade (De Waal 2020) – passando da lealdade e do dever para com a família e o clã para a comunidade, a nação, a humanidade e todas as formas de vida –, delimitando-se como uma ética mínima universal.

Com base no reconhecimento da dignidade intrínseca do paciente e, no respeito à sua autodeterminação e integridade corporal, cabe aos Estados adotar leis de direitos dos pacientes, transpondo-os para o ordenamento jurídico nacional. Assim, os direitos dos pacientes, contidos nas leis dos países, são expressão dos direitos humanos que assentam um mínimo ético nos cuidados em saúde, balizadores da relação entre profissional de saúde e paciente e provê uma linguagem que empodera e engaja os pacientes no processo terapêutico (Putturaj et al. 2020).

Com efeito, a prestação de cuidados em saúde há que ser feita em conformidade com as evidências científicas e os direitos humanos (Püras 2017). A assimetria de poder nos sistemas de saúde conduziu, historicamente, a violações de direitos dos pacientes. Em decorrência, o arcabouço normativo dos direitos dos pacientes resulta do reconhecimento de que os direitos humanos se “aplicam indiretamente aos cuidados em saúde por meio da responsabilidade estatal de regular os profissionais de saúde a sua prática” (Erdman 2017), o que é feito mediante os direitos dos pacientes. Os direitos dos pacientes, portanto, derivam dos direitos humanos previstos em tratados, conforme o quadro abaixo explicita (Albuquerque 2020):

Quadro 1: Direitos do paciente derivados do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Direito humano do paciente	Direito do paciente
Direito à vida	Direito a cuidados em saúde de qualidade e seguro.
Direito à privacidade	Direito à autodeterminação–direito a recusar tratamentos e procedimentos; direito ao consentimento informado; direito a participar do processo de tomada de decisão; e direito à segunda opinião. Direito à confidencialidade de dados pessoais.
Direito de não ser discriminado	Direito de não ser discriminado no momento do atendimento e da prestação do serviço de saúde.
Direito à informação	Direito à informação sobre sua condição de saúde; direito de acesso ao prontuário;
Direito à saúde	Direito aos cuidados gerais em saúde com qualidade e segurança.
Direito aos remédios efetivos	Direito de apresentar uma queixa e direito à reparação.

O direito do paciente se entrelaça com a empatia nos cuidados em saúde no que tange à sua origem histórica e a outros pontos de contato que serão objeto deste artigo. Historicamente, apregou-se na formação dos médicos de que poderiam compreender os sentimentos dos pacientes e, simultaneamente, manter o distanciamento emocional, entendido, até a década de 1960, como supressão de respostas emocionais. A partir de tal momento, pacientes, enfermeiros e clérigos começaram a questionar a atitude dos médicos em relação aos pacientes (Halpern 2014). Na década de 1970, o movimento dos direitos dos pacientes alterou a paisagem dos cuidados em saúde e da relação entre profissional e paciente (Annas 2004). Esse movimento, em convergência com os movimentos no campo da Bioética, questionou o paternalismo médico e a falta de compaixão, nos cuidados em saúde. Contexto no qual exemplos de desumanização tornaram-se notórios, o que conduziu os pacientes a colocarem em xeque a

adequação do distanciamento entre profissionais de saúde e a demandarem maior empatia por parte dos primeiros (Halpern 2014). Desse modo, o surgimento dos direitos dos pacientes tem como pano de fundo a mesma ambiência que fez surgir os reclamos por empatia nos cuidados em saúde. Igualmente, compartilham o deslocamento do paciente do papel de objeto da intervenção médica para o de sujeito de uma relação humana que deve ser pautada pela empatia e respeito.

Sustentar que o direito do paciente é um novo ramo jurídico, que parte da premissa de que o encontro clínico se sustenta na comunicação empática e na capacidade empática do profissional de saúde, tem como desiderato contribuir para a implementação dos direitos dos pacientes no cotidiano dos cuidados em saúde, que será objeto da parte subsequente deste artigo.

CORRELAÇÕES ENTRE EMPATIA, DIREITOS HUMANOS E MORALIDADE

As pesquisas sobre o papel da empatia nos direitos humanos ainda são escassas, assim, este artigo se alicerça nos estudos de Hunt (2009), Von Harbou (2013), Sajó (2011), acerca das interconexões entre empatia e direitos humanos e moralidade e empatia, formulados por De Waal (2020).

Segundo Hoffman (2014), há fartas evidências de que a maior parte das pessoas quando se deparam com situações de estresse que envolvem o outro, tendem a ressoar o stress e a motivar-se a ajudar. Assim, os seres humanos têm uma tendência natural na direção do apoio ao próximo em situações difíceis, cuja justificativa se ampara na seleção natural.

Com efeito, entre as forças da seleção natural incidentes sobre os seres humanos destacam as tendências de cooperação e de mutualidade. Tal concepção se contrapõe à visão de que a seleção natural seja um “processo cruel e impiedoso de eliminação”, que privilegia os seres mais hostis, essa visão equivocada é denominada por De Waal (2020, 85) de “erro de Beethoven”.

A importância dos sentimentos e intuições no campo moral reflete uma longa tradição na Filosofia Moral, cujos teóricos centrais são David Hume, Adam Smith e Arthur Schopenhauer (Von Harbou 2013). O denominado “sentimentalismo de Hume”, ao longo dos últimos anos, tem sido amparado na ciência empírica e há um crescente entendimento de que o julgamento moral tem bases intuitivas e emocionais (Von Harbou 2013). Como exemplo de tal entendimento, De Waal (2020) estabelece três níveis de moralidade, sendo que os níveis superiores inexistem sem os inferiores: (a) sentimentos morais, que abarcam a capacidade empática, a tendência à reciprocidade, senso de justiça e a habilidade para estabelecer relações harmônicas; (b) pressão social, que diz respeito ao estímulo ao comportamento cooperativo, por meio de mecanismos de constrangimento e punição; (c) julgamentos e raciocínios, que envolvem a internalização das necessidades e dos propósitos dos outros no julgamento moral.

A moralidade é um fenômeno, em sua origem, intragrupo, que se expandiu para a ênfase no

bem-comum, deslocando-se das relações interpessoais para preocupações em torno da manutenção da sociedade. A empatia tem o condão de pavimentar a racionalidade moral (Decety Cowell 2014) na construção de consensos morais e jurídicos universais, ao habilitar que se sinta a dor e o prazer do outro, ampliando o círculo de moralidade (Cumper Lewis 2018).

Com efeito, a empatia tem sido considerada um motivador da inclinação de ajuda na direção do outro (Schultz 2014) e de movimentos sociais que propiciam alterações nas legislações e na correlação de poder que se dá em determinadas interações sociais. A empatia cognitiva, notadamente por meio da tomada de perspectiva, contribui para o enfrentamento dos estigmas e dos processos discriminatórios de certos grupos populacionais. Nesse sentido, tomar a perspectiva de uma pessoa com deficiência física que seja cadeirante acarreta modos de percepção da sua condição de vida, percepção essa que pode ser generalizada, concorrendo para mudanças sociais (Decety, Cowell 2014).

Assim, a empatia permite que uma pessoa se desloque de sua visão e sentimento como centro e consiga imaginar e “entender a cultura, crenças, interesses, emoções, desejos e necessidades de outro” (Kitayama Hashizaki 2018, 274). Há eventos históricos que ilustram a influência da empatia nos julgamentos morais e na justiça (Cumper Lewis 2018), como o fato de que emoções como culpa e sentimento de injustiça motivaram alemães no período nazista a salvar judeus; o movimento de direitos civis nos Estados Unidos na década de 1960; a luta pela abolição da escravatura no século XIX (Sajo 2011). Nessa linha, Hunt (2009), ao abordar a história dos direitos humanos, traça um paralelo entre os avanços em tal campo e a empatia forjada pela literatura, que permitiu sentimentos de ultraje em relação a violações de direitos humanos, modelando a racionalidade moral.

Por meio da capacidade empática, os seres humanos conseguem entender o outro, o que não pressupõe se colocar em seu lugar, mas sim a imaginação da condição do outro e a criação de um processo de

identificação (Schultz 2014). Assim, a empatia se revela a essência para os comportamentos pró-sociais, ao facilitar a cooperação e impulsionar a formalização de exigências éticas em direitos humanos, formalmente estabelecidos em normas jurídicas, notadamente por meio da identificação com a vítima de dor, em decorrência de práticas objeto da norma jurídica (Sajo 2011).

Quanto aos contextos de violação de direitos humanos, a falta de empatia pode conduzir à desumanização de pessoas e grupos ao eclipsar a ideia de que todas os humanos detêm valor intrínseco, ideal que consubstancia a “dignidade humana” (Schultz 2014). Desse modo, os julgamentos morais no campo dos direitos humanos implicam uma motivação empática que se direciona ao bem-estar do outro (Von Harbour 2013).

Portanto, a habilidade dos seres humanos de tomar a perspectiva do outro, ao compreender sua condição particular de vida e suas emoções, propicia a defesa de direitos que asseguram ao outro a melhora de tal condição e a mitigação do seu sofrimento. A efetivação de direitos humanos de determinados grupos populacionais ou atinentes a certos temas, como o de não ser submetido a tratamento desumano e degradante, é impulsionada pela ampliação do círculo de moralidade, gerada pela empatia. Reconhece-se que a empatia é, prioritariamente, uma capacidade expressada intragrupo, porém, verifica-se no progresso civilizatório da humanidade a expansão da empatia para estranhos, o que se verifica de forma explícita no caso dos direitos dos refugiados e apátridas. Cabe assinalar, por fim, que, conforme pontua Von Harbour (2013), a empatia é um elemento essencial para a previsão em normas de direitos humanos de exigências éticas, porém, não é suficiente, haja vista que diversos outros fatores impactam em tal processo de formalização. O mesmo se aplica para a importância da empatia no respeito aos direitos humanos.

Dessa forma, a empatia é nodal para a consolidação do direito do paciente e a promoção dos seus direitos, na prática diária dos cuidados em saúde, objeto do seguinte ponto abordado.

INTERFACE ENTRE EMPATIA E DIREITOS DOS PACIENTES

O Direito do Paciente tem como objeto leis de direitos dos pacientes que, em geral, abarca os seguintes direitos: direito a cuidados em saúde de qualidade e seguros; direito a recusar tratamentos e procedimentos; direito ao consentimento informado; direito a participar do processo de tomada de decisão; direito a segunda opinião; direito à confidencialidade de dados pessoais; direito de não ser discriminado; direito à informação sobre sua condição de saúde; direito de acesso ao prontuário e direito de apresentar uma queixa e direito à reparação. A lei de direito do paciente, que fixa os direitos assinalados, tem, dentre várias funções, a de legitimar o pleito dos pacientes, sendo denominada por Goodman e Jinks (2013) de “função expressiva da lei”. Tal função, além da apontada, se desdobra nas seguintes: (a) sinaliza valores e consensos morais pactuados; (b) localiza determinadas condutas no campo do reprovável; (c) confere visibilidade ao tema objeto da lei, provocando discussão, realização de pesquisas acadêmica e de campanhas e conscientização da população sobre práticas violadoras de direitos, mas consolidadas; (d) provoca mudança de comportamentos, notadamente em pessoas que tenham temor de sanções.

Tratando-se da lei de direito do paciente, essa lei é essencial para: (a) conscientizar os pacientes sobre os próprios direitos e legitimar tal pleito; (b) provocar mudanças no comportamento de profissionais de saúde que se regem eticamente, pelo temor da punição; (c) conferir visibilidade ao tema em toda a sociedade; (d) alterar a formação dos profissionais de saúde, na medida em que a lei passa a constar dos programas dos Cursos de Graduação; (e) explicitar para os profissionais de saúde e do Direito as condutas que são reprováveis ética e juridicamente nos cuidados em saúde; (f) compele os hospitais e demais serviços de saúde a adotar políticas institucionais específicas sobre direitos dos pacientes. Considerando tal quadro, busca-se, em seguida, desenvolver aportes teóricos que sustentem as interconexões entre a empatia nos cuidados em saúde e os direitos dos pacientes, particularmente, quanto à função da lei de provocar mudanças comportamentais,

de concepção dos profissionais de saúde e de legitimar os pleitos dos pacientes.

A relevância conferida à empatia nos cuidados em saúde expressa uma mudança do paradigma do que se entende como “distanciamento emocional” e como “objetividade” na relação profissional–elementos que compõem o entendimento da expressão do “profissionalismo puro” -, para o paradigma da centralidade da relação terapêutica – profissional e paciente–nos cuidados em saúde.

A nossa capacidade de ser empático é dinâmica e permite o compartilhamento de experiências, se sentir afetado, adotar a perspectiva do outro e motivar uma resposta cuidadosa (Riess 2018). Ainda, a empatia pressupõe a compreensão não julgadora da experiência do outro (Hojat 2016) e a provisão de melhor cuidado em saúde, na medida em que os profissionais passam a considerar as preocupações do paciente (Kerasidou Horn 2018). Essas preocupações são materializadas em direitos, os quais expressam a forma pelo qual o paciente deseja ser tratado. Quando o profissional de saúde atua de forma empática, percebe o paciente como um semelhante e pode reconhecê-lo como um sujeito autônomo de direitos.

No que tange aos direitos dos pacientes, em particular, destaca-se a empatia terapêutica, que abarca a comunicação com o paciente e o entendimento mais acurado do que a doença significa para o paciente (Howick et al 2018). Esse aspecto é essencial para o exercício do direito a participar do processo de tomada de decisão e o direito a cuidado em saúde de qualidade e seguro. Isso em razão da empatia ser considerada uma dimensão da Tomada de Decisão Compartilhada (Kirkscey 2018), que pressupõe o exercício de escuta empática por parte do profissional de saúde e a valoração das necessidades, vontade e preferências do paciente (Howick Rees 2017). A elaboração de um plano de cuidado e a adoção de intervenções personalizadas também são reforçadas pela relação empática entre profissional e paciente (Moudatsou et al 2020).

No que toca à qualidade e à segurança do cuidado, a empatia terapêutica concorre para o incremento da qualidade nos cuidados em saúde (Moudatsou et al 2020). Com efeito, contribui, ademais, para maior acurácia no diagnóstico, consequentemente, menor risco de erro de diagnóstico, bem como para se alcançar melhores resultados, quando se adiciona empatia à consulta clínica. Estudo realizado sobre pacientes com diabetes demonstrou a associação entre a empatia e o curso terapêutico positivo da doença, e outro apontou os pacientes com câncer apresentam menos estresse e depressão quando seu tratamento foi empático (Moudatsou et al 2020). Em relação ao mesmo direito, o manejo da dor é um elemento da qualidade do cuidado, e a empatia do profissional com a dor do paciente pode ser um fator significativo na provisão de medicamentos opioides e outras estratégias sem o uso desses remédios.

Quanto ao direito ao consentimento informado, esse consiste no processo no qual o paciente e o profissional de saúde se engajam em um diálogo sobre o tratamento/procedimento proposto, consequências, riscos, benefícios e alternativas. O paciente assina um documento que atesta seu engajamento no diálogo. Caso tenha sido criada uma relação empática entre o paciente e o profissional, a comunicação entre ambos é facilitada, para tanto, é indispensável que o paciente tenha tempo para relatar a sua história e se sentir realmente escutado (Bikker, Cotton e Mercer 2014). Desse modo, o direito ao consentimento informado é efetivamente exercido pelo paciente, pois o mero fornecimento de um termo padronizado sem o engajamento do paciente e a criação de um espaço de escuta genuíno, que abarque as dúvidas sobre o procedimento ou o tratamento, não atendem ao conteúdo do direito assinalado.

O paciente tem o direito de recusar tratamentos e procedimentos, o que significa assentar o comando de que um paciente adulto e capaz tem o direito de recusar tratamento e procedimento por qualquer motivação. A empatia nos cuidados em saúde pressupõe o interesse e a preocupação do profissional pelas crenças, valores, necessidades e preferências, e o entendimento de que respeitar o paciente como pessoa implica aceitar sua decisão de recusa de tratamentos e procedimentos,

mesmo quando o profissional discorda. O julgamento moralizante (Rosenberg 2015) do paciente, por parte do profissional que avalia a sua recusa, etiqueta e estigmatiza o paciente a partir dos critérios de moralidade do profissional, e acaba por bloquear a sua empatia e a tomada de perspectiva sob a ótica do outro. Nesse caso, o exercício da empatia por parte do profissional o ajudará a entender a escolha do paciente pela recusa e, por consequência, respeitar o seu direito.

O direito de não ser discriminado significa que os direitos do paciente devem ser exercidos sem discriminação de qualquer tipo, baseada em fatores pessoais. A empatia no encontro clínico implica reconhecer o paciente como uma pessoa e que, a despeito da visão de mundo do profissional ser crítica quanto a determinado fator pessoal do paciente, o exercício da sua capacidade empática permite a conexão entre ambos. Desse modo, nesse caso, a capacitação de profissionais de saúde em empatia e em comunicação empática seria importante para evitar atitudes discriminatórias nos cuidados em saúde.

O direito à informação sobre sua condição de saúde envolve o processo comunicacional entre o profissional e o paciente. Consiste, então, no direito de ser informado sobre o seu estado de saúde, sobre o tratamento, as alternativas e os seus respectivos riscos e benefícios, bem como sobre os efeitos do tratamento. As informações sobre o tratamento e as alternativas devem ser explicadas de maneira a serem entendidas pelo paciente e cabe ao profissional checar se o paciente efetivamente compreendeu o que lhe foi transmitido. Igualmente, a falta de empatia e de conexão com o estado emocional do paciente pode fazer com que o profissional de saúde forneça informação em excesso, contribuindo para piorar o seu quadro ou dificultando o seu entendimento acerca das informações necessárias para a sua tomada de decisão.

Por fim, quanto ao direito à segunda opinião, a empatia do profissional de saúde e o seu entendimento dos medos e inseguranças do paciente se revelam importantes para que apoiem o paciente na busca pela opinião de outro profissional de saúde. De todo o abordado em linhas anteriores nesse artigo, se inferem as seguintes conclusões sobre este estudo.

CONCLUSÕES

A empatia nos cuidados em saúde é reconhecida como um componente da relação entre profissional e paciente, essencial para se alcançar melhores resultados em saúde, maior satisfação do paciente e do profissional. Essa importância que se dá à empatia na atualidade revela o adoecimento de um sistema baseado no poder decisional absoluto do médico, na centralidade da doença, no uso excessivo de medicamentos e tecnologias e na redução do tempo de encontro clínico, dentre outros fatores. Como resposta, há inúmeras propostas que se atrelam à gestão, à economia e a outras esferas da saúde, mas, se pode considerar que a empatia e a sua promoção nos hospitais e outras unidades de saúde também consistem em outro modo de conceber os cuidados em saúde. Esse outro modo se alia aos movimentos dos direitos dos pacientes e da sua centralidade no cuidado, os quais situam a pessoa no

centro dos sistemas de saúde. Particularmente, esses direitos que se expressam em lei específica têm como objetivo último assegurar que o paciente, como uma pessoa única, seja respeitado, sendo visto não como um portador de doença, mas sim um ser com crenças, valores, necessidades e preferências em situação de vulnerabilidade.

Sabe-se que, em face do histórico paternalismo médico e alijamento do paciente do centro do cuidado, uma lei de direito do paciente não é de fácil implantação. Para tanto, sustenta-se neste artigo que o movimento em torno da empatia é um aliado na efetivação dos direitos dos pacientes, pois ambos conjugam premissas basilares, como a essencialidade das interações sociais e a percepção do outro como uma pessoa detentora do arcabouço de direitos provenientes da dignidade humana.

BIBLIOGRAFÍA

- Adams, Sara B. 2018. «Empathy As Na Ethical Imperative». *Creating Nursing*, nº 3: 166-172.
- Adom, Dickson, Hussein, Emad Kamil e Jow Adu Agyem. 2018. Theoretical and Conceptual Framework: Mandatory Ingredients of a Quality Research. Acceso o 2 de abril de 2021. [https://www.worldwidejournals.com/international-journal-of-scientific-research-\(IJSR\)/article/theoretical-and-conceptual-framework-mandatory-ingredients-of-a-quality-research/MTM5NDE=?is=1](https://www.worldwidejournals.com/international-journal-of-scientific-research-(IJSR)/article/theoretical-and-conceptual-framework-mandatory-ingredients-of-a-quality-research/MTM5NDE=?is=1).
- Albuquerque, Aline. 2020. *Manual de Direito do Paciente*. Belo Horizonte: CEI.
- _____. 2016. *Direitos Humanos do Paciente*. Curitiba: Juruá.
- Annas, George J. 2004. *The rights of patients*. Nova Iorque: New York University.
- Azevedo, Sonia Maria Lourenço, Márcia Maria Peruzzi Elia da Mota e Marsyl Bulkool Mettrau. 2018. «Empatia: perfil da produção científica e medidas mais utilizadas em pesquisa». *Est. Inter. Psicol.* v. 9, nº 3.
- Barello, Serena e Guendalina Graffigna. 2020. *Caring for Health Professionals in the COVID-19 Pandemic Emergency: Toward an “Epidemic of Empathy” in Healthcare*. *Front. Psychol.*, v. 9.
- Bas-Sarmiento, Pilar, Martina Fernández-Gutiérrez, María Baena-Baños, Alba Correro-Bermejo, Pablo Sergio Soler-Martins, Sonia de la Torre-Moyan. 2020. «Empathy training in health sciences: A systematic review». *Nurse Educ Pract*, nº 44.
- Bikker, Annemieke P., Cotton, Philip e Stewart W. Mercer. 2014. *Embracing empathy in healthcare*. London: Radcliffe.
- Cohen, Jonathan, e Tamar Ezer. 2013. «Human rights in patient care: a theoretical and practical framework». *Journal of Health and Human Rights*, v. 15, nº 2: 7-19.
- Coplan, Amy. 2014. «Understanding Empathy: it features and effects». *Empathy: philosophical and psychological perspectives*, editado por Coplan, Amy e Peter Goldie. 3-18. Oxford: Oxford.
- Cumper, Peter, e Tom Lewis. 2018. «Empathy and Human Rights: the Case of Religious Dress». *Human Rights Law Review*, v.18, nº 1: 61–87.
- De Waal, Frans. 2020. *Primatas e Filósofos*. São Paulo: Palas Athena.
- Decety, Jean, e Jason M. Cowell. 2014. «The complex relation between morality and empathy». *Trends in Cognitive Sciences*, v. 18, nº 7.
- _____. 2010. «The neurodevelopment of Empathy in Humans. *Developmental Neuroscience*». v. 31: 257-267.
- Dworkin, Ronald. 1989. «The Original Position». Daniels, Norman. *Reading Rawls*. Stanford: Stanford.
- Eby, Don. 2020. «Empathy in general practice: its meaning for patients and doctors». *British Journal*, v. 68, nº 674: 412-413.
- Erdman, Joanna N. 2017. «Human rights education in patient care». *Public Health Reviews*, v. 38, nº 9.
- European Commission. 2016. *Patients’ Rights in the European Union Mapping Exercise*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Foster, Adriana E. e Zimri S. Yaseen. 2019. *Teaching empathy in healthcare*. London: Springer.

- Goodman, Ryan e Derek Jinks. 2013. *Socializing states*. Oxford: Oxford.
- Halpern, Jodi. 2014. «From idealized clinical empathy to empathic communication in medical care». *Med Health Care and Philos*, n° 17:301-311.
- _____. 2003. «What is Clinical Empathy? », *J Gen, Intern Med*, v.18, n° 8: 670-4.
- _____. 2001. *From detached concern to empathy*. Oxford: Oxford.
- Hirn, Sebastian Ludwig, Regina T. Weißmann, Christof Zoelch, Joachim Thomas. 2020. «Fostering Empathy Skills in Mainstream Public School Pupils: Efficacy Assessment of the EPaN Empathy Training Program». *Journal of Education Training Studies*, v. 8, n° 3.
- Hirsch, Elliot M. 2007. «The Role of Empathy in Medicine: A Medical Student's Perspective». *AMA Journal of Ethics*.
- Hoffman, Martin L. 2014. «Empathy, Justice, and the Law». *Empathy: philosophical and psychological perspectives*, editado por Coplan, Amy e Peter Goldie: 231-254. Oxford: Oxford.
- Hojat, Mohammadreza. 2016. *Empathy in health professions education and patient care*. London: Springer.
- Howick, Jeremy e S. Rees. 2017. «Overthrowing barriers to empathy in healthcare: empathy in the age of the Internet». *Journal of the Royal Society of Medicine*.
- Howick, Jeremy et al. 2019. «The friendly relationship between therapeutic empathy and person-centred care». *European Journal of Person Centred Healthcare*.
- _____. 2018. «Therapeutic empathy: what it is and what it isn't». *Journal of Royal Society of Medicine*.
- Hunt, Lynn. 2009. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Jeffrey, David. 2016. «Clarifying empathy: the first step to more humane clinical care». *British Journal of General Practice*, v.66, n° 643:43-e145.
- Kerasidou, Angeliki e Ruth Horn. 2018. «Empathy in healthcare: the limits and the scope of the empathy in public and private systems». *Marketisation, Ethics and Healthcare: Policy, Practice and Moral Formation*, editado por Feiler, Therese; Hordern, Joshua; Papanikitas, Andrew, 163-173. Oxford: Oxford.
- Kirkscey, Russell. 2018. «Bioethical communication: shared-decision making and relational empathy». *Journal of Communication in Healthcare*, 164-174.
- Kitayama, Yuka e Yoriko Hashizaki. 2018. «From pity to Compassion: The Ethics of Care and Human Rights Education». *Human Rights Education in Asia-Pacific*, 269-273.
- Larenz, Karl. 1997. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- Leino-Kilpi, Helena e Kristiine Kurittu. 1995. «Patients' Rights in Hospital: an empirical investigation in Finland». *Nursing Ethics*, n° 2:104-113.
- Mercer, Stewart e William Reynolds. 2002. «Empathy and quality of care». *British Journal of General Practice*, n° 52: S9-12.
- Moudatsou, Maria et al. 2020. «The role of empathy in health and social care professionals». *Healthcare*, v.8, n° 26.
- Patel Alexis Pelletier-Bui, Stephanie Smith, Michael B. Roberts, Hope Kilgannon, Stephen Trzeciak, Brian W. Roberts. 2019. «Curricula for empathy and compassion training in medical education: A systematic review». *PLoS ONE*, v. 14, n° 19.

- Püras, Dainius. 2017. «Human rights and the practice of medicine». *Public Health Reviews*, v. 38, nº 9.
- Putturaj, Meena, Sara Van Belle, Bart Criel, Nora Engel, Anja Krumeich, Prakash B Nagendrappa, NS Prashanth et al. 2020. «Towards a multilevel governance framework on the implementation of patient rights in health facilities: a protocol for a systematic scoping review». *British Medical Journal Open*, 10:e038927.
- Reale, Miguel. 2018. *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva.
- Riess, Helen. 2018. *The Empathy Effect: Seven Neuroscience-Based Keys for Transforming the Way We Live, Love, Work, and Connect Across*. Boulder: Sounds True.
- Rosenberg, Marshall. 2015. *Nonviolent Communication*. Encinitas: PuddlerDancer.
- Sajo, Andras. 2011. «Empathy and human rights: the case of slavery». *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, nº 11-15. Acceso o 2 de abril de 2021. https://www.researchgate.net/publication/228193890_Empathy_and_Human_Rights_The_Case_of_Slavery.
- Sampaio Ferraz JR., Tércio. 2013. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas.
- Schultz, Nadine. 2014. *Empathy as the key to equality and human rights: an investigation of empathys role in inter-group relations and discrimination*. Acceso o 2 de abril de 2021. <https://repo.gchumanrights.org/handle/20.500.11825/643>.
- Schurz, Matthias, Joaquim Radua, Matthias G. Tholen, Lara Maliske, Daniel S. Margulies, Rogier B. Mars, Jerome Sallet, Philipp Kanske. 2021. *Toward a Hierarchical Model of Social Cognition: A Neuroimaging Meta-Analysis and Integrative Review of Empathy and Theory of Mind*. *Psychological Bulletin*, v. 149, nº 3.
- Szasz, T. S., Hollender, M. H. 1956. «The Basic Models of the Doctor-Patient Relationship». *Archives of Internal Medicine*, nº 97:585-592.
- The Institute of Medicine. 2001. *Crossing the Quality Chasm. A New Health System for the 21st Century*. Acceso o 2 de abril de 2021. <https://www.nap.edu/catalog/10027/crossing-the-quality-chasm-a-new-health-system-for-the>.
- Vinsona, Alexandra H. e Kelly Undermanb. 2020. «Clinical Empathy as Emotional Labor in Medical Work». *Social Science & Medicine*, v. 251.
- Von Harbou, Frederick. 2013. «A Remedy called Empathy: The Neglected Element of Human Rights Theory». *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 99, nº 2:133-151.

BIOÉTICA Y BIODERECHO: OBERTURA DE UNA RELACIÓN

BIOETHICS AND BIO-LAW: OVERTURE FOR A RELATIONSHIP

BIOÉTICA E BIODIREITO: ABERTURA DE UNA RELACIÓN

*Miguel Kottow**

Recibido: 08/04/2021

Aprobado: 18/06/2021

Resumen

La pandemia COVID-19 denuda la incapacidad de la bioética por asistir a la salud pública en políticas sanitarias de emergencia. La deliberación bioética en torno a la asignación de recursos escasos, la elaboración de criterios de triage, y continuos debates sobre la interacción entre imposiciones sanitarias y autonomía individual, han sido incapaces de generar normativas vinculantes. Ante indecisiones y sugerencias no vinculantes, se alzan voces que solicitan un bioderecho que, con carácter prescriptivo y coercitivo, aborde los problemas que la bioética deja insolutos. El apoyo normativo a la deliberación bioética requiere una pausada fundamentación y elaboración para generar un bioderecho flexible que respete contextos y circunstancias antes de coagular jurídicamente la reflexión bioética.

Palabras clave: Bioética; Bioderecho; Estado de excepción; Miedo; Riesgo

Abstract

The COVID-19 pandemic has shown bioethics' incapacity to provide an insight public health measure in emergency situations. Published deliberations over allocation of scarce resources, application of triage criteria, and prevalent debates on coercive sanitary measures versus individual autonomy have been ignored, confirming that bioethics lacks normative force. Indecision and non-binding recommendations have stimulated interest in presenting

a prescriptive and coercive bio-law. Lawful binding of bioethical deliberation requires well-thought rationale and the development of a flexible bio-law which respects circumstances and contingencies to avoid paralyzing bioethics' reflective efforts.

Key words: Bioethics; Bio-law; State of emergency; Fear; Risk

Resumo

A pandemia COVID-19 desnuda a incapacidade da bioética por assistir a saúde pública em políticas de emergência sanitária. A deliberação sobre a assinação de escassos recursos, a elaboração de critérios de triagem e contínuos debates sobre a interação entre imposições sanitárias e autonomia individual, foram incapazes de gerar normativas vinculantes. Diante de indecisões e sugestões não vinculantes, se levantam vozes solicitando um biodireito que, com carácter prescriptivo e coercitivo, aborde os problemas que a bioética deixa sem solução. O apoio normativo a deliberação bioética requer uma pausada fundamentação e elaboração para gerar um biodireito flexível que respeite contextos e circunstancias antes de coagular jurídicamente a reflexão bioética.

Palavras chave: Bioética; Biodireito; Estado de emergência; Medo; Risco

* Es médico con especialidad en Oftalmología, doctor en Medicina, magister en Sociología, profesor titular de la Universidad de Chile, maestro de Bioética por la Sociedad Chilena de Bioética. Es autor de numerosos artículos, capítulos de libros y textos de Bioética, Antropología médica y Filosofía de la medicina. También es miembro del comité editorial y revisor de varias publicaciones indexadas y regionales de Bioética.
Correo electrónico: mkottow@gmail.com

INTRODUCCIÓN

En recientes decenios aflora un creciente interés por el tema “bioderecho”, principalmente en publicaciones de enfoque jurídico. A juzgar por las referencias bibliográficas en curso, el tema concita el interés de un número aún reducido de académicos que postulan un vínculo impostergable entre derecho y bioética.

El presente texto es elaborado en pleno desarrollo de la pandemia COVID-19, un período de desconcierto e incertidumbres que develan y desbordan el estado de toxicidad socioeconómica y medioambiental en que la humanidad se debate. En una atmósfera enrarecida y acuciado por intentos anticipatorios del futuro postpandemia, el pensamiento racional sufre fragilidad y una desorientación donde todo está permitido al navegar por una potencialidad hipotética en vez de ceñirse a la “potencialidad ‘real’ condicionada por datos proporcionados por el mundo actual” (Whitehead 1979, 65). Entre los escenarios anticipados en el período postpandemia, el abanico incluye desde la destrucción del capitalismo anunciada por Zizek, hasta el ansioso retorno a un *statu quo* que satisface a los beneficiados, al tiempo que se despreocupa *de facto* por el sino de las mayorías desposeídas carentes de empoderamiento y esperanza, más allá de un anémico llamado a los derechos humanos.

La bioética no es ajena a las elucubraciones sobre su rol en el futuro post-pandémico, entre las cuales se despliegan la perseverancia en una ética utilitarista (Savulescu, Persson y Wilkinson 2020), el renovado enfoque en los derechos humanos (Bellver 2020), cooperación y solidaridad según declaraciones de la UNESCO que enfatizan la atención a la conjunción de salud y buen vivir a nivel mundial, y que refuerzan “compatibilidad y el cultivo de la ética de cuidados y la teoría de justicia” (Berlinger y Mercer 2020, 56).

Lamentablemente, estas propuestas generales generan un *deja vu* y el incómodo reconocimiento de que la bioética ha preferido concentrarse en la postura que Gilbert Hottois describe como “un conjunto de investigaciones, de discursos y de prácticas, generalmente

pluridisciplinarias, que tiene por objetivo esclarecer o resolver cuestiones de carácter ético suscitadas por el avance y la aplicación de tecno-ciencias biomédicas” (Hottois 2001, 124). En el mismo tenor, la bioética es definida como “el estudio disciplinar de los avances biológicos con especial atención a su dimensión moral” (Sábada 2004, 35). Pero esta bioética tecnocéntrica se encuentra en crisis por su incapacidad de enfrentar la creciente complejidad de su ámbito de acción –biomedicina, salud pública, investigación– (Maldonado 2012, 2015). Las intervenciones biotecnológicas rechazadas por posiciones esencialistas que defienden con argumentos ontológicos la naturaleza de lo humano, el don de la vida (Sandel), las intervenciones condenadas por “jugar a ser Dios” o recurren a la ética de repugnancia (Kass), no convocan en la actual cultura secular y pragmática. El “progreso” tecno-científico impelido por poderosos intereses económicos se muestra indiferente al llamado a la frugalidad –como pedía Hans Jonas–, e indiferente a la propuesta de ralentizar su acelerada actividad científica (Stengers 2013).

La biomedicina, “alianza de la medicina, la biología y también de la industria” (Sebag 2007, 20), ha refinado sus exploraciones diagnósticas, que incluyen la genética, para detectar predisposiciones o riesgos de enfermar que, aun cuando improbables, invitan a los individuos a conductas y medidas preventivas, y fomentan la designación de “paciente sano”, que carga con el temor de enfermar y el miedo de no poder prevenirlo adecuadamente.

La salud ha llegado a operar como marco moral para la sociedad, al enfatizar la responsabilidad individual y la adherencia terapéutica [compliance] con los estándares de comportamiento apropiadamente sancionados por la medicina, según argumenta Michael Fitzpatrick en su importante estudio sobre las manipulaciones de la medicalización. Esta provee un sistema de significaciones mediante el cual, la conducta de las personas es transformada en un problema tanto moral como físico (Furedi 2018).

EL KAIRÓS DE LA PANDEMIA

La pandemia COVID-19 ha exacerbado una serie de problemas éticos que, presentados a la bioética y abordados por comités y comisiones *ad hoc*, no han sido capaces de superar la etapa deliberativa y proponer criterios prácticos para encarar problemas urgentes como la asignación de recursos escasos e insuficientes, la elaboración de un tratamiento de emergencia responsable y transparente, así como paliar los sinsabores, las desazones y los daños producidos por un encrespado enfrentamiento entre exigencias normativas de la salud pública y los anhelos individuales de autonomía decisional y libertad de movimiento (Huxtable 2020; Fritz et al. 2020). Por desconcierto y falta de conocimientos científicos, crecen las desavenencias entre la defensa de ciertos derechos individuales y las coacciones consideradas necesarias para domeñar la crisis sanitaria desencadenada.

Conminada a contribuir con documentos sugerentes de políticas de salud pública para enfrentar la pandemia, los aportes de la bioética han sido inconsistentes y escasamente considerados, según confirma un reciente editorial de la prestigiosa publicación *Bioethics*.

Tal vez sea hora de considerar la total remoción de la etiqueta “ética” de estos documentos. La naturaleza del análisis ético no se presta fácilmente para la producción de documentos de comités de tipo consensual [*consensus-by-committee-type documents*]. Tal vez necesitamos apuntar a estándares más objetivos de justificación ética (Schuklenk y Savulescu 2021, 228).

Con la aplicación de vacunas aparecen nuevos conflictos de priorización y acceso que no tienen respuesta ética unívoca o satisfactoria, ya que producen desacuerdos de fondo entre disponibilidades e intereses, o exacerbaban las dificultades a la hora de legitimar las sugerencias que emiten la ciencia y las normativas de emergencia. La mayoría de las naciones, aunque con notables y no siempre exitosas excepciones, reglamentan la conducta ciudadana según informaciones científicas publicadas de forma apresurada que incitan a reducir el rigor científico y el control editorial en aras de urgencias decisionales. Producción y distribución

de vacunas se entranpan en conflictos por patentes, solicitudes de solidaridad y llevan, finalmente, a una profunda desigualdad en el acceso y la obtención de protección entre ricos y pobres, pese a los esfuerzos de algunas naciones por reducir la inequidad con donaciones.

En el tumulto y la desorientación exacerbados por la pandemia, la bioética no ha jugado papel relevante alguno; naciones como Gran Bretaña han carecido de orientación ética que permita un proceso decisional claro, consistente y ecuaníme en materias de distribución de recursos escasos y priorización de tratamientos de emergencia –*triage*– (Huxtable 2020; Fritz 2020).

El retorno a la normalidad eufemísticamente endulzada como “nueva normalidad” debería llevar a los “bioeticistas a izar bandera roja. La vida normal es y ha sido injustamente poco sana [*unhealthy*] para demasiados de nosotros y por demasiado tiempo” (Churchill, King y Henderson, 2020, 55). En consecuencia, la disciplina ha de encaminar su reflexión por un camino que evite las posturas holísticas que la alejan de la realidad social, mas tampoco ha de entramparse en una crítica reflexiva excesivamente centrada en la biotecnociencia. Un posible rediseño requiere redefiniciones de términos y conceptos, así como repensar ideas que parecían indiscutiblemente ancladas, tales como naturaleza humana, esencia de lo humano, progreso, desarrollo.

Las teorías críticas, según se ha señalado, son reflexivas o auto-referenciales. Una teoría crítica es por sí misma siempre parte del dominio objetivo que describe: las teorías críticas siempre versan, en parte sobre sí mismas (Geuss 1999, 55).

El proceso deconstructivo de nociones inamovibles es propuesto como la profanación de lo sacralizado. Un breve escrito rescata las ideas sobre profanación de los juristas romanos y las actualiza: “Profano –escribe el gran jurista Trebacio– se dice en sentido propio de aquello que, habiendo sido sagrado o religioso, es

restituido al uso y a la propiedad de los hombres”. Y “puro” era el lugar que había sido desligado de su destinación a los dioses de los muertos, y por lo tanto ya no era más “ni sagrado, ni santo, ni religioso, liberado de todos los nombres de ese género” (Agamben 2009, 97).

Doblemente interesante ha sido traer esta idea al ámbito latinoamericano y “argumentar sobre la desafiante tarea de la bioética de profanar los nuevos sagrados inmanentes –vida, salud y cuerpo– en el actual contexto sociocultural” (Junges 2016, 22).

ESTADO DE EXCEPCIÓN

Enfrentadas con incertidumbres cognitivas y morales, así como con la falta de orientación bioética, develadas y exacerbadas por la pandemia, diversas naciones han declarado un estado de excepción que impone normativas vinculantes y punibles en caso de desacato.

En medio de una pandemia tan agresiva e impredecible como la del COVID-19 y la falta de orientación bioética convincente, muchas naciones han recurrido a la normativa de facto, al declarar un estado de excepción que, según Agamben, ya forma parte de las democracias Occidentales y que solo requiere ser explícitamente reactivado cuando la autoridad lo estima necesario. “El estado de excepción no es una dictadura (constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana), sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas –y, sobre todo, la distinción misma entre público y privado– son desactivadas” (Agamben 2004, 99).

La protesta y los derechos básicos de desplazamiento y reunión quedan debilitados y hasta silenciados por el orden público que instaura cuarentenas, cierres, limitaciones de tránsito y obligaciones conductuales, cuya transgresión es sancionable en nombre de la

seguridad. Por cierto, son situaciones sociales frágiles que pueden redundar en excesos y abusos autoritarios limitantes y derogatorios empeñados en prolongar las biopolíticas de excepción más allá de lo justificable que, así, restan legitimidad al discurso bioético y cercenan las posibilidades de la instalación de un bioderecho razonable.

Ante el riesgo de confirmar las insuficiencias de la bioética por imponer un derecho prescriptivo y coercitivo de excepción, se plantea aquí que la pandemia constituye un *kairós* –un momento oportuno– para reiniciar la búsqueda de interacciones legítimas y vinculantes entre bioderecho y bioética. Búsqueda impostergable– pues uno de los puntos centrales de la pandemia es el desencuentro conflictivo entre la esfera privada y el espacio público, entre la autonomía individual amenazada en su libertad de acción y las normativas públicas que ponen la crisis sanitaria por sobre sus consecuencias económicas, así como la convivencia y estabilidad psíquica. Todas estas exigencias son cuestionadas y aún desconocidas, dado que la legitimidad ética está ausente y las políticas coactivas tienen un respaldo empírico-científico inconsistente y variable.

RIESGOS Y MIEDOS

El virus COVID-19 es de una agresividad y versatilidad que ponen en jaque las medidas sanitarias e inmunológicas disponibles, y así desmantela todo pronóstico que pretenda anticipar el fin de la pandemia, su eventual cronicidad y la aparición de nuevas crisis sanitarias provocadas por agentes aún no conocidos. Se difunde el miedo al virus, a la falta de protección

y, ahora, a la dificultad e indisposición a cumplir con los confinamientos decretados. Las dudas que genera la promoción de miedo, también es utilizada en la actual pandemia para disciplinar conductas y estimular la vacunación, mientras continúan los esfuerzos por legitimar el miedo con argumentos morales y refuerzos cognitivos pesimistas (Hill 1998; Williams 2012).

La experiencia indica que el pánico recibe el carácter de moral cuando su génesis está en la percepción de que el ámbito moral está amenazado. Un orden moral se refiere a las estructuras profundas de una vida moral mediante la cual las personas y sus comunidades dan sentido a sus circunstancias (Furedi 2018, 105).

La bioética carece de la capacidad de paliar miedos o de alejar riesgos; al contrario, ha exacerbado y avivado su presencia en el diario vivir, como se transparenta en el debate entre quienes condenan los riesgos de nuevas biotecnologías y aquellos que enfatizan el riesgo de no emplearlas. La epidemiología de riesgos y su empleo por la nueva salud pública (Petersen y Lupton 1996) para fomentar el auto-cuidado y la responsabilidad individual de llevar un estilo de vida saludable infunden miedo en poblaciones pobres que carecen de los recursos materiales mínimos para cuidar su salud con cambio de hábitos y dietas.

Las campañas y políticas de salud pública presentan riesgos con el objetivo de gatillar el miedo hacia consecuencias mórbidas a ser evitadas por conductas apropiadas, saludables. Los ejemplos más notorios

han sido los empeños anti-tabáquicos, la transmisión del VIH y, más recientemente, los esfuerzos promocionales contra la obesidad. Hay que poner en duda la legitimidad de insuflar miedo, cuando se remarcan las incertidumbres sobre la eficacia de prevenir conductualmente afecciones tan multicausales como la obesidad, o se recurre a modificaciones saludables de formas de vida que solo apelan a quienes tienen opciones y viabilidad económica para llevar a cabo un estilo de vida “saludable” (Bayer y Fairchild 2016).

La bioética vuelve a dar vida y garantiza una objetivación de miedos antiguos y ancestrales, así como da fundamento plausible a miedos nuevos y futuroológicos... explicando la insistencia con la que, por parte de muchos se subraya el *carácter defensivo de la bioética*... y quien tiene miedo está siempre moralmente en lo justo [al otorgar a] la bioética un estatuto sociológico privilegiado que justifica la pretensión de que el derecho se transforme en un dócil instrumento. En consecuencia, el derecho debería tender a convertirse en un sistema de gestión social del miedo. (D’Agostino 2002, 181)

BIODERECHO

El presente ensayo intenta abordar la temática del bioderecho desde la bioética, hasta ahora principalmente debatido al interior de las disciplinas jurídicas sin lograr que la nueva rama de derecho ostente certificado de nacimiento, y menos aún carta de ciudadanía. La deliberación bioética es incapaz de llegar a resultados conclusivos, a consensos o al menos a encontrar acuerdos aceptables aun para quienes ven vulnerados determinados valores y se refugian en máximas no transables que se resisten a la tolerancia en aras del bien común.

La ética, filosófica o aplicada, no puede llegar a conclusiones universales y, por tal motivo, no alcanza conclusiones vinculantes. Intrínseca a la ética es la impotencia normativa, que se ve cimentada por el multiculturalismo, el individualismo axiológico y la hegemonía de valores materiales.

El miedo al futuro, al progreso indeterminado y a los riesgos inherentes a tanta y tan acelerada transformación carente de proyecto teleológico, se exagera ante las posibles transformaciones de la especie humana, al carecer de instrumentos ético-normativos que pudiesen puedan regular y limitar los impulsos del antropoceno. Desde hace algunos decenios asoma el bioderecho como posible ámbito normativo dispuesto a asumir la regulación de los temas que la bioética reflexiona sin vocación decisional: “Si no hay acuerdo [en bioética], el Derecho deberá establecer los límites de lo permitido; de ahí deriva la estrecha relación entre Bioética y Derecho, entendido como norma de conducta que emana de la voluntad de todos” (Casado 2002, 187).

La “Bioética” se ocupa de los “conflictos que pueden surgir en el ámbito de las ciencias de la vida”; recurre

a “identificar y asilar los conflictos... identificar los valores que puedan verse implicados... emitir orientaciones para resolver el conflicto... proponer soluciones a la sociedad”, de modo que, “cuando el momento político sea oportuno, [dé] el paso a un derecho prescriptivo y coercitivo” (Romeo Casabona 2017, 4 y 6). Esta función normativa reconoce tácitamente que el recurso al “principio” de precaución tiene más elegancia de proclama que eficacia regulativa.

Antes de arrogarse una tarea social tan determinante, ha de ser reconocido el estado embrionario del bioderecho, que aún no logra acuerdo sobre su designación ni conceptualización. El término bioderecho gana preferencias por su cercanía a las expresiones anglosajonas *biolaw* o *bioethical law*, en tanto el ámbito italiano prefiere referirse a *biojurídica*, mientras en España se utiliza indistintamente ambos vocablos e incluso expresiones como biolegislación o biojurisprudencia (Aparisi 2007). En el ámbito latinoamericano hay cierta insistencia en preferir el término bioética jurídica (Tinant 2017).

No hay claridad en el mundo –ni menos consenso– respecto a qué es el bioderecho, a cuál es su exacta delimitación respecto de la bioética, ni a si su rol con relación a esta es de complementación, o sustitución, ni tampoco a si posee independencia disciplinar y epistemológica respecto de esta (Valdés 2015, 1199).

Valdés señala que, a la fecha, cursan tres “concepciones del bioderecho”: i) Como bioética juridificada; ii) como disciplina tributaria de la bioética, iii) como derecho tradicional aplicado a los nuevos problemas jurídicos de la biomedicina. Mas estos enfoques son “errados” y conviene reemplazarlos por la definición “bioderecho... como un derecho aplicado al ámbito médico... capaz, entre otras cosas... [de] posibilitar la emergencia de mayor certeza jurídica en el ámbito regulativo de la biomedicina” (Ibid., 1201).

Cuestionada, indeterminada, pero iterativamente expresada, es la estrecha relación entre bioética y bioderecho, asunto que la pandemia COVID-19 pone en la palestra con carácter de suma urgencia. Las ya ingentes disquisiciones sobre bioderecho concuerdan en que su misión es respetar la dignidad e integridad del ser

humano mediante el recurso a los derechos humanos explicitados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos y múltiples otros documentos elaborados por cuerpos deliberativos y jurídicos europeos, siempre en busca de un sustento que nace de que se apoyen unos a otros. Las amenazas provienen de la biotecnociencia y de la biomedicina, que emprenden y anticipan intervenciones en el genoma humano, el control de la autonomía a través de la inteligencia artificial y las sofisticaciones de la neurociencia que busca la perfección en lo moral (Savulescu, Parsson), en lo cognitivo (Bostrom y el transhumanismo), y en la conducta de resiliencia y des-sensibilizada que surge en combatientes bélicos (Departamento de Defensa de los Estados Unidos). La respuesta es preocupación y miedo ante las probables realizaciones de la biotecnociencia que puedan limitar decisiones autónomas y afectar a las libertades y opciones de futuras generaciones.

Para que la bioética multicultural, pluralista e interdisciplinaria, pueda abrirse a la interacción con un bioderecho ávido de regulaciones vinculantes, se le sugiere cultivar una forma flexible que rehúya tendencias dogmáticas provenientes del “campo religioso” y las rigideces de “fórmulas apriorísticas” desplegadas, por ejemplo, por “los cuatro principios de la bioética”, para poner su foco en ser “laica, plural y flexible” (Casado 2000, 29). Las reflexiones morales juegan un papel regulativo en la justificación de normas cuya aplicación es sensible al contexto y a la idea de que todos los aspectos relevantes han sido considerados oportunamente. Perdida la justificación mediante certezas religiosas y metafísicas, se recurre a la argumentación moral, a la ética comunicacional desarrollada por Habermas y por Apel, en la cual participan como libres e iguales todos los posibles afectados, en la búsqueda de la verdad a alcanzar por los mejores argumentos.

En todo ámbito de acción donde conflictos, problemas de importancia, material social en general requieren una regulación unívoca...y vinculante, es necesario que las normas del derecho (*Rechtsnormen*) absorban las incertidumbres que se presentan cuando quedan sometidas a una conducción conductual puramente moral (Habermas 1987, 14)

La democracia representativa es ejercida por un parlamentarismo que parece carecer de un núcleo racional con sentido moral práctico, pues prefiere dedicarse a

la brega por el poder político para enfrentar intereses conflictivos: “No hay derecho autónomo sin democracia real” (Ibid., 16).

PRINCIPIOS ÉTICOS EN BIOÉTICA Y BIODERECHO

Bioética y bioderecho comparten en gran medida los fundamentos principialistas anglosajones de aquella –autonomía, beneficencia, no maleficencia, justicia–. Desde el ámbito europeo nace una propuesta que presenta otros cuatro principios bioéticos que comparte con el bioderecho –vulnerabilidad, dignidad, integridad y autonomía–. Con ligeras variaciones, estos principios han captado el interés de pensadores de Europa y de una minoría de pensadores latinoamericanos proclamando que “a través del bioderecho bien podemos pensar y esperar una más justa, equitativa y, en definitiva, mejor sociedad” (Valdés 2015, 1225). Aspiración difícil de sustentar desde un bioderecho basado en principios que presentan nudos conceptuales considerables.

Vulnerabilidad

Desde que es un ser consciente de su enfermabilidad (Laín Entralgo) y su indefectible mortalidad, todo ser humano se sabe vulnerable, es decir, susceptible de sufrir en algún momento de su vida y hacia el final de ella, situaciones de padecimiento y desesperanza. Mas recurrir al uso inflacionario de la vulnerabilidad no se refiere a esta forma persistente y característica de la especie, sino a una vulnerabilidad variable y selectiva (O’Neill 1996). Además de excesivamente ubicua, la asignación de individuos o poblaciones vulnerables es un abuso del término; pues, al referirse a los pobres, discriminados, marginados o discapacitados, debería hablar de vulnerados, reconociendo que estas personas ya están dañadas. Más lesivo aún es sostener que las personas vulnerables (CIOMS 2002) son “aquellas que relativa o absolutamente son incapaces de proteger sus propios intereses; porque sí pueden tener insuficiente poder, inteligencia, educación, recursos, fuerza u otros atributos necesarios para proteger sus intereses” (Levine et al. 2004, 45). Esta interpretación de la vulnerabilidad arrasa con la autonomía, que pasa

a ser atribuible en vez de reconocida. El ubicuo e indeterminado empleo de la asignación de vulnerabilidad sería plausiblemente reemplazada por la idea de precariedad no solo laboral, como inicialmente se ha sugerido, sino de precariedad existencial persistente, ahora exacerbada por la pandemia.

Dignidad

En la lectura principialista europea, la dignidad se convierte en “naturaleza” que “todo ser humano tiene como portador de derechos y deberes... Como seres humanos con libertad, autonomía, capacidad de razonamiento y responsabilidad, a los seres humanos se les ha otorgado dignidad en sociedad y en el mundo” (Rendtorff y Kemp 2000, 32). La elegancia de esta descripción no debe ocultar que la idea de dignidad hasta ahora es muy controvertida y criticada por carecer de todo contenido más allá de ser evocadora.

Sin embargo, la dificultad de conceptualizar racional o convencionalmente este concepto tan esgrimido y enarbolado ha hecho que la dignidad se haya convertido en un axioma de carácter indiscutible y con un fuerte carácter emotivo; pero no existe realmente una única definición semántica y una concreción de sus exigencias, ni siquiera en Occidente (Atienza 2018, 377).

Esta dificultad por profundizar más en el contenido de los intereses y bienes en conflicto, hace que la dignidad humana se convierta “en un argumento de autoridad, pero vacío y opuesto al dialogo” (Romeo Casabona 2017, 16).

Integridad

Complejo, asimismo, es entender la supuesta universalidad del principio de integridad: el respeto por la integridad es entendido como:

respeto por la unidad de un relato de vida, un contexto y una totalidad vital que permite reconocer la identidad del otro... La completitud implícita en este entendimiento de integridad no es solo balance y armonía entre diversos órganos corpóreos y las funciones del organismo vivo, sino también, y más importante, la completitud con que el paciente puede presentar una narración de su vida. (Rendtorff y Kemp 2000, 39)

Reconocida la importancia de la narrativa, ha de preocupar que la integridad quede amenazada por el auge de la telemedicina y la digitalización de datos biomédicos que dan cabida muy reducida al relato biográfico y patográfico del paciente.

Autonomía

El principio de autonomía ha sido declarado *primum inter pares* en la bioética anglosajona, pero su hegemonía ha sido reemplazada por la vulnerabilidad, según los cánones del pensamiento europeo sobre bioética y bioderecho. En ambos casos, sin embargo, elevar la

autonomía al nivel de un principio kantiano desconoce que el ejercicio de la autonomía en un mundo de desigualdades significa que los privilegiados tendrán rangos de decisión autónoma substantivamente más amplios que los desposeídos y desempoderados, como queda confirmado por las políticas sanitarias que, en pandemia, afectan de forma injustamente arbitraria a pobres más que a ricos.

Basta hojear “La miseria del mundo” de Pierre Bourdieu, o abrir la mirada a la pobreza, la enfermedad, la vejez solitaria, la niñez abandonada, la muerte prematura de enfermos desamparados, la desposesión desesperanzada, para sospechar que las ideas de dignidad, integridad y autonomía únicamente reflejan al ser humano que vive en un medio social y ambiental favorable donde puede existir en libertad, independencia, socialmente protegido contra carencias e insuficiencias. Es preocupante la insistencia en la dignidad e integridad amenazadas por la biotecnociencia, mientras quedan ignorados los agravios a estos principios o atributos producidos por las desigualdades y miserias que sufre gran parte de la población humana.

BIODERECHO: UN DEBATE INCIPIENTE

El bioderecho vadea por ahora en aguas muy poco profundas y nada transparentes, de modo que pone en duda la afirmación de que el bioderecho inaugurará una sociedad más justa y mejor. Esfuerzos en ese sentido habían sido presentados por la fallecida académica española María Dolores Vila-Coro quien, consciente de las limitaciones de la bioética, sea “objetivista o relativista”, propuso una *biojurídica* cuyo núcleo fuese la dignidad y la persona humana: “La biojurídica, nueva rama del Derecho, ha surgido para establecer un cauce jurídico que impida sobrepasar unos límites y garantizar el respeto a la dignidad y a los derechos del hombre” (Vila-Coro 2005, 313).

La diligencia a emprender no es tanto robustecer precipitadamente el bioderecho, asunto que podría adoptar ribetes amenazantes de control social, sino indagar las posibilidades de desplegar una interacción razonable entre bioética y bioderecho. Esta postura requiere

una bioética flexible que “admita la coexistencia de principios diversos, puesto que plurales son los valores en la sociedad en que vivimos”, y un bioderecho también flexible [Carbonier] en un marco “constitucional dúctil” (Casado 2000, 22-23) que Zagrebelski denomina *Dritto Mite* (= manso, dócil) (Martínez 2005). “La Bioética necesita de la reflexión ética previa y del debate ciudadano, pero, después, requiere decisiones político-jurídicas” (Casado 2002, 192).

Si el bioderecho se construye apresuradamente con intenciones incumplidas de ductilidad y docilidad, tendrá un desempeño resolutivo arbitrario e impredecible, como ha sucedido en diversas naciones con relación a las regulaciones del aborto voluntario. Desde la bioética, es de desear que el bioderecho llegue eventualmente a ser prescriptivo y exhortativo, sin rigidizar su propia flexibilidad ni desatender la legitimidad bioética que debe respetar.

El dilema es complejo y deberá ocupar a las mentes jurídicas. Mas es de esperar que se cumplan al menos dos premisas: las normativas han de interpretarse con respeto al contexto social y personal de la situación, y permanecer atentas y dispuestas a responder

a los cambios de procesos que son fluidos, como hasta ahora, por ejemplo, la genética. Así pues, las leyes harán bien en incorporar una cláusula crepuscular que requiera su revisión dentro de ciertos plazos determinados.

CONCLUSIÓN

La instalación cultural de la bioética como disciplina formal, desde comienzos de los años 1970, ha tenido una expansión académica notable en la reflexión acerca de los valores comprometidos en intervenciones humanas sobre procesos vitales y naturales (Kottow 2016). Desde las humanidades, las ciencias naturales y las disciplinas sociales, el discurso bioético ha reflexionado sobre las prácticas sociales y los fundamentos teórico-éticos con un despliegue enriquecedor de dilemas, problemas y debates propositivos. No obstante, desde la sociología ha recibido la crítica de que paulatinamente se distancia de muchos problemas sociales acuciantes (Hedgecoe 2004). Por su naturaleza pluralista y contextual, y su método deliberativo, la bioética puede asistir en el esclarecimiento de dilemas sin llegar a conclusiones resolutorias, a menos que caiga en un dogmatismo inapropiado. El acendrado individualismo de la bioética *mainstream* –convencional– necesita abrirse a visiones más comunitarias.

Los diversos criterios éticos y bioéticos, propuestos y debatidos claramente en muchas partes, provienen de una perspectiva individualista y, por lo demás, siguen bastante explícitamente los lineamientos de las éticas utilitaristas. De hecho, entre los diversos principios

éticos debatidos no hay referencia al bien común, probablemente también debido al hecho de que no es un concepto fácil de analizar y transcribir a números (Agazzi 2020, 64).

Con el auge de la biotecnociencia y su potencial de intervenir en el genoma humano, digitalizar las actividades neuronales del cerebro y aspirar, aunque en la distancia de un futuro indeterminado, a la posibilidad de crear el ser vivo transhumano, surgen temores y amenazas provenientes del desarrollo de intereses que pudiesen beneficiar a los privilegiados y dañar a los desposeídos. Se instala la necesidad de control y limitación del quehacer biotecnológico mediante el desarrollo de una normatividad vinculante, moralmente legitimada y legalmente proclamada. El camino desde la legitimidad bioética hasta la legalidad del bioderecho se encuentra apenas en su inicio. La interacción de bioética y bioderecho es inevitable y urgente, mas tiene que avanzar con cautela, a fin de evitar conclusiones apresuradas que den pábulo a una juridificación rígida e intolerante de los temas bioéticos que nos preocupan hoy con miras al futuro. Estas ingentes tareas no pueden sino ser un trabajo académico acucioso de pensadores de la ética y el derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, Giorgio. 2009. *Profanaciones*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- _____. 2004. *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- Agazzi, Evandro. 2020. "The Coronavirus pandemic and the principle of common good". *Bioethics Update* 6: 63-66.
- Aparisi, Angela. 2007. "Bioética, bioderecho y biojurídica". *Anuario de filosofía del derecho* 24: 63-84.
- Atienza, Manuel. 2018. "Vulnerabilidad y solidaridad. Una concreción de la dignidad". *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXIV: 375-402.
- Bayer, Ronald y Amy Fairchild. 2016. "Means, ends and the ethics of fear-based public health campaigns". *Journal of Medical Ethics* 42: 391-396.
- Bellver, Vicente. 2020. "Bioética, derechos humanos y COVID-19". *Cuadernos de Bioética* 31 (102): 167-182.
- Berlinger, Nancy y Gary Mercer. 2020. "Interdependent Citizens: The Ethics of Care in Pandemic Recovery". *Hastings Center Report* 50 (3): 56-58.
- Casado, Maria. 2002. "¿Por qué bioética y derecho?". *Acta Bioethica* VIII (2): 183-193.
- _____. 2000. "Hacia una concepción flexible de la bioética". En *Estudios de bioética y derecho*, compilado por Maria Casado, 21-34. Valencia: Tirant Lo Branch.
- Churchill, Larry; King, Nancy y Hail Henderson. 2020. "The Future of Bioethics". *Hastings Center Report* 50 (3): 54-56.
- D'Agostino, Francesco. 2002. "Bioética y derecho". *Acta Bioethica* VIII (2): 177-182.
- Fritz, Zoe et al. 2020. "Ethical road map through the covid-19 pandemic". *British Medical Journal* 369 (1-2). Doi 10.1136/bmj.m2033.
- Furedi, Frank. 2018. *How fear works*. London, Bloomsbury Continuum. Kindle Edition.
- Geuss, Raymond. 1999. *The idea of a critical theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Habermas, Jürgen. 1987. "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?". *Kritische Justiz* 20(1): 1-16.
- Hastings, Gerard. 2004. "Fear Appeals in Social Marketing: Strategic and Ethical Reasons for Concern". *Psychology and Marketing* 21(11): 961-986.
- Hedgecoe, Adam. 2004. "Critical bioethics: beyond the social science critique of applied ethics". *Bioethics* 18(2): 120-143.
- Hill, David. 1998. "The return of scare ethics". *Tobacco Control* 7(1): 5-8.
- Hottois, Gilbert y Jean-Noël Nissa. 2004. *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*. Bruselas: De Boeck & Larcier.
- Huxtable, Richard. 2020. "Covid-19: where is the national ethical guidance?". *BMC Medical Ethics* 21 (32): 1-3.
- Junges, Roque. 2016. "Hermenéutica como profanación de los nuevos sagrados: desafío y tarea para la bioética". *Revista bioética* 24(1): 22-28.
- Kottow, Miguel. 2016. *Introducción a la bioética*. 3.ª ed. Santiago: Editorial Mediterráneo.
- Levine, Carol, et al. 2004. "The Limitations of "Vulnerability" as a Protection for Human Research Subjects". *American Journal of Bioethics* 4 (3): 44-49.

- Maldonado, Carlos. 2012. "Crisis de la bioética y la bioética en medio de la crisis". *Revista Latinoamericana de Bioética* 12 (22): 112-123.
- Maldonado, Carlos. 2015. Complejidad de la bioética. <http://thelos.utem.cl/2015/12/complejidad-de-la-bioetica/> Acceso en Junio 8, 2012.
- Martínez, Faustino. 2005. Reseña de El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, de Gustavo Zagrebelsky. *Revista de estudios histórico-jurídicos* 27: 1-4.
- O'Neill, Onora. 1996. *Towards Justice and Virtue*. Cambridge New York: Cambridge University Press.
- Petersen, Allan y Deborah Lupton. 1996. *The New Public Health: Health and Self in the Age of Risk*. London: Sage.
- Rendtorff, Jacob Dahl y Peter Kemp. 2000. *Basic principles in European bioethics and biolaw, vol 1*. Copenhagen Barcelona: Centre for Ethics and Law / Instituto Borja de Bioética.
- Romeo Casabona, Carlos. 2017. "El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común". *Revista Iberoamericana de Bioética*, 3: 1-10.
- Sádaba, Javier. 2004. *Principios de bioética laica*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Savulescu, Julian; Persson, Ingmar y Dominic Wikinson. 2020. "Utilitarianism and the pandemic". *Bioethics*, 34: 620-632.
- Schuklenk, Udo y Julian Savulescu. 2021. "The COVID-19 pandemic and what bioethics can and should contribute to health policy development". *Bioethics* 25: 227-228.
- Sebag, Valérie 2007. *Droit et bioéthique*. Bruselas: Editions Larcier.
- Stengers, Isabelle. 2013. *Une autre science est possible*. Paris: Éditions La Découverte.
- Tinant, Eduardo. 2017. "¿Por qué bioética jurídica?". *Anuario de bioética y derechos humanos. IIDH, Capítulo Argentino*: 296-304.
- Valdés, Erick. 2015. "Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado XLVIII (144)*: 1197-1228.
- Vila-Coro, María Dolores. 2005. "El marco jurídico en la bioética". *Cuadernos de Bioética XVI (3)*: 313-321.
- Whitehead, Alfred North. 1979. *Process and Reality*. New York: The Free Press.
- Williams, Kaylene. 2012. "Improving fear appeal ethics". *Journal of Academic and Business Ethics*. 5: 46-69.

LA BIOÉTICA EN LAS VACUNAS DE ARNM Y ENSAYOS CLÍNICOS CONTRA EL SARS-COV-2

BIOETHICS IN MRNA VACCINES AND CLINICAL TRIALS AGAINST SARS-COV-2

A BIOÉTICA NAS VACINAS ARNM E ENSAIOS CLÍNICOS CONTRA O SARS-COV-2

Juan Manuel Alba Bermúdez Víctor Hugo Valdez Vélez***

Recibido: 10/05/2021

Aprobado: 20/06/2021

Resumen

El presente estudio tiene como objetivo analizar los principales aspectos que están involucrados en el desarrollo de vacunas contra el SARS-CoV-2 durante la crisis sanitaria por COVID-19. Con este objetivo, se analizarán las implicaciones correspondientes en dos campos de interés: la bioética y el derecho. También aludiremos a cuestiones referentes a los ensayos clínicos y el respeto a los principios bioéticos. Se presentan casos como las vacunas de ARNm y el uso de metodologías alternativas de ensayos clínicos. Con relación a la vacuna se abordan cuestiones como la aprobación, la obtención de licencias, los entes reguladores, así como la importancia de la ciencia y el derecho.

Palabras clave: Vacuna; SARS-CoV-2; Covid-19; Pacientes; Bioética

Abstract

This paper aims to point out and analyze the main aspects of the debate around the development of vaccines against SARS-CoV-2, during the COVID-19 health crisis. With this objective, the corresponding implications will be analyzed in two fields of interest: bioethics and law. It will also allude to issues related to clinical trials and respect for bioethical principles. Cases such as mRNA vaccines and the

use of alternative clinical trial methodologies are presented. Regarding the vaccines, issues such as approval, licenses, regulatory entities, are addressed, as well as the importance of science and law.

Key words: Vaccine; SARS-CoV-2; Covid-19; Patients; Bioethics

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar os principais aspectos que se tomaram em consideração para o desenvolvimento da vacina contra o SARS-CoV-2 durante a crise sanitária por COVID-19. Com esta finalidade, se analisará sua incidência nos campos de interesse: a bioética e o direito. De igual forma, aludiremos a uma série de questões referentes aos ensaios clínicos e o respeito aos princípios bioéticos. Se apresentam casos como as vacinas de ARNm y el uso de métodos alternativos de ensaios clínicos. Com relação à vacina se abordam questões como a aprovação, a obtenção de licenças, os entes reguladores, assim como a importância da ciência e do direito.

Palavras chave: Vacina; SARS-CoV-2; Covid-19; Pacientes; Bioética

* Es profesor titular e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas (Quito -Ecuador). Es doctor en Derecho, máster en Derechos Fundamentales con especialidad en Bioderecho, máster en Prácticas Jurídicas y Ejercicio de la Abogacía por el Centro Formación Abogados de Madrid, y máster en Estudios de Derechos Humanos por la Université Catholique de Lyon (Francia). También es miembro del grupo de investigación "Libertades Públicas y Derechos Fundamentales" de la Universidad de Cádiz (España) y miembro del grupo de investigación de JVS.CM Santarem (Portugal). Correo electrónico:juanmanuel.alba@udla.edu.ec

** Es estudiante de Ingeniería en Biotecnología en la Universidad de Las Américas. Correo electrónico: victor.valdez@udla.edu.ec

INTRODUCCIÓN

El SARS-CoV-2 (coronavirus 2 del síndrome respiratorio agudo grave) es el virus responsable del COVID-19 (*coronavirus infectious disease-19* o enfermedad infecciosa causada por coronavirus)¹ (Gorbalenya et al. 2020). Este tipo de coronavirus ha demostrado ser altamente contagioso y ha logrado propagarse alrededor del mundo, a modo de pandemia, a una velocidad sin precedentes; motivo por el cual, ha afectado a gran parte de la población (Xie y Chen, 2020).

El desarrollo de una vacuna contra el SARS-CoV-2 es de máxima prioridad para muchos gobiernos, a fin de contar con una medida que brinde inmunidad a su población frente al virus, o en su defecto, reducir el número de contagios. Así, se potenciaría el retorno a las actividades cotidianas con normalidad y reactivarían los sectores productivos afectados por la pandemia (Bonsall, Huntingford y Rawson, 2021).

En la actualidad, se realizan constantes esfuerzos para acelerar el desarrollo y distribución de las vacunas contra el SARS-CoV-2, de modo que estén disponibles en el menor tiempo posible para las personas, fundamentalmente para los grupos de riesgo. Debido a la urgente necesidad de contar con vacunas a corto plazo, se evidencian muchas implicaciones bioéticas que deben ser señaladas y analizadas puntualmente, siendo algunas de ellas son exclusivas de esta pandemia y otras comparables a anteriores crisis sanitarias (Atzrodt et al. 2020).

Otro aspecto que enfatiza la importancia de este estudio es el análisis crítico que se puede derivar de la presentación de dos disciplinas, cada vez más vinculadas entre sí, a saber: la bioética y el derecho. Sería un craso error abordar cuestiones éticas sin la vinculación normativa, ya que ésta permite plasmar las directrices bioéticas y, de esta forma, asegurar su cumplimiento.

LA ELABORACIÓN DE VACUNAS DE ARNM PARA SARS-COV-2 BASADA EN INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA PREVIA

El desarrollo de vacunas contra los tipos de coronavirus causantes de afecciones respiratorias graves, como el SARS-CoV-2, no es un tema nuevo en investigaciones científicas. Anteriormente ya se habían realizado diferentes ensayos pre-clínicos enfocados en el desarrollo de vacunas contra otros tipos de coronavirus, como el SARS-CoV (causante del síndrome respiratorio agudo grave o SARS) y el MERS-CoV (causante del síndrome respiratorio del Medio Oriente o MERS) (Amanat y Krammer 2020).

El SARS-CoV-1 y el MERS-CoV poseen ciertas semejanzas respecto a SARS-CoV-2 en torno a aspectos como la secuencia genética, proteínas, estructura, patogenicidad y mecanismo de infección (Rabaan et

al. 2020). Este hecho hace posible evaluar e incorporar criterios técnicos que normalmente se toman en cuenta al momento de desarrollar nuevas vacunas, como: la selección de plataformas (ADN, vector viral, subunidad, partículas similares al virus, virus inactivado o atenuado), la identificación de inmunógenos (proteína spike o S, proteína de membrana o M, virus completo, entre otros) y la evaluación de las ventajas y desventajas de las estrategias a ser desarrolladas (Prompetchara, Ketloy y Palaga 2020) (Tabla 1). A partir del análisis de estos criterios, las vacunas generan una respuesta inmune capaz de desarrollar la memoria inmunológica deseada y, a su vez, protección frente a nuevas infecciones (Wang, Kream y Stefano 2020).

¹ La COVID-19 es la nueva enfermedad infecciosa causada por el más reciente coronavirus descrito hasta la fecha y es responsable de la actual crisis sanitaria. A pesar de tener una presentación clínica y patológica semejante al SARS y el MERS, aparentemente posee un menor grado de letalidad en cuanto a su afección a las vías respiratorias (Gorbalenya et al. 2020). Por otra parte, basado en estudios filogenéticos y taxonómicos, el Comité Internacional de Taxonomía de Virus (por sus siglas en inglés ICTV) señala a este nuevo coronavirus como muy cercano al SARS-CoV, pues presenta el característico síndrome respiratorio agudo grave, de modo que se ha optado por nombrarlo "SARS-CoV-2". (Xie y Chen, 2020).

Tabla 1: Antígenos seleccionados y plataformas de vacunas que han sido probadas para SARS-CoV y MERS-CoV

Vaccine platform	Immunogen	Phase	Advantage	Disadvantage
DNA	Full-length Spike, or S1 <ul style="list-style-type: none"> • IM follow by electroporation 	Phase I, II (NCT03721718)	<ul style="list-style-type: none"> • Rapid production • Easy design and manipulation • Induce both B and T cells responses 	<ul style="list-style-type: none"> • Efficient delivery system required • Induce lower immune responses when compare with live vaccine
Viral vector	Full-length Spike, or S1 <ul style="list-style-type: none"> • Vector used: ChAd or MVA 	Phase I (NCT03399578, NCT03615911)	<ul style="list-style-type: none"> • Excellence in immune induction 	<ul style="list-style-type: none"> • Varies inoculation routes may produce different immune responses • Possible TH2 bias
Subunit	Full-length Spike, S1, RDB, nucleocapsid <ul style="list-style-type: none"> • Formulated with various adjuvants and/or fused with Fc 	Preclinical	<ul style="list-style-type: none"> • High safety profile • Consistent production • Can induce cellular and humoral immune responses 	<ul style="list-style-type: none"> • Need appropriate adjuvant • Cost-effectiveness may vary
Virus-like particles	RDB, S or Co-expressing of S1, M, and E <ul style="list-style-type: none"> • Produced in baculovirus 	Preclinical	<ul style="list-style-type: none"> • Multimeric antigen display • Preserve virus particle structure 	<ul style="list-style-type: none"> • Require optimum assembly condition
Inactivated	Whole virus <ul style="list-style-type: none"> • Inactivated by Formaldehyde or gamma irradiation 	Preclinical	<ul style="list-style-type: none"> • Preserve virus particle structure • Rapid development • Excellence in neutralizing Ab induction • Can be formulated with various adjuvant 	<ul style="list-style-type: none"> • Possible cause hypersensitivity • Possible Th2-bias
Live-attenuated virus	Mutant MERS-CoV and SARS-CoV or recombination with other attenuated virus	Preclinical	<ul style="list-style-type: none"> • Excellence in induction of T and B cells responses • Site-directed mutagenesis can be tailor made 	<ul style="list-style-type: none"> • Risk of reversion to a virulent strain • Cold chain required • Not suitable or sensitive population such as infants, immunocompromised or elderly individuals

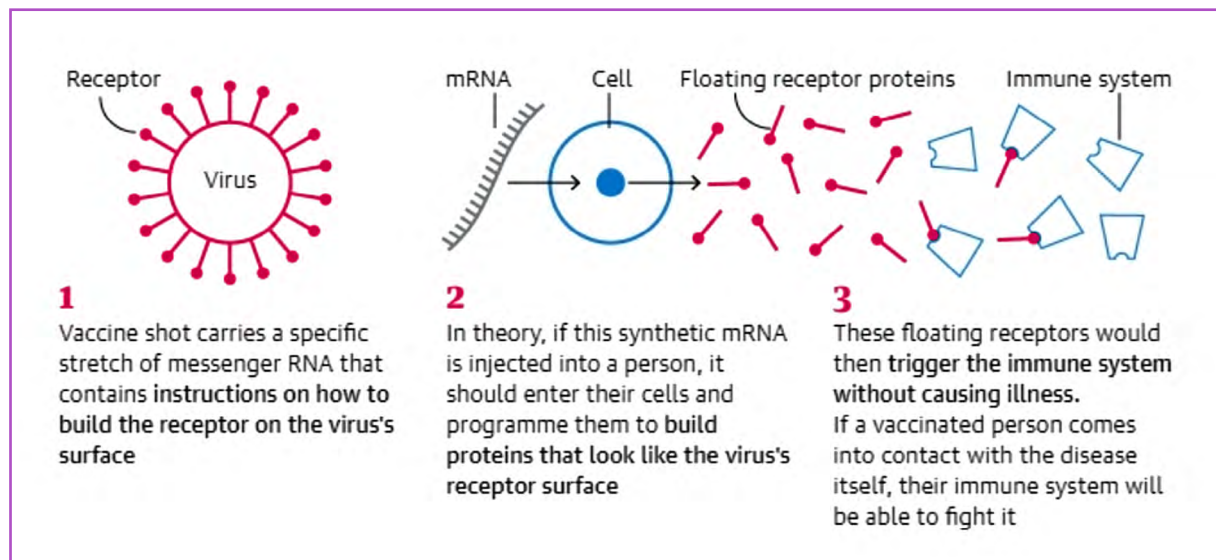
Fuente: Prompetchara, Ketloy y Palaga, 2020.

Por otra parte, asumir la eficacia y seguridad de un candidato a vacuna en fase preclínica basada en información científica previa (obtenida a partir de estudios en otros coronavirus) puede derivar en implicaciones bioéticas importantes (Atzrodt et al. 2020). Un reciente ejemplo es el caso de la vacuna ARNm-1273, desarrollada por la compañía farmacéutica Moderna, Inc. En relación con ello, Maschke y Gusmano señalan que, a pesar de tener la vacuna la aprobación de la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos de América (FDA) para realizar ensayos clínicos, no se consideran los riesgos que conlleva el no involucrar ensayos pre-clínicos con SARS-CoV-2 en animales (Maschke y Gusmano 2020). Precisamente a partir de esta controversia, Moderna (2020) explica que sus ensayos

pre-clínicos se han desarrollado a lo largo de algunos años en MERS-CoV, y que han reportado gran eficacia y seguridad. Así pues, sugiere que estos resultados sirven como base para comenzar ensayos clínicos en vacunas contra coronavirus muy similares, como el SARS-CoV-2.

En cuanto a la seguridad de las vacunas de ARNm, autores como Wang explican la razón por la cual Moderna Inc. justifica los ensayos pre-clínicos, y que, para hacerlo, se debe comprender la tecnología en que se basa ese proceso. A diferencia de otros enfoques que utilizan el virus inactivado o atenuado, esta nueva estrategia incorpora ARNm (que codifica para la proteína Spyke) incrustado dentro de nanopartículas lipídicas (Wang, Kream y Stefano 2020) (Figura 1).

Figura 1: Estrategia para el desarrollo de vacunas de ARNm contra el SARS-Cov-2



Fuente: The Guardian, 2020.

La mencionada proteína está presente tanto en MERS-CoV como en SARS-CoV-2, de manera que puede servir como antígeno en el desarrollo de vacunas de amplio espectro para una extensa gama de coronavirus. Por esta razón, la mencionada farmacéutica sugiere que su diseño es muy seguro, pues su propuesta de vacuna emplea una tecnología preexistente (por manipulación de ácidos nucleicos) que mantiene altos estándares de bioseguridad para quienes participan en

estas pruebas, motivo por el cual puede ser adecuada su adaptación para vacunas contra el SARS-CoV-2 (Khuroo et al. 2020).

A pesar de lo mencionado, MERS-CoV no es el agente biológico causante del COVID-19 (Abdelrahman, Li y Wang, 2020). Mas aun, para Nichol (2020), sería ideal partir desde cero e iniciar con los ensayos pre-clínicos en SARS-CoV-2, ya que se evidencia una tendencia

actual de acelerar la investigación; y, como consecuencia, existe una mayor tolerancia y flexibilidad respecto al desarrollo de nuevas vacunas. Por esta razón, si bien la finalidad de estas investigaciones es de carácter altruista-humanitario, aún se presenta el dilema bioético concerniente a la posibilidad de buscar atajos en las investigaciones científicas (Callaway 2020).

Por otra parte, se debe dar prioridad al principio de prevención, así como al respeto de los principios bioéticos (beneficencia y no maleficencia); dado que se podría comprometer la salud de los participantes de los ensayos clínicos. Pues existe la posibilidad de que se generen efectos nocivos inesperados al no evaluarse previamente de forma exclusiva la eficacia de estas vacunas en animales con el SARS-CoV-2 (Maschke y Gusmano 2020); siempre y cuando se respeten los principios éticos al respecto y derechos de los animales (Yáñez 2020).

También huelga mencionar la importancia del principio bioético de autonomía en el desarrollo de las vacunas. Todos los participantes en los ensayos clínicos son informados debidamente del fundamento teórico de la nueva tecnología, así como de todos los procedimientos que se realizan (National Institute of

Allergy and Infectious Diseases -NIAID, 2020). Los participantes deben firmar un consentimiento informado que garantice la información y, posteriormente, la aceptación a participar -o voluntariedad- en el ensayo. De esta manera, se evidencia y constata la libre participación (Alba Bermúdez 2016).

En la misma línea, es indisociable la investigación científica del principio bioético de justicia, con el cual, lo justo equivale a lo considerado correcto y bueno. Por consiguiente, en dicho contexto, todas las personas se beneficiarán de los resultados esperados, y así se conseguirá la equidad y la óptima distribución de recursos con el objetivo de alcanzar la excelencia en la investigación científica (Acevedo Pérez 2002). No podemos obviar que el principio de justicia que plantea Rawls afirma que cualquier participación debe cumplir al menos dos condiciones (Rawls 1995): la primera es la libertad, entendida como la compatibilidad de libertades similares para todos; y la segunda estriba en mejorar la situación de las personas más necesitadas de la sociedad. Por ende, cualquier situación de desventaja o desigualdad debe perseguir el mayor beneficio y estar estrechamente ligada a establecer condiciones de oportunidad real para todos (González Calixto et al. 2017).

METODOLOGÍAS ALTERNATIVAS EN LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Una nueva temática aparecida como consecuencia del COVID-19 son las implicaciones bioéticas en las metodologías utilizadas para realizar los ensayos clínicos en nuevas vacunas, en cuyo marco constituyen un hito importante los métodos alternativos.

El enfoque más tradicional y aceptado durante la ejecución de ensayos clínicos es el método de ensayos aleatorizados. Sin embargo, de acuerdo a la necesidad y a las circunstancias que ahora atravesamos, y más aún durante crisis sanitarias consistentes en epidemias o pandemias, nos encontramos con ensayos alternativos, que suelen ser más rápidos y prácticos (Stern y Mehta 2017). Por ejemplo, la Organización Panamericana de Salud (OPS) evidencia situaciones

en las que se necesitó implementar ensayos clínicos alternativos, como en el caso del brote epidémico causado por el virus del Ébola en África Occidental. Dicho modelo tradicional resultó insuficiente, porque carecía del respaldo de ciertos pobladores locales; de suerte que, frente a dichas circunstancias, se optó por el ensayo alternativo conocido como *Ebola ça suffit* (Saenz, et al 2018, 38).

En este tipo de ensayos, una vez que los involucrados firman el consentimiento informado, y a diferencia del modelo tradicional aleatorizado, se definen los grupos de estudio por parte de los investigadores, los cuales están conformados por personas que tuvieron y que podrían haber tenido algún contacto con

individuos infectados por el virus (Ebola ça Suffit Ring Vaccination Trial Consortium, 2015).

En la misma línea, encontramos el conocido brote del virus del Zika, donde se buscó prevenir el síndrome congénito asociado en neonatos de madres embarazadas infectadas, y en el que se utilizaron ensayos alternativos, denominados “ensayos de inducción por infección controlada”, de tal forma que se excluyó a grupos de riesgo de la muestra de estudio (Sáenz et al. 2018, 38).

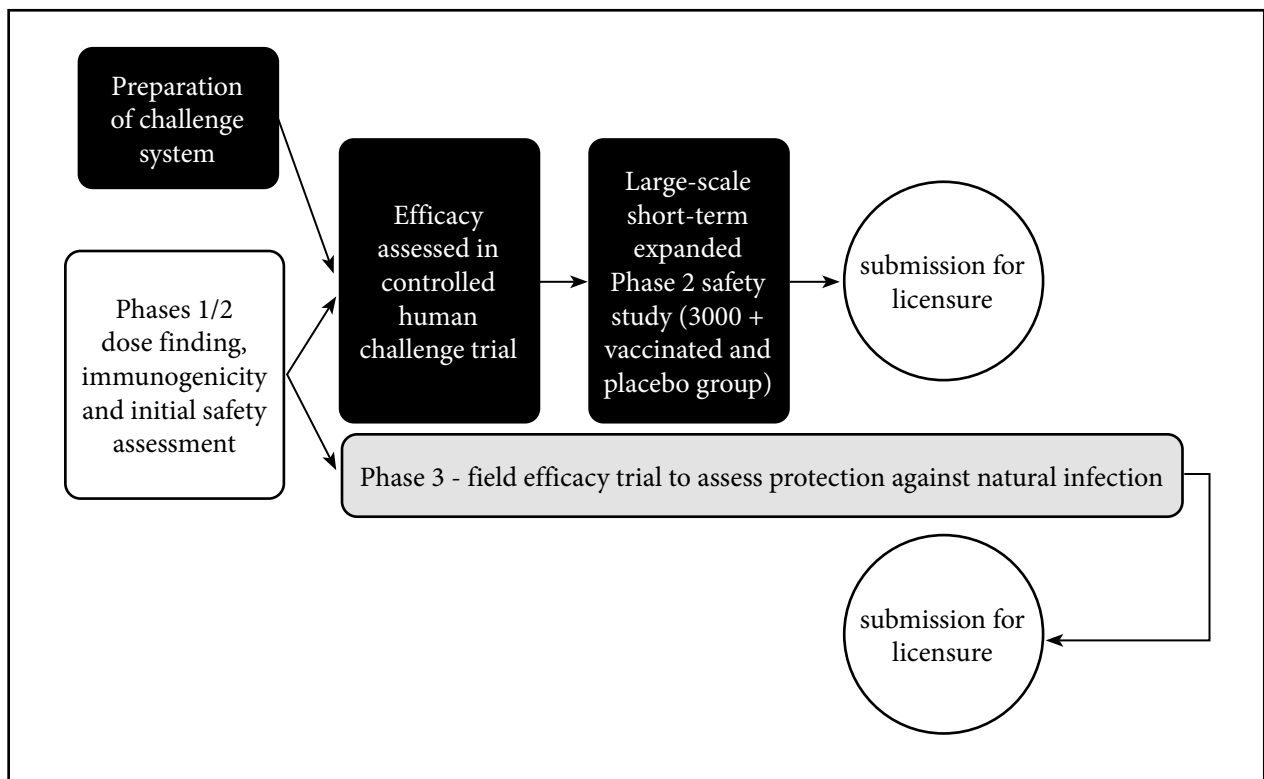
Metodologías en el desarrollo de vacunas contra el SARS-CoV-2

Para hacer frente a la crisis por COVID-19, se recomienda una metodología alternativa conocida como “modelo de plataforma adaptativo”, que se acopla al proyecto del Grupo de Investigación y Desarrollo de

la Organización Mundial de la Salud (OMS), puesto que da respuesta a las circunstancias emergentes relacionadas con salud pública global (Eyal y Lipsitch 2020). Su resultado exitoso se atribuye a la flexibilidad en el análisis estadístico de datos, que admite el estudio simultáneo de múltiples tratamientos para el COVID-19, debido a que el presente modelo “permite modificaciones al ensayo o procedimientos estadísticos de ensayos después de su inicio, sin menoscabar su validez e integridad” (Saenz et al. 2018).

Por otro lado, estudios alternativos, como los ensayos por infección controlada, permiten acelerar las pruebas que otorgan las licencias de acreditación de vacunas, al omitir los ensayos clínicos de fase III convencionales (Figura 2). Como se lee en la figura siguiente, la presentación para la licencia podría ocurrir sustancialmente antes con un ensayo de desafío humano controlado.

Figura 2: Proceso para la obtención de licencia de la vacuna, a través de un ensayo de desafío humano controlado, en el marco de un estudio para evaluar la seguridad a corto plazo (negro), en comparación con la ruta de prueba de la fase 3 convencional para obtener la licencia (gris)



Fuente: Eyal, Lipsitch y Smith, 2020.

Los citados estudios pueden llegar a demorar varios meses, ya que como se mencionó anteriormente con el virus del Zika, se evalúan sujetos de prueba que no conforman el grupo de riesgo, por tratarse, en este caso, de individuos jóvenes con buen estado inmunológico. Aquí se pretende una rápida validación, a fin de que estas vacunas estén disponibles en el menor tiempo posible (Eyal, Lipsitch y Smith 2020).

Por otra parte, la FAO hace alusión a los ensayos clínicos multicéntricos y multinacionales, que requieren el trabajo conjunto y/o la participación coordinada de diferentes países, en los que participa un número adecuado de participantes. La FAO menciona que los ensayos son los diseños preferibles en torno a escenarios de pandemia, dado que permiten “evaluar múltiples intervenciones de manera coordinada, completar más rápidamente el número de participantes necesarios para llegar a conclusiones cuando se agrupan, y permitir la adaptación al país” (FAO 2020). En efecto, facilitan enormemente la labor de identificar y descartar los peores escenarios (en torno a las intervenciones y/o tratamientos hasta el momento analizados) y agilizan la búsqueda de nuevas alternativas de tratamientos.

Las metodologías alternativas

El principal problema de los ensayos alternativos es su cuestionamiento científico por parte de ciertos sectores conservadores, que afirman que factores circunstanciales acaecidos en tiempos de crisis no deberían ser motivo para un procesamiento de datos sesgado (Jiang et al. 2021; Manheim et al. 2021). Dicha información genera grandes conflictos bioéticos; toda vez que, con ella, se afirmarían que una vacuna es segura a

partir de datos obtenidos de forma “poco ética”. Pues a diferencia del enfoque tradicional, que analiza datos de manera aleatoria, en las metodologías alternativas, el investigador puede definir algún criterio que le sea conveniente para que los resultados concuerden con el objetivo de su investigación (Hunt, Saenz y Littler 2019). Dicho argumento sostiene que existe la posibilidad de que implicaciones de este tipo puedan llegar a ocurrir en los ensayos de infección controlada, en donde, existe la posibilidad de escoger por conveniencia a los individuos que respondan de mejor forma a la vacuna. El modelo de plataforma adaptativa, es también otra estrategia muy debatida y, por supuesto, controversial. En todos estos casos, esencialmente se realizan modificaciones en los ensayos que no alteran su validez e integridad. No obstante, existen numerosas interrogantes relacionadas con su credibilidad científica (Eyal y Lipsitch 2020).

En la misma línea, se necesitan, en tiempos de crisis sanitaria, ensayos clínicos basados en nuevos diseños experimentales alternativos, pues generan un mejor entendimiento científico y estadístico de los datos con relación a los métodos tradicionales. El motivo está en que los enfoques modernos suelen responder de forma más rápida y eficiente al planteamiento del problema de la investigación por medio de herramientas deductivas basadas en la lógica bayesiana (Saenz et al. 2018). En el mismo orden de ideas, las metodologías alternativas (los ensayos clínicos multicéntricos y multinacionales) permiten la aplicación de criterios estadísticos de valoración, inclusión y exclusión preestablecidos, los cuales admiten comparaciones entre los participantes de los países que se inscriben en estos ensayos clínicos (FAO 2020).

LA APROBACIÓN DE VACUNAS Y OBTENCIÓN DE LICENCIAS

Las principales entidades reguladoras, tales como la Agencia Reguladora de la OMS, la FDA o la Agencia Europea de Medicamentos (EMA), tienen el importante cometido de evaluar la eficacia de las vacunas de forma imparcial, de ser el caso, aprobar su uso y, consecuentemente, otorgar las respectivas licencias (Cox et al. 2020).

El proceso involucra una gran responsabilidad por parte de estas entidades, que suelen analizar estos aspectos bajo dos situaciones: 1) cuando existe un tratamiento aceptado o disponible y, 2) cuando no existe tratamiento alguno (Eyal y Lipsitch 2020). En el primer caso, existen fármacos paliativos para tratar la enfermedad, que generalmente están al alcance de

algunos pacientes. Se analiza entonces la necesidad de asumir el riesgo y realizar ensayos clínicos para desarrollar la vacuna. En dicho escenario, no suele existir una alta demanda ni muchas propuestas de vacunas. En el segundo caso, al no existir un fármaco paliativo, se evalúan constantemente las propuestas de vacunas que existan. Sin embargo, muchas veces se analiza la eficacia de una sola alternativa; aunque, antes, a todos los posibles candidatos a vacuna, se les da la oportunidad de probar su eficacia durante cierto tiempo.

El problema de la actual pandemia es que, por la situación emergente, se presenta una alta demanda de propuestas de vacunas contra el SARS-CoV-2 y, a su vez, se cuenta con fármacos (antivirales como el Remdesivir y la hidroxiclороquina), en situaciones en las que los pacientes están muy graves (Maciorowski et al. 2020). Estos fármacos pueden no ser muy eficaces para tratar el COVID-19, sobre todo en etapas avanzadas de infección y en la fase de recuperación de los pacientes (Barratt et al. 2021, Lyngbakken et al. 2020, Maciorowski et al. 2020). No obstante, en etapas tempranas de infección, una vez realizada la administración, han demostrado ser capaces de atenuar los síntomas del COVID-19 y acelerar el tiempo

de recuperación (Hendaus 2020, Pacheco et al. 2020). En el marco de la crisis por COVID-19, estas particularidades constituyen un tema controversial y de máxima complejidad. Por ende, representan un nuevo desafío para las entidades reguladoras, ya que deben asegurar de forma óptima que se cumplen y respetan las directrices éticas (principios bioéticos) y, por tanto, se brinda la misma oportunidad a todas las vacunas (Cox et al. 2020). Al mismo tiempo, las entidades reguladoras deben evaluar que, ante una eventual infección por COVID-19 por parte de los participantes de los ensayos clínicos, ciertos medicamentos paliativos podrían llegar a provocar, en algunos casos, menores efectos secundarios adversos que la administración de vacunas en pleno desarrollo (Eyal y Lipsitch 2020). En consecuencia, en fases iniciales de prueba, puede que sea más seguro que los participantes opten por una alternativa paliativa (antivirales) que profiláctica (vacunas). Esta posibilidad puede motivarlos a participar preferentemente en los ensayos clínicos para medicamentos antivirales, en lugar de en ensayos clínicos para vacunas. Y, por lo tanto, se retrasaría la aprobación de las vacunas, dada la demora en la consecución de voluntarios dispuestos a formar parte de estos últimos ensayos (Eyal y Lipsitch 2020).

PROCEDIMIENTO Y ENTES REGULADORES EN EL DESARROLLO DE VACUNAS CONTRA EL SARS-COV-2

Antecedentes históricos como el Código de Helsinki, el Informe de Belmont, las Pautas Éticas Internacionales² y el Consejo Internacional para la Armonización de los Requisitos Técnicos para Productos Farmacéuticos para Uso Humano (ICH), han logrado consensuar un procedimiento regulado para el desarrollo de nuevos medicamentos y vacunas amparados en un marco bioético (FAO 2020). El procedimiento clásico mencionado consiste en las siguientes etapas: investigación y desarrollo, preformulación, ensayos preclínicos en animales, ensayos clínicos (fase I, II y III) en humanos, formulación, evaluación de la eficacia, registro, manufactura, manejo, uso y fármaco-vigilancia (Olaya et al 2006). Ante la

emergente situación por la pandemia de COVID-19, el procedimiento de desarrollo de nuevas vacunas opta por nuevas estrategias, como los ensayos alternativos (mencionados en la sección anterior), que aceleran los ensayos clínicos.

A nivel nacional, el control, regulación y desarrollo de las vacunas -investigación- es competencia de las autoridades de salud de cada país (Chen et al. 2020). Aunque no podemos obviar que, a nivel internacional, la competencia recae en organismos como la OMS, la FDA, la EMA, la OPS y la Red Panamericana para la Armonización de la Reglamentación Farmacéutica (PARF) (Scavone et al. 2020).

2 Pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos (CIOMS) y la OMS.

Por lo anteriormente mencionado, sea a nivel local o internacional, la responsabilidad y competencia de los entes reguladores son las mismas, a saber: realizar un seguimiento durante la realización de los ensayos clínicos, evaluar posibles escenarios bioéticos cambiantes en torno a la emergencia sanitaria, verificar el registro de estos ensayos clínicos luego de su realización, efectuar constantes inspecciones, mantener comunicaciones periódicas con las entidades de

regulación nacional y con los desarrolladores de las vacunas. De igual forma, entre sus funciones se establecen: el recibir y evaluar informes de eventos adversos, desarrollar entornos normativos que velen por el acceso equitativo de futuras vacunas; así como plantear estrategias de cooperación internacional con la finalidad de aminorar la brecha de desigualdad, sobre todo en el caso de los grupos de riesgo (FAO 2020).

CONCLUSIONES

En el presente trabajo se destaca la importancia de la revisión y actualización de la normativa Bioética en torno al desarrollo de vacunas contra el SARS-CoV-2, ya que los nuevos retos sanitarios implican nuevas consideraciones; así como el establecimiento de nuevas normas, más aún en la actual crisis sanitaria por COVID-19.

Es viable que el desarrollo de vacunas basado en el conocimiento previo ocasione gran controversia. Sin embargo, si se cuenta con suficiente evidencia científica (seguridad en seres humanos) para ensayos clínicos (como el caso de Moderna, Inc.), las entidades reguladoras deberían aceptar estrategias conflictivas tales como las vacunas de ARNm.

Los ensayos clínicos alternativos demuestran ser muy eficaces durante emergencias sanitarias; por lo tanto, pese a que exista cierta probabilidad de que se genere sesgo en el procesamiento estadístico de datos, su utilización será inevitable. En todo caso, con el objetivo de velar por la transparencia de la información y la

ética, es recomendable que empresas auditoras independientes evalúen de manera objetiva los resultados. La aprobación y otorgamiento de licencias por los entes reguladores son sumamente complejos, en aras de alcanzar un ambiente de igualdad. De ahí que se deba garantizar la seguridad de los participantes en estos ensayos clínicos, de modo que se tengan en cuenta los principios bioéticos, siempre con el afán de alcanzar una situación heterogénea y compleja.

En definitiva, la producción de las vacunas de ARNm o la realización de los ensayos clínicos alternativos deben crearse a través de políticas públicas previamente establecidas. El trabajo conjunto de la ciencia y el derecho abrirá el camino necesario para el éxito legislativo relativo al desarrollo de vacunas contra el SARS-CoV-2, y cualquier otro desafío que se presente en el futuro. En la investigación científica debemos incluir los aportes éticos y los principios de la bioética, con el objetivo de lograr un bien (ética) y que dicho bien sea compartido con otros, con el afán de alcanzar el mayor bienestar común.

BIBLIOGRAFÍA

- Abdelrahman, Z., Li, M. y Wang, X. 2020. "Comparative review of SARS-CoV-2, SARS-CoV, MERS-CoV, and influenza A respiratory viruses". *Frontiers in immunology*, 11, 2309.
- Acevedo Pérez. 2002. «Aspectos éticos en la investigación científica». *Ciencia y enfermería* 8 (1): 15-18.
- Alba Bermúdez. 2016. «Derechos del paciente: especial referencia a la legislación ecuatoriana». *Revista de Derecho UNED* 19: 493-510.
- Amanat y Krammer. 2020. «SARS-CoV-2 vaccines: status report». *Immunity* 52: 583-589.
- Atzrodt, Maknojia, McCarthy, Oldfield, Po, Stepp y Clements. 2020. «A Guide to COVID-19: a global pandemic caused by the novel coronavirus SARS-CoV-2». *The FEBS Journal*. Acceso el 3 de mayo de 2021. <https://febs.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/febs.15375>
- Barratt, A., Olsen, I., Nezvalova, K., Käsine, T., Lund, F., Hoel, H. y Aukrust, P. 2021. «Evaluation of the Effects of Remdesivir and Hydroxychloroquine on Viral Clearance in COVID-19: A Randomized Trial». *Annals of internal medicine*.
- Bonsall, M., Huntingford, C. y Rawson, T. 2021. «Optimal time to return to normality: parallel use of COVID-19 vaccines and circuit breakers». *MedRxiv*.
- Callaway. 2020. «Should scientists infect healthy people with the coronavirus to test vaccines?». *Nature* 580, n.º 7801: 17.
- Chen, Strych, Hotez y Bottazzi. 2020. «The SARS-CoV-2 vaccine pipeline: an overview». *Current tropical medicine reports*: 1-4.
- Cox, Edmund, Kratz, Lockwood y Shankar. 2020. «Regulatory Affairs 101: Introduction to Expedited Regulatory Pathways». *Clinical and Translational Science* 13, n.º 3: 451-461.
- Ebola ça Suffit Ring Vaccination Trial Consortium. 2015. «The ring vaccination trial: a novel cluster randomised controlled trial design to evaluate vaccine efficacy and effectiveness during outbreaks, with special reference to Ebola». *BMJ: British Medical Journal* 351: 3740.
- Eyal y Lipsitch. 2020. «Ethical Comparators in Coronavirus Vaccine Trials». *Harvard Business School*.
- Eyal, Lipsitch y Smith. 2020. «Human challenge studies to accelerate coronavirus vaccine licensure». *The Journal of infectious diseases* 221, n.º 11: 1752-1756.
- FAO. 2020. «Considerations for Regulatory Oversight of Clinical Trials in the Covid-19 Pandemic». Acceso el 2 de mayo de 2021. <https://iris.paho.org/handle/10665.2/52266>
- González Calisto, Patarroyo Durá y Carreño Bodensiek. 2017. «Principio de justiciar en el aula y responsabilidad moral del docente frente a los estilos de aprendizaje». *Revista de investigación, Desarrollo e innovación* 7 (2): 241-253.
- Gorbalenya, Baker, Baric, Groot, Drosten, Gulyaeva y Penzar. 2020. «Severe acute respiratory syndrome-related coronavirus: The species and its viruses—a statement of the Coronavirus Study Group». *BioRxiv*. Acceso el 1 de abril de 2021. <https://digital.csic.es/handle/10261/212994>
- Hendaus. 2020. «Remdesivir in the treatment of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19): A simplified summary». *Journal of Biomolecular Structure and Dynamics*: 1-10.

- Hunt, Saenz y Littler. 2019. «The global forum on bioethics in research meeting, “ethics of alternative clinical trial designs and methods in low-and middle-income country research: emerging themes and outputs». *Trials* 20, n.º 701: 1-7.
- Jamrozik y Selgelid. 2020. «COVID-19 human challenge studies: ethical issues». *The Lancet Infectious Diseases* 1-6.
- Jiang, H., Zhang, L., Li, J. y Zhu, F. 2021. Next steps for efficacy evaluation in clinical trials of COVID-19 vaccines. *Engineering* 7(7): 903-907.
- Johnson y Bailey. 2020. «Urgent Legal Lessons From a Very Fast Problem: COVID-19». *Stanford Law Review Online*, Forthcoming: 1-12. Acceso el 15 de abril de 2021. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3567412
- Khuroo, Khuroo, Sofi y Khuroo. 2020. «COVID-19 Vaccines: A Race Against Time in the Middle of Death and Devastation!». India: Preprints-ResearchGate.
- Landwirth. 1990. «Medical-legal aspects of immunization. Policy and practices». *Pediatric clinics of North America* 37, n.º 3: 771-784.
- Lyngbakken, M., Berdal, J., Eskesen, A., Kvale, D., Olsen, I., Rueegg, C. y Dalgard, O. 2020. A pragmatic randomized controlled trial reports lack of efficacy of hydroxychloroquine on coronavirus disease 2019 viral kinetics. *Nature communications*, 11(1), 1-6.
- Maciorowski, D., Idrissi, S., Gupta, Y., Medernach, B., Burns, M., Becker, D., Durvasula, R. y Kempaiah, P. 2020. “A review of the preclinical and clinical efficacy of Remdesivir, Hydroxychloroquine, and Lopinavir-Ritonavir treatments against COVID-19”. *SLAS DISCOVERY: Advancing the Science of Drug Discovery*, 25(10), 1108-1122.
- Manheim, D., Więcek, W., Schmit, V., Morrison, J. y 1Day Sooner Research Team. 2021. “Exploring Risks of Human Challenge Trials For COVID-19”. *Risk Analysis*, 41(5), 710-720.
- Maschke y Gusmano. 2020. «Ethics and Evidence in the Search for a Vaccine and Treatments for Covid-19». Acceso el 2 de abril de 2021. <https://www.thehastingscenter.org/ethics-and-evidence-in-the-search-for-a-vaccine-and-treatments-for-covid-19/>
- Moderna. 2020. «Moderna’s mRNA Technology». Acceso el 13 de abril de 2021. <https://www.modernatx.com/modernas-mrna-technology>
- National Institute of Allergy and Infectious Diseases. 2020. «Safety and Immunogenicity Study of 2019-nCoV Vaccine (mRNA-1273) for Prophylaxis of SARS-CoV-2 Infection (COVID-19)». Acceso el 22 de abril de 2021. <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04283461>
- Nichol, A. 2020. «Potential implications of testing an experimental mRNA-based vaccine during an emerging infectious disease pandemic». *The American Journal of Bioethics*, 20(7), W2-W3.
- Nuffield Bioethics. 2020. «Fair and equitable access to COVID-19 treatments and vaccines». Acceso el 30 de abril de 2021. <https://www.nuffieldbioethics.org/assets/pdfs/Fair-and-equitable-access-to-COVID-19-treatments-and-vaccines.pdf>
- Olaya, García, Torres, Ferro y Torres. 2006. «Caracterización de proceso productivo, logístico y regulatorio de los medicamentos». *Rev. Fac. Quím. Farm* 13: 56.
- Organización Mundial de la Salud-OMS. 2020. «Q&A: Ethics and COVID-19: resource allocation and priority setting». Acceso el 2 de abril de 2021. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/ethics-and-covid-19>
- Pacheco, de Souza, de Lima y Longo. 2020. «Panorama mundial de estudos com a hidroxiclороquina para o tratamento da COVID-19». *Journal of Health & Biological Sciences* 8, n.º 1: 1-4.

- Promptchara, Ketloy y Palaga. 2020. «Immune responses in COVID-19 and potential vaccines: Lessons learned from SARS and MERS epidemic». *Asian Pac J Allergy Immunol* 38, n.º 11.; 1-9.
- Rabaan, A., Al-Ahmed, S., Haque, S., Sah, R., Tiwari, R., Malik, Y. y Rodríguez, A. 2020. SARS-CoV-2, SARS-CoV, and MERS-COV: a comparative overview. *Infez Med*, 28(2), 174-184.
- Rawl, J. 1995. *De la justicia*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Regla. 2009. «Dos concepciones de la ética judicial». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 32: 525-539.
- Saenz, Luna, Salas, Canario, Chamorro, Palacios, Quiroz, Saidón y Villela. 2018. «La ética de los diseños y métodos alternativos de ensayos clínicos. Una reflexión sobre el Foro Global de Bioética en Investigación del 2017». *Revista Panamericana de Salud Pública* 42: 38.
- Scavone, Brusco, Bertini, Sportiello, Rafaniello, Zoccoli, Berrino, Racagni, Rossi y Capuano. 2020. «Current pharmacological treatments for COVID-19: what's next?». *British Journal of Pharmacology*. Acceso el 23 de abril de 2021. <https://bpspubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/bph.15072>
- Stern y Mehta. 2018. «Adaptive platform trials: the clinical trial of the future?». Harvard Business School.
- The Guardian. 2020. «Vaccine uses genetic engineering to harness cells to produce pieces of virus that are recognised by the immune system». Acceso el 3 de mayo de 2021. <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/16/first-participant-us-coronavirus-vaccine-trial-moderna-dose>
- Tietze, Vimalnath, Aristodemou y Molloy. 2020. «Crisis-Critical Intellectual Property: Findings from the COVID-19 Pandemic». Centre for Technology Management Working Paper Series 2: 1-19. Acceso el 10 de abril de 2021. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3569282
- Wang, Kream y Stefano. 2020. «An evidence based perspective on mRNA-SARS-CoV-2 vaccine development». *Medical Science Monitor: International Medical Journal of Experimental and Clinical Research* 26.
- Xie y Chen. 2020. «Insight into 2019 novel coronavirus—an updated intrim review and lessons from SARS-CoV and MERS-CoV». *International Journal of Infectious Diseases* 94: 119-124.
- Yáñez. 2020. «Bioética animal como respuesta al cartesianismo distópico». *Revista Bioética y Derecho* 50: 425-438.

ENSAYOS

Handwritten signature or stylized text in light purple.

EUTANASIA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

EUTHANASIA AND AUTONOMY OF WILL

EUTANASIA E AUTONOMIA DA VONTADE

*Juan Manuel Cordero** *Alejandro Raúl Mogrovejo*** *María Carolina Sacoto****

Recibido: 01/03/2021

Aprobado: 05/07/2021

Resumen

Como contribución al debate en torno a la despenalización de la eutanasia, este trabajo tiene como objetivo analizar jurídicamente el concepto de eutanasia voluntaria como una práctica en la que ha de primar el derecho a la autonomía de la voluntad sobre el derecho a la vida, así como el respeto que merecen los planes de vida como argumento para reafirmar el protagonismo del paciente al momento de establecer el valor de su propia vida. Igualmente, este trabajo se realiza con un enfoque en el que prima la calidad de vida. Para tal efecto, se aplicó una metodología con enfoque cualitativo, sustentada en el método hermenéutico-jurídico y en la técnica de la revisión bibliográfica.

Palabras clave: Eutanasia voluntaria; Derecho a la vida; Autonomía de la voluntad; Principio de autonomía; Vida digna; Calidad de vida

Abstract

As a contribution to the existing debate about the decriminalization of euthanasia, this paper analyzes, from a legal perspective, the concept of voluntary euthanasia as a practice in which the right to autonomy of the will must prevail over the right to life and the importance due to "life plan". We consider these two as arguments to reaffirm the role that patients should have in establishing the value of his or her own life. Likewise, the work ascertains a

perspective that prioritizes quality of life. For this purpose, a methodology with a qualitative approach was applied, based on the hermeneutic-legal method along with bibliographic review.

Key words: Voluntary euthanasia; Right to life; Autonomy of will; Principle of autonomy; Dignified life; Quality of life

Resumo

Como contribuição ao debate em torno da despenalização da eutanasia, este trabalho tem como objetivo analisar juridicamente o conceito da eutanasia voluntaria como uma prática em que deve primar o direito a autonomia da vontade sobre o direito à vida, assim como o respeito que merecem os projetos de vida como argumento para reafirmar o protagonismo do paciente ao momento de estabelecer o valor de sua propria vida. Igualmente, este trabalho se realiza com um enfoque com primazia a qualidade de vida. Para tal efeito, se aplicou uma metodologia com um enfoque qualitativo, sustentada no método hermenéutico- jurídico e na técnica de revisão bibliográfica.

Palavras chave: Eutanasia voluntária; Direito a vida; Autonomia de vontade; Princípio de autonomia; Vida digna; Qualidade de vida

* Doctorando en Derecho Civil, UBA. Abogado graduado en la Universidad del Azuay - Ecuador y LLM del Instituto de Empresa de Madrid - España. Profesor de las cátedras de Derecho Laboral y Societario de la Universidad del Azuay hasta el año 2016. Actualmente Director Jurídico del Grupo Industrial Graiman - Ecuador. Ejercicio profesional como socio activo del Estudio Jurídico CMC Abogados en Cuenca -Ecuador desde el año 2004. Correo electrónico: jmcordero@cmc.com.ec

** Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, por la Universidad de Cuenca. Especialista Superior en Derecho Procesal General, por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Máster en Derecho Constitucional con mención en Derecho Procesal Constitucional, por la Universidad Católica de Cuenca. Correo electrónico: ab.alejandror@hotmail.es

*** Es estudiante de doctorado en Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires; máster en propiedad intelectual y Derecho de las nuevas tecnologías, por la universidad de la Rioja; abogada por la Universidad Técnica Particular de Loja; ingeniera comercial por le Universidad del Azuay. Tiene experiencia en comercio electrónico y se desempeña como abogada en libre ejercicio profesional. Correo electrónico: carolina.sacoto94@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Existe desde hace algunos años un debate público y académico en torno a si resulta procedente la asistencia a los enfermos terminales o que padecen de procesos degenerativos irreversibles cuando estos solicitan la acción u omisión de un profesional de la salud para producir la muerte; y, de este modo, evitar el sufrimiento que se deriva de aquellas fases finales en sus respectivas enfermedades (Sánchez y López 2006); esta práctica se denomina “eutanasia”. La eutanasia, tal como ha señalado Bamgbose (2004), es un tema que ha sido analizado desde ángulos multidimensionales. Como consecuencia, ha surgido un debate multifacético asumido por muchos grupos interesados. Entre estos grupos están los médicos que asisten a los pacientes, los abogados que interpretan la legislación, miembros de los cuerpos legislativos que instan posiciones a favor o en contra de la legalización de la eutanasia; y, principalmente, los enfermos terminales que buscan ayuda para morir con dignidad, así como de los familiares de los pacientes, quienes buscan alivio para los suyos. Estos aspectos convierten al problema de la eutanasia en un fenómeno complejo.

Con respecto al estado legal de la eutanasia en la actualidad, el repaso histórico sobre la evolución de la cuestión permite evidenciar que, en todo el mundo, se han producido cambios importantes relacionados con la eutanasia y el suicidio asistido por un médico. En 1996, por primera vez en la historia, el gobierno democrático de Australia promulgó una ley que otorgó legalidad a ambas acciones, pero bajo ciertas condiciones; sin embargo, aquella ley quedó invalidada por una enmienda hecha a la Ley del Territorio del Norte de 1978 por parte del Parlamento Australiano en 1997. Ese mismo año, el suicidio asistido por un médico fue legalizado en Oregón, USA.

En el caso de Europa, existe gran cantidad de asociaciones que, amparadas por los derechos humanos, brindan supremacía al derecho a la vida por encima de cualquier otro derecho que en su momento pudiera asistir a un enfermo terminal. No obstante, son escasos los intentos que se han identificado para lograr la legalización de la eutanasia en Europa; médicos,

enfermeras y otros profesionales de la salud han levantado su voz para abogar por el derecho a la vida y parece que lo han conseguido (Materstvedt et al. 2003).

En el caso del Ecuador, la posibilidad de aplicar medidas eutanásicas no es una opción para los enfermos en estado terminal. En el Código de ética Médica (1992), Título XII, Art. 9, se establece que el médico no tiene autorización para abreviar la vida de la persona enferma, dado que su misión fundamental -ante una enfermedad incurable- es aliviarla a través de los recursos terapéuticos pertinentes. Sin embargo, y pese a la prohibición expresa, las discusiones y reflexiones en torno a la eutanasia, poco a poco tienen eco en el campo académico y en el ámbito público. Los debates resultan intensos en razón de la naturaleza y de las implicaciones que la eutanasia tiene: toda decisión o perspectiva que se asuma, terminará por afectar intereses humanos esenciales como son: la mortalidad, la espiritualidad y el bienestar (Shala y Gusha 2016); y este panorama genera el apareamiento de emociones profundas.

A su vez, dado que la mayoría de los argumentos constitucionales a favor y en contra de la eutanasia tienen sus raíces en la filosofía, el derecho, la medicina y la religión, resulta indispensable que cualquier discusión sobre el derecho a morir considere elementos trascendentales de diferentes disciplinas antes de emitir un criterio. Aquí se debe mencionar la importancia del derecho como fuente de derechos y obligaciones que permita o proscriba la eutanasia como práctica en determinada sociedad. Para especificarlo, nos basaremos en el bioderecho, el cual resulta el “modelo vinculante aplicado a la especificidad de los conflictos jurídicos de la biomedicina, que identifica y define principios y reglas, de rango constitucional, que sirven de base para legislar y regular las prácticas biomédicas, y sentenciar y sancionar el abuso y mala utilización de ellas” (Valdés y Puentes 2018).

Frente a la situación descrita, con el presente ensayo se busca contribuir al debate académico y jurídico de

la eutanasia; y, así, introducir una serie de argumentos que ayuden a quienes diseñan las leyes y políticas públicas a adquirir elementos que les permitan tomar decisiones amparadas en los derechos humanos. Tanto el proceso argumentativo cuanto las principales conclusiones que se obtengan a partir de la elaboración de este artículo resultarán útiles para futuros investigadores y teóricos, quienes dispondrán de elementos de análisis para sus propios estudios.

Para cumplir con los propósitos señalados, el trabajo se articuló a partir de los siguientes objetivos. Como

objetivo general se planteó el analizar jurídicamente el concepto de eutanasia voluntaria, como una práctica en la que prima, a través de la autonomía de la voluntad, la primacía del derecho a la libertad sobre el derecho a la vida. En ese sentido, se realiza una aproximación bibliográfica a los conceptos de eutanasia, eutanasia voluntaria, derecho a la vida y derecho a la libertad. Luego, se contrasta el derecho a la libertad frente al derecho a la vida, a través de su ubicación en escenarios específicos. Finalmente, se plantean conclusiones jurídicas que puedan ser consideradas por quienes elaboran las leyes.

EUTANASIA

Eutanasia y suicidio asistido por un médico

Uno de los problemas más complejos en el debate sobre la eutanasia es la falta de unanimidad en las definiciones que existen sobre esta práctica (Leenen 1987). Este panorama teórico lleva a que la disputa a menudo resulte caótica y que se genere una carencia de bases teóricas, de forma que se imposibilita su posterior implementación en los distintos sistemas legales. Por tanto, resulta indispensable hacer una distinción entre la eutanasia y las situaciones distorsionadas de la eutanasia. Por este motivo, a continuación, se enlistan prácticas que no son esencialmente eutanásicas:

- Finalización de un tratamiento que resulta médicamente ineficaz, en cuyo caso, el tratamiento se explica en razón de su necesidad; de ahí que los mecanismos empleados serán concordantes con este objetivo. Cuando la cura o una mejora significativa ya no son posibles mediante estos actos médicos, o cuando se requieran medios desproporcionados para conseguir resultados, se consiente que el médico finalice el tratamiento. Y, en el momento en que un paciente fallece por este motivo, no se debería hablar de eutanasia.
- Con base en lo expuesto, y atendiendo al sentido común, resulta evidente que no es posible conminar a un profesional a obrar más allá de la medida razonablemente posible. Además, incluso el

paciente puede tomar este tipo de decisiones basado en un criterio no necesariamente médico, pero siempre tras haber realizado un análisis de otros aspectos como el sentido de una vida prolongada ligada a tratamientos extremadamente forzados y complicados. Sin embargo, es evidente que, tomada la decisión de finalizar con tratamientos inútiles, se administran igualmente los cuidados normales, necesarios, que incluyen sedación del dolor a través de tratamientos paliativos.

- Analgésicos: el uso de este tipo de medicación tiene como finalidad primordial encontrar un alivio para el padecimiento del paciente; sin perjuicio de que, en ciertas condiciones, la administración de este tipo de medicina puede resultar en una reducción del tiempo de vida del paciente. Sin embargo, tampoco ha de considerarse esta una práctica eutanásica, pues su objetivo no es en ningún caso finalizar con la vida sino paliar el sufrimiento de la persona.
- Negación de aplicar un tratamiento médico por parte del paciente: es bien conocido que no debe haber paciente que sea tratado sin que él o ella haya dado su consentimiento informado. Por lo tanto, el médico no tendrá derecho a desarrollar un tratamiento si es que no recibió instrucciones expresas para hacerlo, de modo que la muerte que resulte de esta decisión tampoco puede ser entendida como eutanasia.

- Una situación de fuerza mayor (necesidad) existiría cuando un médico no puede atender a todos los pacientes que solicitan su ayuda, tal como ha resultado de la pandemia por COVID-19, por ejemplo, en la que los médicos han tenido que dejar de tratar a ciertos pacientes para salvar la vida de otros y, consecuentemente, se ha producido la muerte de quienes no pudieron recibir asistencia médica. Sin embargo, en estas penosas circunstancias, el médico no administra la eutanasia y en ninguna manera puede imputarse una responsabilidad por un procedimiento que ha resultado imposible de realizar (Leenen 1987).

Cada una de las situaciones descritas no pueden, bajo ninguna circunstancia, ser consideradas como sinónimo o variación de la eutanasia, sino que todas ellas se han de entender como fenómenos distintos.

La eutanasia propiamente dicha, al ser traducida literalmente, significaría “una muerte buena” o “suave, gentil”, al provenir del griego εὖ-Eu, cuyo significado es “bien”, y θάνατος, que significa “muerte”. Así, Van der Meer definió la eutanasia como un “acto deliberado de acortamiento de la vida (incluida la abstinencia) por o con la ayuda de alguien que no sea el paciente en cuestión; y, a petición del paciente” (Van der Meer 1988). Mas la definición señalada carecería de un elemento esencial, a saber, que la eutanasia debe realizarse de manera suave. Recalcando también de esta definición que la condición “a petición del paciente” conlleva la deducción de que cualquier muerte suave que sea provocada en un paciente, sin que este lo haya solicitado, resulta ser un asesinato (Zurriarán 2019). Por esta razón, y en una perspectiva internacional, resultaría conveniente reformular este concepto como un acto deliberado que acorta la vida (incluida la abstinencia) por o con la ayuda de alguien que no sea la persona en cuestión, realizado en interés del paciente y de una manera suave.

Por su parte, el término “en interés del paciente” incluye el concepto “a pedido”, puesto que difícilmente puede decirse que será de interés para el paciente si aquel no desea la eutanasia o si no existe forma de evidenciar su pedido (Peña y Ausín 1998). Además, la cláusula “interés” tendría connotaciones principalmente

limitantes: no debe hacerse en interés de la familia o de la sociedad; o es una protección distintiva del paciente contra la eutanasia injustificada. Al mismo tiempo, supone que es factible la eutanasia sin que lo solicite el paciente, aunque únicamente bajo condiciones particulares. Así, el término eutanasia se entendería como proporcionar una buena muerte (asesinato piadoso o compasivo), donde un individuo A termina con la vida de otra persona B, en beneficio de B. Para otros autores (Materstvedt et al. 2013), la eutanasia consistiría en matar a solicitud; es decir, un médico que mata intencionalmente a una persona mediante la administración de un medicamento, a pedido voluntario y competente de esa persona.

Por último, suicidio asistido es cuando el médico proporciona su ayuda de manera intencional para que el paciente se quite la vida; y, a fin de lograrlo, le proporciona medicamentos para que se los auto-administre, siempre a solicitud voluntaria y expresa de la persona (Materstvedt 2003).

Eutanasia activa y voluntaria

Las acciones que involucran el rechazo de tratamientos para mantener la vida suelen denominarse “eutanasia pasiva”, mientras que aquellas que conforman actos positivos que provocan la muerte se denominan “eutanasia activa” (Shala y Gusha 2016). Así, la eutanasia activa se refiere al cometimiento de actos que conducen a la muerte que, si estos no se hubiesen realizado, la muerte del paciente habría ocurrido en un futuro. Dentro de este ámbito se distinguen dos formas de eutanasia activa, según la técnica utilizada: una forma rápida, en la que la muerte ocurre en un lapso estimado de cinco o treinta minutos; y una forma lenta, cuando toma un par de horas. Y, a criterio de varios, la primera es la mejor de las opciones, una vez tomada la decisión; pues evidentemente resulta difícil sobrellevar un proceso de muerte lento, en particular para los familiares (Materstvedt 2003).

Por su parte, la eutanasia es voluntaria cuando se produce por petición consciente del afectado; y es no voluntaria cuando el individuo no puede manifestarse al respecto, sea porque es un recién nacido o porque está en estado vegetativo persistente (Shala y Gusha 2016).

En el caso de la eutanasia voluntaria parecería entrar más en juego el principio de autonomía de la voluntad -de ahí su relación con la idea de “suicidio asistido”-; mientras que, en la eutanasia no voluntaria, es el principio de compasión el que se manifiesta y, en última instancia, una valoración de la calidad o dignidad de la vida. Existen investigadores que proponen abandonar la expresión “eutanasia voluntaria” (Materstvedt et al. 2013, 99)¹ empleada con cierta frecuencia, puesto que, por implicación lógica o incorrecta, sugeriría que existen formas de eutanasia que no son voluntarias.

En conclusión, existen, por un lado, investigadores que apuntan a la importancia de las distinciones; y, por otro lado, hay quienes consideran que las diferencias resultan bastante insignificantes si se las compara con el problema decisivo, que es el aceleramiento de la muerte del individuo en estado terminal que sufre. Cuando se considera que las distinciones plantean cuestiones importantes sobre las circunstancias, lo esencial es determinar si apresurar la muerte de una persona es alguna vez justificable o no. Este es el tema principal de esta reflexión (Horsfall et al. 2001).

Posiciones contrarias a la práctica de la eutanasia

Uno de los argumentos más comunes entre los opositores a la eutanasia es que, si se abraza el derecho a morir con dignidad, aquellas personas con enfermedades incurables y debilitantes terminarían por ser expulsadas de nuestra sociedad civilizada. Por lo tanto, quienes defienden esta tesis consideran que los cuidados paliativos son una práctica adecuada; puesto que, por un lado, alivian los síntomas del paciente y, por otro, ofrecen respaldo tanto al paciente como al profesional a cargo; y se refieren a este tratamiento como una acción compasiva y creativa dirigida a las personas moribundas (Villegas 2001).

Otros autores opositores a la práctica de la eutanasia se han referido a que quienes la buscan, en realidad presentan un síntoma de enfermedad mental, dado que pretenden un suicidio. Vinculan entonces este hecho con pacientes depresivos, esquizofrénicos, adictos y consumidores, así como a individuos que sufren de

un trastorno obsesivo compulsivo. Esta postura aboga intensamente por una evaluación del estado psicológico de quien persigue la eutanasia (Del Olmo y Ramos 2018). Desde la perspectiva de la enseñanza clásica, se han construido protocolos para el tratamiento de pacientes que han intentado un suicidio, pues se considera que este actuar resulta de una enfermedad mental, que requiere asistencia médica-siquiátrica urgente (Andersen et al. 2000).

A su vez, existen perspectivas que ponen énfasis en la atención. Antes, la gran mayoría de los pacientes en estado terminal morían antes de llegar al hospital; sin embargo, ahora, la ciencia ha avanzado hasta el punto de prolongar varios años la vida, aún con este tipo de enfermedades, pero no hasta un punto en que se pueda asegurar una recuperación de la salud del moribundo. Este fenómeno ha planteado una situación compleja: el resultado de enfermedades anteriores se discutía en términos de “curación”; mientras que, en el mundo contemporáneo, en que existen el cáncer, el SIDA, la diabetes, la hipertensión y los trastornos mentales, se debaten términos de “cuidado”, puesto que la curación es distante.

La idea, según la perspectiva señalada, no sería esforzarse en una medida irracional por cumplir la expectativa de curación que tiene la sociedad, sino más bien en emplear todos los medios para cumplir con el rol de proporcionar la mejor atención posible por parte del personal médico para mejorar la calidad de vida en vez de aumentar el tiempo de vida. Consecuentemente, se implementan cuidados paliativos óptimos cuando la curación es imposible, e idealmente a costos reducidos. Además, esta opción es adecuada para enfrentar e impedir medidas extremas como el suicidio, el consumo de sustancias o la eutanasia, que se efectuaría cuando una persona se ve frente a la imposibilidad de una cura. En este contexto, la práctica de la eutanasia en el caso de enfermedades incurables no tiene, según ciertos autores, un argumento lógico (Andersen et al. 2000). A su vez, es cierto que en ese contexto llegará el momento en el que el profesional de la salud puede sugerir que el paciente sea trasladado a su hogar a esperar la muerte si así lo desean él y su familia, en razón

¹ Ver también Math y Chaturvedi 2012.

de la falta de recursos económicos, disponibilidad de camas, la intervención inútil, la reasignación de recursos a otros pacientes donde la cura sí es posible, etc. (Pinna et al. 2016).

La argumentación continúa con el señalamiento de que muchos de los pacientes con enfermedades terminales prefieren morir en casa, con o sin la atención médica terminal adecuada. De ahí que se señala la necesidad de modificar la percepción social y también de que los profesionales médicos se centren en la atención en lugar de solo curar. El motivo de muchas solicitudes de eutanasia se argumenta en el desconocimiento de alternativas, cuando los pacientes escuchan a sus médicos decir que “ya no se puede hacer nada”; sin embargo, si los pacientes escuchasen que se puede hacer mucho con los cuidados paliativos, que los síntomas se pueden controlar, ahora y en el futuro, quizá ellos, en su mayoría, no estarían deseosos de optar por la eutanasia (Del Olmo y Ramos 2018).

Otros opositores a la eutanasia recurren a la Sexta Directiva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), con el fin de respaldar su posición contra todas las formas de eutanasia, que consideran moralmente incorrectas. Señalan que los médicos, en virtud del juramento hipocrático, han hecho la promesa de “No llevar otro propósito que el bien y la salud de los enfermos” y que otorgar al paciente el poder de decidir entre la vida y la muerte resulta en dañarlo. También argumentan que los pacientes pueden perder la confianza del compromiso adquirido por el médico, pues este se vería reducido para salvar vidas, así como para impulsar la investigación de nuevas curas y tratamientos. Por ende, se teme que legalizar la eutanasia conduzca a una limitación injustificada del respeto por la supremacía de la vida y al incremento de una discriminación, por la que se perciba equivocadamente que ciertas vidas (las que poseen discapacidades y se encuentran enfermas sin posibilidad de mejoría) valen menos que otras. Surgirían, en tal sentido, más preocupaciones con respecto al hecho de que la introducción de una forma de eutanasia conducirá a otras formas menos aceptables en las que las personas –que se cree han sido asesinadas a través de procesos eutanásicos– generan una interrelación directa con una subvaluación del trabajo médico y sus

esfuerzos por enfocar el objetivo supremo de sanación o de atenuación de los síntomas de determinada enfermedad (Shala y Gusha 2016).

Por otra parte, se enfatiza en que enfermos terminales no mueren luego de años de haber sido diagnosticados con la enfermedad y a pesar de que no recibieron mayor expectativa de vida (Hoxhaj y Hoxhaj 2014). Se critica que, cada vez más, los activistas pro-eutanasia definan a las enfermedades incurables con frases como “enfermedades desesperadas”, o señalar que se tiene una calidad de vida inaceptable. Tales problemas con los términos, así como la imposibilidad de definir en forma absoluta las enfermedades que causan la muerte –por parte de quienes no lo hacen–, dificulta la aplicación de la eutanasia sin efectos negativos.

A su vez, se ha planteado que la eutanasia podría convertirse en un medio de contención de los costos de la atención médica (Serrano 2013). Las compañías de seguros de salud se beneficiarían enormemente de la eutanasia si esta se extiende como una práctica aceptada; ya que los medios que se usan para la muerte por eutanasia cuestan alrededor de \$40, mientras que para curar una enfermedad se pueden gastar incluso más de \$40.000. En los últimos años se ha discutido a menudo el problema del alto costo económico del tratamiento de enfermedades.

Finalmente, se ha esgrimido el argumento de que la permisividad con la práctica de la eutanasia conduciría al abuso y la explotación de los más vulnerables en nuestra sociedad (Chochinov y Wilson 1995). Además, hay quienes sostienen que realizar reformas en las normas distorsionaría la naturaleza misma de la relación entre el médico y su paciente (Serrano 2013). La opción de la muerte asistida por un médico no solo podría desanimar al paciente y al personal clínico de seguir todas las demás vías disponibles, sino que el acceder a tales solicitudes puede representar una mala interpretación fundamental de la necesidad subyacente del paciente de tener su vida, su significado y propósito, validado y entendido.

Los profesionales en psicología y psiquiatría comparten la preocupación de los opositores a la eutanasia y el suicidio asistido. En efecto, de la escasa evidencia

disponible deviene que las personas más propensas a solicitar la práctica de la eutanasia son personas de la tercera edad, quienes no han tenido una respuesta favorable ante la enfermedad que padecen o quienes sufren de depresión.

Posiciones a favor de la eutanasia

Algunas de las posiciones a favor de la eutanasia destacan la utilidad de asumir un enfoque gradualista, puesto que este permitiría superar ciertas dicotomías (Peña y Ausín 1998). El hecho de que este enfoque reconoce la gradualidad de los procesos de vida y muerte le permitiría reinterpretar la eutanasia, no necesariamente como un acortamiento de la vida del individuo, sino como un acortamiento del proceso de muerte que en ciertas ocasiones podría llegar a ser largo, doloroso y sin esperanza alguna de recuperación.

Otras posiciones favorables a de la eutanasia se agrupan en la llamada “carga de los cuidadores” (Ríos y Cabrera 2020). Según este planteamiento, los mismos enfermos, sus familiares o quienes los cuiden abogan en pro de que los enfermos incurables, con condiciones degenerativas o debilitantes, tienen el derecho a morir dignamente. La carga del cuidador, según este criterio, resultaría enorme y atravesaría varios dominios como el financiero, emocional, temporal, físico, mental y social; razón por la cual, dicho paciente elige no ser una carga; pensemos por ejemplo en una persona en estado vegetativo.

Existen enfoques que se concentran en el derecho a rechazar la atención. Sus defensores argumentan que este derecho se encontraría bien reconocido por la ley, incluido el tratamiento médico que mantiene o prolonga la vida; por ejemplo, un paciente que sufre de cáncer de sangre podría rechazar el tratamiento o negar la alimentación a través de una sonda nasogástrica. Defender el derecho a negarse a un tratamiento abre la posibilidad a la práctica de la eutanasia pasiva. Es más, hay quienes señalan que interrumpir médicamente un embarazo antes de las 16 semanas es una práctica eutanásica activa involuntaria (Zúñiga 2018).

Se ha argumentado, así mismo, que la eutanasia fomentaría el trasplante legal de órganos (Kottow 2015).

En tal sentido, la aplicación de la eutanasia en pacientes que sufren de enfermedades terminales trae consigo la posibilidad de promover la donación de órganos; que, vista desde una perspectiva positiva, contribuiría a la expectativa de vida de quienes requieren un trasplante. Así, la eutanasia, además de conceder el derecho a morir a los enfermos terminales, ofrece el derecho a la vida a quienes necesitan órganos con urgencia (Creagh 2012).

El derecho a la vida

Un elemento fundamental en las posiciones en contra de la eutanasia es la defensa al derecho a la vida. Dicho derecho se encuentra establecido en el Art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), donde se señala que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Es importante destacar que, en el mentado artículo, el derecho a la vida está acompañado de los derechos a la libertad y a la seguridad de la persona, sin que se implique ningún tipo de superioridad de un derecho por sobre los otros.

A su vez, en la Constitución de Ecuador, Capítulo VI, concerniente a “Derechos de libertad”, Art. 66, numeral 1, se reconoce y garantiza el derecho a la inviolabilidad de la vida. Pero, a su vez, en el numeral 2 se establece el derecho a una vida digna que asegure la salud. Por su parte, en el numeral 3 se señala el derecho a la integridad personal que incluye los ámbitos físico, psíquico, moral y sexual. Queda claro que una persona en estado terminal no podría ver cumplidos algunos de estos derechos, principalmente el aseguramiento de la salud y la integridad en tales ámbitos. Este último punto será analizado con mayor profundidad en los apartados siguientes.

El derecho a la vida, según ciertos autores, sería un derecho supremo del que no se permitiría derogación alguna, incluso en tiempos de una emergencia pública que amenaza la vida de la nación (Van Den Akker, Janssens y Have 1997). No obstante, no es un derecho absoluto como sí lo es el derecho a no ser torturado; una concepción que trae consigo ciertas limitantes. Incluso si se revisa la redacción de la Carta Internacional de Derechos Humanos y las palabras

utilizadas en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se podrá constatar que el significado del derecho a la vida y sus limitaciones, aún en el siglo XXI, no están claros, ni se ha incluido definitivamente en esta concepción sobre el derecho a la vida la obligación de los Estados de reducir la mortalidad infantil e incrementar la esperanza de vida de todos los ciudadanos.

Hay posiciones teóricas que colocan en un nivel superior al derecho a la vida (Maritan 2016), y que, por tanto, lo consideran el más importante; básicamente, porque se constituye en la condición necesaria para el resto de los derechos y, por consiguiente, su defensa y protección debería ser una acción fundamental de todos los Estados. Desde tales planteamientos se llega a señalar que el ser humano está obligado a conservar su vida como un derecho a mantenerse en la existencia, con las connotaciones que le son propias. Estas serían algunas de las razones por las que, en el ordenamiento constitucional y penal ecuatoriano, no se permitiría la eutanasia. La idea de otorgar preponderancia absoluta al derecho a la vida por sobre otros derechos (incluido el de la libertad de decisión) contribuye a que se prohíba la práctica de la eutanasia.

Quienes conceden primacía al derecho a la vida razonan que, independientemente del término específico utilizado o su definición precisa, la eutanasia es quitar una vida humana, más allá de su motivación, o de si es un acto u omisión (Vodiga 1974). La eutanasia, señalan estos autores, sería no permitir que ocurra lo inevitable: la muerte. Al rechazarse una definición de eutanasia que incluya la idea de permitir que ocurra la muerte, se obtendría una perspectiva analítica potencialmente valiosa, puesto que, al hacerse una distinción entre “eutanasia” y “permitir la muerte”, a criterio de Vodiga, se posibilita la discusión de las respectivas implicaciones sin incurrir en dificultades semánticas. Bajo esta perspectiva, las controversias sobre la eutanasia serían más de semántica que de fondo.

Bajo la percepción anterior, el hecho de considerar a la muerte como una entidad en sí misma, implica el surgimiento de la cuestión de quién debe morir. Tal pregunta significaría considerar si son los fuertes y los sanos quienes deben vivir, y los otros, quienes

deberían fallecer. Sin embargo, Vodiga manifiesta al respecto que “tal situación implica caer en la trampa urdida por quienes quieren extinguir lo defectuoso” (1974). Asimismo, señala que, en vez de entender a la muerte como una función aislada, debería incluirse en el concepto total de vida; por tanto, la cuestión debería ser si puede hacerse algo para mejorar la vida, y no si puede facilitarse la muerte. La atención, desde dicha perspectiva, se centrará en la vida y los esfuerzos se dirigirán a mejorarla. Manifestar una mayor compasión encaminará los pasos hacia el objetivo de tener una vida digna y no una muerte digna.

El derecho a morir se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la vida, de ahí la complejidad y dificultad para abordarlo. En ese contexto se podría entender, incluso a la eutanasia, como una defensa del derecho a la vida que honra el derecho a una muerte digna. Es decir, la complejidad de esta problemática se evidencia en razón de que pertenece a distintas áreas del derecho.

Otra cuestión que se plantean ciertos autores es si la eutanasia se constituye en un delito común; y, por lo tanto, debe ser penalizado o, por lo contrario, resulta un paralelo del derecho a la vida. De ser así, ¿protegería el derecho a la dignidad? (Hoxhaj y Hoxhaj 2014). Dicha interrogante se relaciona con dimensiones existenciales propias de la vida del ser humano, con aspectos ontológicos y deontológicos, y con derechos particulares y sociales. Pese a ser la eutanasia un concepto moderno, lleva un debate extenso, sea como saber en la justicia o como ejercicio de la legitimidad.

También se puede entender la conducta de quien está por morir después un planteamiento socio-jurídico -que hemos señalado, pero no hemos analizado-, y así plasmar sus derechos y voluntad, en las normas que podrían tolerar la eutanasia voluntaria. Calvo García y Teresa Picono (2013) plantean, desde la investigación empírica, alcanzar una concordancia entre las metodologías cualitativa y cuantitativa, que permita, tanto generar una base sólida de análisis con el fin de entender la pertinencia de la hipótesis planteada, como poder aceptar el efecto socio-jurídico de la norma que, en su momento, sea redactada e impuesta. Así las cosas, para nosotros, la autodeterminación que

realiza el moribundo con respecto a cumplir esa última fase de vida de todo ser humano, constituye una confirmación y reivindicación del derecho a la vida. Y la presente reflexión es una primera aproximación para entender si existe una viabilidad jurídica del

planteamiento esgrimido, sin perjuicio de que existe inexorablemente la necesidad de realizar el análisis empírico y sociológico al que muchos autores han acudido al momento de pronunciarse por la pertinencia o no de la eutanasia.

EL DERECHO A LA AUTONOMÍA PERSONAL

La noción de autonomía se refiere a la capacidad de proponerse fines y tomar decisiones racionales con el objetivo de alcanzarlos (Rivera 2013). Entendida como un derecho, supone la capacidad del individuo a decidir cómo quiere vivir la propia vida y cómo tomar ciertas decisiones ante situaciones críticas. En tal sentido, el principio de autonomía deberá ser entendido como la prescripción correlativa de dicho derecho. El derecho a la autonomía, dentro del campo médico, implica el deber de los profesionales de la salud de respetar el consentimiento informado del paciente. Así, el derecho a la autodeterminación resulta de particular importancia, porque su realización es una condición esencial para garantizar la observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de dichos derechos (United Nations 1994, 12-14). De ahí resulta que una persona podría no presentar un reclamo con el fin de asegurar su derecho a la libre determinación, aunque un Estado está siempre en la obligación de considerar la autodeterminación individual al momento de interpretar derechos distintos.

En el Art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho que incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia. Por su parte, en la Constitución del Ecuador, Art. 66.9, se establece que los ciudadanos ecuatorianos tienen derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual. Además, el Estado tendría la obligación de promover el acceso a los medios necesarios para que tales decisiones se den en condiciones seguras. En el mismo artículo, numeral 29, literal “a”, se establece que los derechos de libertad incluirían el reconocimiento de que todas las personas nacen libres.

Así, el consentimiento de la eutanasia estaría supeditado a ciertas concepciones relacionadas con la autonomía. López (2003), por ejemplo, lo hace al señalar ciertas precisiones conceptuales sobre la eutanasia y la autonomía, a partir de lo cual presenta dos argumentos a favor de la autorización legal de la eutanasia activa en base al valor de la autonomía. Con el primero, establece que aceptar el derecho a la autonomía implica aceptar la decisión autónoma de morir de un paciente terminal; y, en el segundo, recurre al rechazo de tratamiento, en razón de que es inconsistente aceptar esta práctica y rechazar la eutanasia activa.

La aceptación del principio de autonomía resultaría, por tanto, en el siguiente argumento básico a favor de la eutanasia activa. Primero, los individuos tienen derecho a la autonomía de su voluntad; es decir, a tomar decisiones importantes para su propia concepción de una vida buena. Segundo, el Estado está obligado a respetar ese derecho. Tercero, las decisiones respecto a la manera y el momento de morir serían parte intrínseca de la autonomía, de ahí que el Estado está obligado a respetar tales decisiones.

Bioética aplicada a la eutanasia

El análisis de la eutanasia en cualquiera de sus formas conduce a mencionar a la bioética como línea de análisis inexorable en cuanto a la primacía del ser humano al momento de aplicar un procedimiento eutanásico. En varias de las corrientes que estudian la bioética, objetivista personalista o relativa subjetivista, siempre priman los principios bioéticos que con bastante claridad son explicados por Bernardita Berti en su estudio denominado “Los principios de la Bioética” (Berti Garcia 2015). Ella establece, como primer principio, el respeto de la vida humana, ante el cual nos

encontraríamos en un callejón sin salida en que la eutanasia activa o pasiva no sería procedente, pues atenta en forma directa con el fin directo de la bioética: el derecho a la vida. De otro lado, aun cuando es cuestionado por la autora, existe en la corriente anglosajona, a través del principio de la autonomía o de permiso, el derecho del individuo de ejercer su libre arbitrio, que se encuentra por encima de cualquier otro, inclusive la práctica de un procedimiento que ponga en riesgo su vida.

Argumentación a favor de la eutanasia como resultado de la aplicación del principio de autonomía

Tanto en una sociedad pluriforme como en el ámbito privado, el legislador debe apuntar a una legislación que deje espacio para diferentes convicciones y que maximice así la libertad individual (Leenen 1987). Cuando se libera la legislación en temas privados –hábese de la eutanasia o el suicidio asistido–, no se impele a los individuos a actuar en contra de sus propias convicciones; al tiempo que aquellos con opiniones diferentes, también tienen la libertad para actuar según su propio criterio y conveniencia. Estos últimos no deben intentar imponer sus opiniones a los demás, del mismo modo que ellos mismos no aceptarían una intromisión del legislador en sus convicciones; es bastante paradójico reclamar para sí mismo lo que no se permitiría a los demás. La liberalización de la conducta moral es una corriente que resulta tanto del derecho de los seres humanos y su capacidad para decidir por sí mismos sobre todo tema que le concierna, como de las visiones actuales respecto al rol del Estado en estos temas.

El principio de autodeterminación no se deriva del Estado, dice Leenen (1987); por la cual, este no tendría derecho a imponer a los ciudadanos reglas éticas que interfieran con sus vidas privadas. Por ese motivo, frente a una usurpación de los derechos individuales deben estar disponibles argumentos sólidos que lleven a la conclusión inevitable de que, sin tales reglas, los valores esenciales de la sociedad estarían en peligro. Impedir la eutanasia sería llevar personas enfermas al padecimiento de dolores y sufrimientos que no desean, una situación que resulta a todas luces cruel y atentatoria contra la dignidad del ser humano.

Por su parte, en el Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Y, puesto que ciertos individuos –un enfermo terminal, por ejemplo– se ven imposibilitados de ser sujetos de este derecho, debería asegurarse que al menos otros derechos, tales como la libertad, sí se cumplan. Con base en lo anterior, poner fin a la propia existencia, cuando esta no ofrece la posibilidad de llevar a cabo un proyecto de vida con los mínimos estándares de calidad, es fundamental para la dignidad humana, la autonomía personal y la seguridad, conceptos que están protegidos por varios instrumentos internacionales de derechos humanos (Shala y Gusha 2016).

Si bien al derecho a la libertad y la seguridad de la persona se le otorga una interpretación limitada, las nociones de autonomía personal pueden afectar el desarrollo futuro de la jurisprudencia humana del entorno social. Un mayor respaldo a reconocer los derechos humanos y la práctica de la eutanasia estaría vinculado al derecho a la privacidad, que se ha empleado para asegurar la separación de sistemas artificiales que sustentan un caso desesperado que incluye a pacientes capaces y a otros que no lo son (Sociedad Médica de Santiago 2011). La eutanasia cercena de alguna manera cierta forma de vida, es verdad, pero no la vida entendida en toda su plenitud: se interrumpe una vida mermada y que resulta irreconocible, debido a que el proceso de muerte ha ganado terreno (Peña y Austin 1998); “la eutanasia se convierte así en una abreviación de la muerte, que ya ha ganado terreno a la vida en la existencia de un individuo” (ibid. 28). Entendamos que la muerte es un proceso inexorable en la vida de un ser humano, de modo que ella resulta ser parte de la vida del individuo: la muerte no es sino el reconocimiento de la vida.

La directa consideración del derecho a la autonomía como derecho fundamental obligaría a ejercer un estricto examen de constitucionalidad de toda norma que afectara a aspectos esenciales de la configuración autónoma de la propia vida, o que introdujera limitaciones claras a la autonomía individual; y, por

qué no decirlo, a la autodeterminación del individuo (Ripollés 1995). Incorporar la prohibición de tratos inhumanos y degradantes en el núcleo de los derechos fundamentales trae consigo que las obligaciones deban ser moduladas en el sentido de que en ningún caso su cumplimiento implique mantener la vida humana a través de procedimientos o en condiciones inhumanas y degradantes.

Se han presentado aquellos puntos de vista que se sostienen en la idea de que la vida es sagrada, y que, por tanto, no pertenecería al sujeto, de manera que aquel tendría prohibido disponer de ella. El punto de vista contrario, defendido en este ensayo, conforme los argumentos expuestos, es que cada individuo posee soberanía sobre su propia vida, y por lo tanto podría disponer de ella. Entre las dos premisas, la segunda resulta la mayor del silogismo. Si en una democracia pluralista resulta intolerable que un legislador favorezca la opinión ética, moral o religiosa de una sola parte de la población, entonces la legalización de la eutanasia sería la única solución para garantizar la autonomía individual; de esa forma se respetaría la convicción de cada persona. En este sentido, ningún individuo tiene la obligación de solicitar o aplicarse la eutanasia, como señalaba Kouchner: “Las convicciones religiosas imponen a algunos respetar que la muerte les llegue en una hora que no pueden determinar. Otros, en cambio, piensan que elegir la hora de la muerte es el último acto de un hombre libre. ¿Por qué no respetar esas diferencias y dejar a cada uno la libertad de decidir si prefiere rendirse a su destino, a Dios o al médico?” (citado por Montero 2009).

Con base en lo planteado en la cita anterior, se puede colegir que el Estado debe pasar a constituirse en un

medio a disposición de la sociedad civil, con el fin de que un grupo de individuos tenga garantizada una serie de derechos fundamentales que les faculte a vivir con total autonomía, bajo aquellos valores o preceptos que consideren buenos, dignos y justos. El legislador, como funcionario de dicho Estado, debería asegurar la justa coexistencia de las libertades individuales, y evitar que se privilegie una u otra concepción moral o religiosa. De ahí que el único compromiso adecuado sería la legalización de la eutanasia; es decir, que se concrete en una ley la tesis de la autonomía, la cual se resume en la siguiente frase: los seres humanos tienen derecho a disponer de su propia vida cuando así lo consideren conveniente.

En una sociedad donde rige un sistema de derechos, el valor de la autonomía cumpliría un rol fundamental. En un sistema de derechos, la referencia a la dignidad humana es el elemento clave, y a partir de este surgen valores como la libertad y la autonomía. Hay que tener claro que los derechos se encuentran relacionados, de modo que se genera una interdependencia entre sus valores; al punto de que los primeros son manifestación de los segundos.

Más allá de las variadas percepciones que se pueda tener sobre la dignidad humana, esta se constituye en un núcleo pleno de significado, donde las ideas de autonomía y de realización personal son sus elementos constitutivos (Ansuátegui 2005). Reconocer la capacidad de los seres humanos para diseñar y llevar a cabo planes de vida propios se constituye en el requisito básico detrás del reconocimiento de la dignidad. El planteamiento defendido hasta aquí deberá considerarse al momento de otorgarle un valor a las respuestas que puedan darse respecto a la práctica de la eutanasia.

CONCLUSIÓN

Con base en los planteamientos hechos en este ensayo, se puede concluir que el argumento que se refiere a la autonomía individual de la voluntad se muestra pertinente, puesto que cumple dos exigencias fundamentales. En primer lugar, se ubica en el centro de una específica propuesta ética enfocada en la persona

considerada por la bioética, así como en la aceptación de su valor y en el respeto que merecen los planes de vida, los cuales incluyen también los planes respecto a la propia muerte. En segundo lugar, el valor de la autonomía también ocupa un lugar decisivo en la consolidación de un específico tipo de orden social. A partir

de ambas consideraciones, la aplicación del principio de autonomía como argumento fundamental para reafirmar el protagonismo del paciente al momento de establecer el valor de su propia vida resulta relevante, ya que incluye la posibilidad de decidir cuándo llega su muerte, considerada como una de las etapas de la vida humana.

En este trabajo, se puso en evidencia la existencia de concepciones que entienden la vida como un bien absoluto; pero también otras que la conciben desde una perspectiva cualitativa, la cual ayuda a distinguir entre la vida como fenómeno tanto biológico como biográfico. Es decir, una cosa es estar vivo y otra poseer una vida: cuando la vida de un paciente terminal se convierte en un fenómeno meramente biológico, al interior del cual se carece de los medios para una construcción propia, entonces esa no es una vida digna de ser vivida.

Con esta base, asumir una visión que prioriza la calidad de vida trae consigo el replanteamiento de la penalización por aplicar la eutanasia. El criterio fundamental ya no sería el aseguramiento de la existencia de los pacientes terminales, sin considerar las particularidades dolorosas que acompañen dicha existencia, sino principalmente otorgar una protección a los pacientes titulares de aquellas vidas que han manifestado su deseo de terminar un sufrimiento insoportable que deviene del padecimiento de enfermedades incurables e intratables, en cuyo caso se hace frente al principio constitucional de respeto y afirmación de la dignidad

humana y no solo a la protección del derecho a la vida. En efecto, si una persona, por su propia voluntad, manifiesta que el padecimiento que sufre es insoportable -una vez constatada su condición por profesionales de la salud-, querer forzar su vida se consideraría incluso un atentado a la dignidad humana, de modo que ha de considerarse de forma prioritaria la decisión que tome esa persona sobre su vida.

Finalmente, es importante enfatizar que deberían realizarse previamente todas las pruebas del estado físico-mental de la persona por parte de las instituciones médicas especializadas. En los casos en que la persona se muestre escéptica o indecisa sobre su decisión, o cuando no comprenda las consecuencias de esta, no se deberá tomar en consideración la solicitud y su disposición. Cada situación ha de ser analizada por profesionales de distintas ramas a fin de obtener una conclusión objetiva del caso; sin embargo, el punto de partida para una decisión debería ser el respeto a la dignidad humana y los derechos inalienables propios de cualquier ordenamiento jurídico.

La conclusión esgrimida en este ensayo busca explicar la posibilidad de que el lector pueda ver al derecho de la libertad y la autodeterminación del ser humano como la reivindicación del derecho a la vida, pues no existe ninguna dicotomía entre la muerte y la vida, si se entiende a la primera como un proceso inexorable que forma parte de la segunda. Ya lo dijo Platón: “la libertad consiste en ser dueños de la propia vida”.

RECOMENDACIONES

A partir de las conclusiones que se han obtenido, se sugieren las siguientes recomendaciones. En primer lugar, se invita a los departamentos de investigación de todo nivel a incorporar el debate en torno a la eutanasia en los futuros proyectos de estudio de las diferentes disciplinas, con el fin de enriquecer la discusión mediante aportes provenientes de varias perspectivas: ideológicas, culturales, económicas, académicas y

sociales. A su vez, se recomienda a los investigadores del campo jurídico y del derecho desarrollar aproximaciones que se amparen en los últimos aportes de las distintas ciencias: biología, psicología, neurociencias, entre otras; de modo que la argumentación se sustente en elementos objetivos y no en prejuicios o suposiciones profundamente ideológicas.

BIBLIOGRAFÍA

- Andersen, U., Andersen, M., Rosholm, Jens-Ulrik, y Gram, Lars Freng. 2000. "Contacts to the health care system prior to suicide: a comprehensive analysis using registers for general and psychiatric hospital admissions, contacts to general practitioners and practising specialists and drug prescriptions and practising specialists". *Acta Psychiatrica Scandinavica* 102 (2): 126-134. doi: 10.1034/j.1600-0447.2000.102002126.x
- Ansuátegui, Javier. 2005. "Eutanasia y autonomía individual". *II diritto a la Infelicitá. Pluralismo dei Valori ed Autonomía Individúale. Cantanzaro* 1: 145-171. Acceso el 10 de diciembre de 2020. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9222/eutanasia_ansuategui_2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Bamgbose, Oluyemisi. 2004. "Euthanasia: another face of murder". *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 48: 111-121. doi: 10.1177/0306624X03256662
- Calvo, Manuel, y Picono, Teresa. 2013. *La investigación empírica en el ámbito de la sociología jurídica. Catalunya: Universitat Oberta de Catalunya*. Acceso el 20 de Noviembre 2020. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina36375.pdf>
- Chochinov, Harvey Max y Wilson, Keith. 1995. "The euthanasia debate: attitudes, practices and psychiatric considerations". *The Canadian Journal of Psychiatry* 40 (10): 593-602. doi: 10.1177/070674379504001005
- Del Olmo, Bernabé, y Ramos Sergio. 2018. "La gestión de la propia vida y los trastornos mentales". *Folia Humanística* 8: 42-60. doi: 10.30860/0036
- Hoxhaj, Oljana, y Hoxhaj, Suela. 2014. "Euthanasia-The Choice between the Right to Life and Human Dignity". *Academic Journal of Interdisciplinary Studies* 3 (6): 279-299. Acceso el 10 de diciembre de 2020. <http://www.richtmann.org/journal/index.php/ajis/article/view/4867>.
- Horsfall, Sara, Alcocer, Cristian, Duncan, Temple y Polk, Jonathan. 2001. "Views of euthanasia from an east Texas university". *The Social Science Journal* 38 (4): 617-627. doi: 10.1016/S0362-3319(01)00157-4
- Kottow, Miguel. 2015. "Eutanasia: cuestión de vida o muerte". *Revista Chilena de Salud Pública* 19 (1): 5-6. doi: 10.5354/0719-5281.2015.36332
- Leenen, H. 1987. "Euthanasia, assistance to suicide and the law: developments in the Netherlands". *Health Policy* 8 (2): 197-206. doi: 10.1016/0168-8510(87)90062-5
- López, Eduardo. 2003. "Eutanasia y autonomía". *Humanitas, Humanidades Médicas* 1 (1): 79-86. Acceso el 20 de diciembre de 2020. <https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/07/eutansiayautonomia.pdf>
- Maritan, Grisel. 2016. "El derecho a la vida como derecho fundamental en el marco constitucional ecuatoriano. Especial referencia al aborto, la eutanasia y la pena de muerte". *Revista Jurídica Piélagus* (15): 71-85. doi: 10.25054/16576799.1287
- Materstvedt, Lars, Clark, David, Ellershaw, John, Førde, Reidun, Gravgard, Anne-Marie, Müller-Busch, Christof, Porta i Sales, Josep, y Rapin, Charles. 2003. "Euthanasia and physician-assisted suicide: a view from an EAPC Ethics Task Force". *Palliative Medicine* 17 (2): 97-101. doi: 10.1191/0269216303pm673oa

- Montero, Etienne. 2009. "La dimensión sociopolítica de la eutanasia". ESTUDIOS (20) 1: 133-140.
- Peña, Lorenzo, y Ausín, F. José, 1998. "Derecho a la Vida y Eutanasia: ¿ Acortar la vida o acortar la muerte?". Anuario de filosofía del derecho (15): 13-30. Acceso el 19 de diciembre de 2020. <https://docplayer.es/8967511-Derecho-a-la-vida-y-eutanasia-acortar-la-vida-o-acortar-la-muerte-f-jose-ausin-lorenzo-pena.html>
- Ríos, Shirley y Cabrera, Edinson. 2020. "Impacto y consecuencias jurídicas del reconocimiento de la Corte Constitucional al derecho a morir dignamente mediante la eutanasia debido al vacío normativo que existe por la renuencia del Congreso de la República para legislar en esa materia". Tesis de grado. Universidad Cooperativa de Colombia. https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/17059/1/2020_legislacion_congreso_eutanasia.pdf
- Ripollés, José Luis. 1995. "Eutanasia y derecho". Anuario de filosofía del derecho 12: 83-114. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142328.pdf>
- Rivera, Eduardo. 2003. "Eutanasia y autonomía". Humanitas, Humanidades médicas 1 (1): 93-100. Acceso el 7 de enero de 2021. <https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/07/eutanasiayautonomia.pdf>
- Sánchez, C. de Miguel, y López Romero A., 2006. "Eutanasia y suicidio asistido: conceptos generales, situación legal en Europa, Oregon y Australia". Medicina paliativa 13 (4): 207-215. Acceso el 22 de diciembre de 2020. <https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/04/eutanasia-y-suicidio-asistido-conceptos-generales-y-situacion-legal.pdf>
- Serrano Ruiz Calderón, José Miguel. 2013. "Sobre la injusticia de la eutanasia. El uso de la compasión como máscara moral. Referencia a nuevos documentos bioéticos europeos". Persona y bioética 17 (2): 168-186. Acceso el 19 de diciembre de 2020. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-31222013000200003
- Shala, Irene y Gusha, Kilda. 2016. "The debate over Euthanasia and human rights". European Scientific Journal 12 (8). doi: 10.19044/esj.2016.v12n8p73
- Van der Meer, C. 1988. "Euthanasia: a definition and ethical conditions". Journal of palliative care 4 (1-2): 103-106. doi: 10.1177/0825859788004001-232
- Vodiga, Bruce. 1974. "Euthanasia and the Right to Die-Moral, Ethical and Legal Perspectives". Chi.-Kent L. Rev. 51 (1). Acceso el 20 de noviembre de 2020. <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2184&context=cklawreview&httpsredir=1&referer=>
- Van Den Akker, Britt, Janssens, Rien, y Ten Have, Henk. 1997. "Euthanasia and international human rights law: prolegomena for an international debate". Medicine, Science and the Law 37 (4): 289-295. doi: 10.1177/002580249703700403
- Zúñiga Fajuri, Alejandra. 2008. "Derechos del paciente y eutanasia en Chile". Revista de derecho 21 (2): 111-130. doi: 10.4067/S0718-09502008000200005

Normativa

CEM. Ver Código de Ética Médico. Código de Ética Médico. 1992. Ecuador: Ministerio de Salud Pública.

CRE. Ver Constitución de la República del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. 2008. Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente.

DUDH. Ver Declaración Universal de los Derechos Humanos. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948. Francia: Asamblea General de las Naciones Unidas.

LA ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA MEDIANTE LA ENAJENACIÓN DE LA CUOTA HEREDITARIA

THE TACIT ACCEPTANCE OF THE INHERITANCE THROUGH THE SALE OF THE HEREDITARY FEE

A ACEITAÇÃO TÁCITA DA HERANÇA POR MEIO DA ALIENAÇÃO DA COTA HEREDITÁRIA

*Johanna Ponce Alburquerque**

Recibido: 29/03/2021

Aprobado: 08/07/2021

Resumen

La aceptación de la herencia es un acto jurídico que produce efectos jurídico-patrimoniales para quien ha de suceder, o no, al causante. Desde este punto de vista, la sucesión *mortis causa* es una forma de gestionar la herencia del causante, antes que un modo de adquirir la propiedad. De allí que una cosa es el derecho a heredar y otra el convertirse en heredero. Todo dependerá de la expresión de la voluntad de la persona llamada a suceder, y dicha manifestación de la voluntad puede ser afirmativa (aceptación expresa o tácita) o negativa (repudiación). El presente estudio examina, de manera general, los supuestos en los que el sucesor actúa como heredero sin manifestar su voluntad expresa de serlo y, de manera particular, la aceptación tácita de la herencia mediante la cesión de la cuota hereditaria antes de la partición y otros supuestos contemplados en el artículo 1000 del Código Civil español. El análisis se lo realiza a la luz de la jurisprudencia y de la doctrina española, con la finalidad de determinar las consecuencias jurídicas que implican esta forma de aceptación.

Palabras clave: Aceptación; Venta de la cuota hereditaria; Herencia; Sucesión; Aceptación Tácita; Renuncia a la herencia

Abstract

The acceptance of inheritance is a legal act that produces legal-patrimonial effects, for the one who must or not succeed the deceased. From this point of view, succession

mortis causa is a way of managing the inheritance of the deceased, rather than a way of acquiring property. Hence, one thing is the right to inherit and another to become an heir; it will depend on the expression of the will of the person called to succeed he or she who died, and this manifestation of the will may be affirmative (express or tacit acceptance) or negative (repudiation). This study examines, in a general way, the cases in which the successor acts as heir, without manifesting his express will to be heir, and in a particular way, the tacit acceptance of the inheritance through the sale of the hereditary quota, before the partition and other assumptions contemplated in article 1000 of the Spanish Civil Code. The analysis is carried out in the light of Spanish jurisprudence and doctrine, to determine the legal consequences that this form of acceptance implies.

Key words: Acceptance; Sale of the hereditary quota; Inheritance; Succession; Tacit Acceptance; Waiver of inheritance

Resumo

A aceitação da herança é um ato jurídico que produz efeitos patrimoniais para quem está na linha sucessória, ou não, do causante. Desde este ponto de vista, a sucessão *causa mortis* é uma forma de gerir a herança do causante, antes que um modo de adquirir a propriedade. De aí que uma coisa é o direito de herdar e outra o converter-se em herdeiro. Tudo dependerá da manifestação de vontade da

* Es PhD en Derecho Privado y Magister en Ciencias de la Familia por la Universidad Santiago de Compostela, España. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Es socia fundadora, presidenta y directora del Centro de Mediación de la Fundación de Medios Alternativos de Solución de Conflictos "Mediadores". Correo electrónico: johanna.ponce@gmail.com

pessoa chamada a suceder; e esta expressão de vontade pode ser afirmativa (aceitação expressa ou tácita) ou negativa (repúdio). O presente estudo examina, de maneira geral, as premissas em que o sucessor atua como herdeiro, sem manifestar sua vontade expressa, de ser assim, e de maneira particular, a aceitação tácita da herança por meio da cessão de cota hereditária antes da divisão e outras premissas

contempladas no art. 1000 do CC. A análise é feita a luz da jurisprudência e doutrina espanhola, com a finalidade de determinar as consequências jurídicas que acarretam esta forma de aceitação.

Palavras chave: Aceitação; Venda da cota hereditária; Herança; Sucessão; Aceitação Tácita; Renúncia à herança

INTRODUCCIÓN: SUPUESTO DE LA ACEPTACIÓN MEDIANTE LA ENAJENACIÓN DE LA CUOTA HEREDITARIA O RENUNCIA DE LA HERENCIA Y LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO

Desde un enfoque puramente jurídico, cuando se produce el fallecimiento de una persona, se abre el fenómeno sucesorio, que es un proceso jurídico, cuya finalidad es determinar quién o quiénes ocuparán el lugar del causante, con el conjunto de derechos y obligaciones que ello implica.

El proceso se inicia con la apertura de la sucesión (momento del fallecimiento del causante), fase a la que le sigue el llamado a la sucesión (*vocatio*) y el *ius delationis*, que es el derecho a aceptar o repudiar la herencia. Si bien muchas veces este último coincide simultáneamente con la *vocatio*, no siempre es así. Según explica el profesor Lasarte, es importante diferenciar ambas fases; ya que, muchas veces, la *vocatio* no coincide con la delación. Por ejemplo, en el llamado a la herencia (*vocatio*) del *naciturus*, cuya delación se produce después del nacimiento, momento en que sus representantes pueden manifestar su voluntad de aceptar la herencia, *ius delationis* (Lasarte 2019, 16-17).

En el mismo sentido, sobre las fases del fenómeno sucesorio, se ha pronunciado la Sentencia TS 375/2014, de 2 julio de 2014 [RJ 2014\4251], que se basa en la tesis establecida en el precedente de la Sentencia de 4 mayo 2005 [RJ 2005, 3970], y seguida por la fase de la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante. En ella se explica que “sigue la fase de la delación, como ofrecimiento concreto de la herencia que puede ser aceptada, que ha sido precedido –normalmente con simultaneidad– por la vocación, como llamamiento abstracto (así lo expresa la sentencia citada

de 4 mayo 2005) y, con base en aquel *ius delationis*, el heredero adquiere la herencia por medio de la aceptación (art. 991 del Código Civil) que puede ser expresa o tácita (art. 999) y esta última (art. 1000) es la que se denomina “actos de señor” (Partida 6.^a)”.

De este modo, “la aceptación cobra toda su significación (como ejercicio positivo del *ius delationis*) dentro del sistema romano” (García 2019, 222), sistema que tiene su fundamento en la voluntad, mediante la cual después de la muerte del causante, la persona que tiene derecho a suceder puede aceptar o repudiar la herencia. Así, “[...] el llamado acepta efectivamente cuando responde, expresa o tácitamente, «sí, quiero» a la implícita pregunta que conlleva la delación, y que no es otra que la de si quiere suceder. Con ese acto-respuesta, el aceptante hace manifiesta su voluntad de adherirse a todos los efectos de la sucesión” (Monje Balmaseda 2017, 63).

La forma de determinar quién y cómo ha de suceder al causante no es un tema pacífico desde las organizaciones jurídicas. En efecto, contrariamente al sistema romano que mencionamos en el párrafo anterior, el sistema germánico no requiere “la existencia de declaración de voluntad alguna para adir la herencia, de tal forma que la incidencia más destacada está en el comportamiento de renuncia o rechazo, que será precisamente el hecho objeto de mayor regulación, pues la sucesión se produce, salvo existencia de dicha renuncia, desde la muerte del causante, esto es de manera directa para los herederos por el mero hecho de la defunción” (De La Iglesia Prados 2021, 15).

No obstante, el Código Civil español, como analizaremos en profundidad, mantiene la figura de “presunción de heredero”, para algunos supuestos de aceptación tácita de la herencia. Este hecho, según algunas tesis, tiene su origen en el sistema germánico o tendría un origen mixto. Sin embargo, comparto la opinión de Eduardo de la Iglesia Prados, que destaca la importancia de “reconocer la integración esencial del régimen de la aceptación de la herencia del Código Civil en el ámbito propio del sistema romano, criterio defendido de forma mayoritaria por la doctrina y unánime por la jurisprudencia actual” (De La Iglesia Prados 2021, 38). Sin entrar en un análisis profundo sobre el origen del sistema de aceptación de la herencia en el ordenamiento jurídico español, podemos concluir su influencia romanista, que se basa en la voluntad positiva de ser heredero.

La aceptación de la herencia constituye el elemento esencial del fenómeno sucesorio, en virtud de que únicamente con la aceptación se adquiere la cualidad de heredero. Rivas M. explica que “la aceptación de la herencia en el sistema español tiene una concepción de origen romanista, en virtud de que la delación o llamamiento a la herencia a determinado sujeto, no lo convierte en heredero, ya que hace falta un acto de aceptación o en su defecto actos que permitan entender de forma inequívoca que la voluntad del sujeto es la de aceptar” (Rivas 2020, 2614). En consecuencia, solo cuando la delación (llamamiento concreto) y aceptación coinciden, hablamos de la adquisición de la herencia.

Es importante anotar que la declaración de la voluntad de aceptar o repudiar la herencia –*ius delationis*–, puede darse en un lapso bastante amplio (hasta 30 años);

pues, una vez abierta la sucesión y sin que se ejercite la delación, la herencia estaría yacente. Sin embargo, de conformidad con el art. 1005 del CC, cualquier persona que acredite interés en que el llamado a suceder acepte o repudie la herencia podrá acudir al notario para que este requiera a la persona llamada a suceder para que repudie, acepte la herencia de forma pura o simple, o a beneficio de inventario. En caso de silencio del llamado a suceder, opera la aceptación tácita pura y simple.

Pero el problema en cuestión es que la ley ha considerado que la expresión de la voluntad de ser heredero no es únicamente expresa, es decir que no siempre se manifiesta en un “sí quiero” o “sí acepto” por escrito, sino que, en algunos supuestos, el llamado a suceder realiza ciertos actos como señor y dueño de la herencia, que conllevan a una presunción legal de su aceptación tácita. También ha contemplado la ley –que es el caso que nos ocupa– en el supuesto de que el llamado a suceder ceda la cuota de la herencia o renuncie a ella, de modo que se convierte en heredero, es decir que asume la posición jurídica del causante, aunque haya dispuesto de la herencia.

En suma, cuando ocurre el fallecimiento de una persona, el o los llamados a suceder, se ven obligados, en algún momento, a tomar la decisión de asumir o no la posición jurídica del causante. El presente estudio parte del supuesto de aceptación tácita cuando el llamado a suceder enajena su cuota hereditaria antes de la partición, ya sea mediante cesión, donación, o mediante renuncia de la herencia y, en consecuencia, analiza los efectos jurídicos que producen dichos actos, en especial la responsabilidad frente a terceros por deudas del causante.

EFFECTOS JURÍDICOS DE LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA: ¿SER HEREDERO?

La aceptación de la herencia es un acto jurídico que tiene como principal efecto convertir a la persona llamada a suceder, en heredero, quien ocupa de esta manera el lugar del causante. Es decir, la aceptación es el punto donde comienza la sucesión al causante.

“[...] la adquisición de la herencia tiene lugar con la aceptación y desde la muerte del causante. El hecho de que el “con” y el “desde” puedan no estar situados en un mismo tiempo real se salva mediante la retroacción de efectos. Si se acepta la herencia, se adquiere esta y

la cualidad de heredero desde la muerte del causante. Si se repudia la herencia, se estima no adquirida esta ni la cualidad de heredero en ningún momento” (Sánchez Calero 2019, 393). Es claro entonces, que el efecto de la aceptación positiva de la herencia es la cualidad de heredero –(aunque no es un tema pacífico en la doctrina en los casos de aceptación tácita mediante la enajenación de la cuota hereditaria)–. Pero, con la finalidad de ir profundizando en el tema de la aceptación tácita, examinaremos algunas definiciones de la aceptación en términos generales.

La primera idea que tenemos en cuanto a la aceptación de la herencia es que se trata de una manifestación unilateral de la voluntad de una persona llamada a suceder (“sucesor”, “llamado”, “asignatario”). El profesor Lacruz explica que “La aceptación consiste, ya en una declaración de voluntad del sucesor, de querer ser heredero, ya en la realización, por este, de actos a los cuales la ley atribuye la consecuencia de ser heredero” (Lacruz 2014, 67).

Entre los autores que consideran la aceptación como una declaración de la voluntad está Óscar Monje Balmaseda, quien añade que se trata de una declaración de la voluntad sin solemnidades, en tanto que la ley acepta varias formas de manifestarla, escrita en documento público o privado (cartas, mails, etc.) o mediante hechos que dejan ver la voluntad de aceptar. Explica que “cuando no habiendo declaración de voluntad expresa de adir la herencia se valoran los actos del llamado, reveladores de su voluntad de aceptar o que se ejecutan arrogándose la cualidad de heredero. Con la primera forma, es obvio que nos encontramos en presencia de una aceptación expresa; en cambio con la segunda nos hallamos frente a los supuestos de aceptación tácita” (Monje Balmaseda 2017, 72).

Otros autores, como Rivas Martínez, Sanmartín Escriche, Lacalle Serer y Aparicio Urtasun, consideran que la aceptación de la herencia es un negocio jurídico (Rivas 2020, 2016). Sanmartín Escriche *et al* sostienen que la aceptación de la herencia es un negocio jurídico, con características particulares tales como: “voluntario y libre, incondicionado e indivisible, irrevocable, transmisible y retroactivo, a partir del cual aquel que sea emplazado a una herencia manifiesta su voluntad

de ser heredero”. En cuanto a los efectos jurídicos destaca que un derecho a heredar se transforma en derecho hereditario (Sanmartín Escriche, Lacalle Serer y Aparicio Urtasun 2008, 382).

A mi modo de ver, la aceptación de la herencia no puede ser considerada como un negocio jurídico, en virtud de que, a pesar de ser un acto voluntario, no todos los efectos jurídicos dependen de la voluntad unilateral del sucesor, puesto que la ley establece que ciertos comportamientos llevan implícitos esta voluntad, y de esta manera reúne los requisitos de acto jurídico.

En esta línea argumental, el profesor Lasarte considera que, “en el caso de la aceptación tácita, no hay ciertamente poder de autorregulación por los particulares (como ocurre en los negocios jurídicos), sino efectos jurídicos que la ley anuda a la observancia de comportamientos humanos voluntarios” (Lasarte 2019 b, 88).

Entre los autores que apoyan la tesis de la aceptación de la herencia como acto jurídico está Moreno Quesada, quien considera que la aceptación y la repudiación son “actos jurídicos consistentes en manifestaciones de voluntad, declarada con tal fin o puesta de manifiesto a través de actos a los que se atribuye tal virtualidad, e implican la decisión de asumir, o de no asumir, la posición de heredero a la que ha sido llamado el que realiza tal manifestación o actos” (Moreno Quesada 2019, 427).

En suma, considero a la aceptación de la herencia como un acto jurídico inter vivos, voluntario, unilateral, transmisible, retroactivo, indivisible e irrevocable, mediante el cual el sucesor acepta o repudia ocupar la titularidad activa y pasiva del causante.

Una vez aclarado los principales lineamientos de la aceptación de la herencia, conviene responder la pregunta ¿por qué ser heredero? o ¿por qué no serlo? La respuesta radica en una cuestión de utilidad. Como habíamos apuntado, el heredero sustituye al causante en todos sus derechos, bienes y obligaciones, y si bien existe el beneficio de inventario, al aceptar la herencia se obliga a responder por todos los actos y obligaciones del causante, todo dentro de la incertidumbre

sobre las obligaciones del causante, dado que es casi imposible saber cada acto o negocio jurídico que realizó en vida.

Lo anotado se puede evidenciar en un caso reciente tratado por el Tribunal Supremo Sentencia TS 142/2021, de 15 marzo de 2021 [RJ 2021\1186], que trata sobre la nulidad de la aceptación tácita del heredero por error en el consentimiento, pues el heredero desconocía que la causante mantenía una deuda superior al activo que creyó heredar, de modo que, al operar la fusión de patrimonios (responsabilidad *ultra vires hereditates*), debía pagar de su propio patrimonio a las acreedoras 270.812,73 euros; pesar de que la

aceptación tácita permite el beneficio de inventario, derecho al que no se acogió el heredero en el tiempo debido. Llama la atención el razonamiento de la Sala, en razón de que admitió la nulidad por error de vicio del consentimiento de dicha aceptación tácita, al considerar que, “de haber conocido esa modificación sustancial del caudal, y que debería responder con sus propios bienes de la deuda, el Sr. Leovigildo no hubiera aceptado la herencia de la Sra. Rosario”. Creo que el Alto Tribunal tuvo que haber considerado que el heredero pudo haber aceptado la herencia con beneficio de inventario y que si no lo hizo fue una omisión negligente; además, el fallo de la sala es contrario al principio *semel heres semper heres*.

FORMAS DE LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

Siguiendo la doctrina clásica de Lacruz, la aceptación de la herencia puede clasificarse en cuatro formas: a) aceptación expresa, b) aceptación tácita, c) aceptación *ex lege*, d) aceptación por cesión del *ius delationis* (Lacruz 2014, 70).

Hemos alterado el orden, ya que nuestro estudio se ocupará principalmente de la aceptación tácita por cesión del *ius delationis*, cuestión que dejaremos al final. Revisaremos a continuación brevemente esta clasificación, y haremos énfasis en la aceptación tácita.

1. Aceptación expresa

Según el Código Civil (art. 999), la aceptación puede ser expresa o tácita. La aceptación expresa “es la que se hace en documento público o privado”. En consecuencia, tal como explican Lasarte y Rivas, el Código rechaza o imposibilita que la aceptación se realice de forma verbal; y, por el contrario, establece que esta sea escrita (Lasarte 2019, 276; Rivas 2020, 2620).

En cuanto a la aceptación expresa en documento privado, sí deberá escribirse, pero la ley no establece más formalidades o solemnidades, como tampoco especifica si el documento deberá tener, como única finalidad, la de expresar la voluntad de aceptar la herencia.

Según el profesor Lasarte, “[...] ha de admitirse cualquier manifestación escrita que comprenda la inequívoca voluntad de aceptación. No se requiere, por lo tanto, un documento independiente, sino solo que la voluntad de aceptar se haya expresado por escrito. En consecuencia, la jurisprudencia ha defendido la existencia de la aceptación expresa basándose en el cruce de cartas entre el heredero y los legatarios o de la solicitud de liquidación y de pago del impuesto de sucesiones acompañada por otros documentos” (Lasarte 2019, 276).

No obstante, considero que, en los documentos privados, debe constar de forma expresa la voluntad de aceptar la herencia y no cualesquier otra, pues no todas las conversaciones sobre la herencia llegan a considerarse aceptación tácita; mucho menos expresa. Comparto la tesis de Monje Balmaseda, que argumenta que “solo cuando el documento contiene una declaración de voluntad de aceptar la herencia, estamos en presencia de una aceptación expresa. No lo sería cualquier otra declaración contenida en documentos pero que no manifieste una finalidad de aceptar” (Monje Balmaseda 2017, 72).

Sobre las ventajas de la aceptación expresa frente a la tácita, considero que, en lo principal, la aceptación expresa puede hacerse con el beneficio de inventario y

no dejar lugar a duda de que se aceptó de forma pura y simple, como ocurre en la aceptación tácita, cuyos plazos para aceptar con beneficio de inventario son confusos, debido a que se retrotraen al momento del acto de aceptación tácita.

2. Análisis legal y jurisprudencial del concepto y naturaleza jurídica de la aceptación tácita

El inciso 3.º del art. 999 del Código Civil determina que la aceptación tácita “es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero”. En tal sentido, la doctrina y la jurisprudencia admiten dicha manifestación de la voluntad determinada por la ley.

En sentido amplio, la aceptación tácita consiste en la realización de ciertos actos positivos o conductas realizadas por el sucesor, que revelan o muestran su voluntad de aceptar la herencia o de ejercer la cualidad de heredero. De lo dicho podemos determinar ciertas características de la aceptación tácita, que explicamos a continuación:

- a) Que los actos o conductas sean realizados por el sucesor o asignatario.– Al encontrarse la herencia yacente, susceptible de ser aceptada o repudiada, el primer elemento es que quien realice estos actos sea la persona legitimada para hacerlo, es decir la persona que se ha llamado a la sucesión y en consecuencia el titular del derecho a heredar.
- b) Que el sucesor realice determinados actos, conductas o comportamientos.– Se trata, por un lado, de que dichos actos sean de carácter plenamente voluntarios y no actos que deba cumplir por mandato de la ley; y, por otro lado, que dichos comportamientos humanos exterioricen la voluntad de querer, de un propósito que no puede ser otro que el de ejercer como heredero, es decir como dueño y señor del patrimonio del causante.
- c) Inequívocos, claros y precisos.– Finalmente, dichos actos deben ser valorables de forma clara, precisa y sin lugar a duda, en el sentido de que la voluntad del sucesor era la de ser heredero y no otra.

Todas estas características forman la voluntad positiva de aceptar la herencia y, por consiguiente, convierten al asignatario en sucesor del causante. En resumen, tal como afirma Manuel San Segundo, “solo los actos de señor implican aceptación tácita, y por tales hemos de entender los que solo puede realizar quien ostenta dicha titularidad” (San Segundo 2008, 931).

3. Naturaleza Jurídica de la aceptación tácita

La naturaleza jurídica de la aceptación tácita radica esencialmente en la voluntad del llamado a suceder de convertirse en heredero. “La necesaria voluntad del llamado favorable para asumir la posición de heredero requiere, derivado de lo anterior, la prueba de la aceptación, reiterando la jurisprudencia que, en caso contrario y no constando que se haya efectuado tal actuación voluntaria, no puede ser nadie compelido al cumplimiento de obligaciones y responsabilidades que pudiera tener el causante, al no ostentar la condición de su sucesor mortis causa como heredero, por no mediar su actuación voluntaria favorable a aceptar la herencia” (De La Iglesia Prados 2021, 41).

Como habíamos mencionado anteriormente, puede que al llamado a suceder no le interese ser heredero, por diversos motivos, una circunstancia que no impide que se pueda llevar a cabo la administración de la herencia yacente. Sin embargo, estos actos de administración tienen ciertos límites que se apartan de una mera administración o conservación y se acercan a actos dispositivos de señor y dueño, aunque la persona llamada a suceder manifieste actuar como administrador y no como heredero. Tal es el caso que se trata en la Resolución 8892 de 10 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Marbella n.º 2 a inscribir una escritura de elevación a público del contrato privado y subrogación de contrato. El recurrente, único llamado a la sucesión, sostenía que dichos actos, en especial el de subrogación de los derechos de la causante, eran de administración y que no implicaban una aceptación tácita de la herencia, razón por la cual, la registradora se negó a inscribirlos. La DGSJFP resuelve que la subrogación de una sociedad en la posición de arrendatario y titular del derecho de

opción de compra de la causante que se formalice en escritura calificada dos años después del óbito implica la aceptación tácita de la herencia, pues son actos que únicamente se pueden ejecutar al asumir la calidad de heredero.

El fundamento de la aceptación tácita radica precisamente en que los actos de disposición sobre el patrimonio hereditario tienen la consecuencia de asumir no únicamente los beneficios, sino de afrontar y responder por las obligaciones y cargas del causante. En tal sentido, no se puede administrar ni obtener un beneficio de dicha administración y no responder por las cargas de la herencia.

La jurisprudencia contiene numerosos casos en los que se ha determinado la aceptación tácita de la herencia o la no aceptación. Pero, en todos ellos el denominador común es que el sucesor actúe como heredero, dentro de un contexto en el que se pueda concluir inequívocamente la voluntad de aceptar de forma positiva la herencia. No obstante, la ley ha contemplado algunos supuestos de dicha aceptación, como también los casos de no aceptación, como examinamos en este apartado.

Si bien los “actos de señor” corresponden más bien a la esencia de la aceptación tácita de la herencia y no a una categoría específica de esta, es generalmente la Administración de Justicia la que lleva a cabo una tarea valorativa de los hechos que implican dicha aceptación tácita. De esta manera, existen en la jurisprudencia una serie de actos que se han ido recopilando como actos o conductas que implican la aceptación tácita¹.

Una de las sentencias que mejor ha expuesto el tema de la aceptación tácita de la herencia es la ST 3/1998,

de 20 enero [RJ 1998\57]. En ella se “acepta tácitamente el que realiza actos de señor; o lo que es lo mismo, y conviene destacarlo, la realización de actos concluyentes de los que se deriva la voluntad inequívoca de aceptar, en el sentido de que revelan la intención de hacer la herencia como propia [...] es decir, de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia, mirándola como tal y no con la intención de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para decidirse después de aceptar”.

Otras sentencias se hacen eco del referido fallo, precisamente por la claridad expositiva. En el AP Auto de 30 abril 2002 [JUR 2003\46854] se expresa que:

[...] en la doctrina en torno a la aceptación tácita de la herencia, nada mejor que reproducir la parte que nos interesa de la STS de 20-1-1998 (RJ 1998, 57) dice así: “Tercero. La aceptación tácita la define el art. 999.3 CC (LEG 1889, 27): la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero”; lo cual expresa la idea que ya recogían Las Partidas (Sexta, 6,11) de que acepta tácitamente el que realiza “actos de señor”; o lo que es lo mismo, y conviene destacarlo, la realización de actos concluyentes de los que se deriva la voluntad inequívoca de aceptar, en el sentido de que revelan la intención de hacer la herencia como propia.

En la misma línea argumental, la Sentencia ST 637/2000, de 27 junio [RJ 2000\5909], analiza un caso en el que se concluye que no se ha aceptado la herencia en forma expresa, ni tácitamente, y se trae a colación que: “El art. 999, párrafo tercero, del Código Civil razona que la aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de

1 Veamos otras sentencias han contemplado supuestos concretos de aceptación tácita. La de 10-XI-1981, la disolución de una sociedad, con asistencia a la Junta General de todos los accionistas. La de 15-VI-1982, el cobro de créditos hereditarios. La de 20-XI-1991, instar ante servicios oficiales la calificación de ganancial de la finca discutida. La de 24-XI-1992, con una impugnación de la validez del testamento de la causante, en el que excluía al demandante de la herencia. La de 12-VI-1996, la dirección del negocio que había sido de el causante. La de 10-X-1996, la aceptación expresa de una herencia en la que, por el *ius transmissionis*, se contiene la aceptada tácitamente. Sentencias más antiguas también aplicaron el concepto de aceptación tácita a casos concretos: ostentar ante la Administración el título de heredero (sentencia de 18-VI-1900), venta de bienes hereditarios (sentencia de 6-VI-1920), otorgamiento de escritura de apoderamiento (sentencia de 23-IV-1928), interponer reclamaciones o demanda (sentencias de 7-I-1942 y 13-III-1952), hacer gestiones sobre bienes hereditarios (sentencia de 23-V-1955), pago con bienes hereditarios de una deuda de la herencia (sentencia de 16-VI-1961), ejercicio de acciones relativas a los bienes relictos (sentencia de 14-III-1978). TS (Sala de lo Civil), sentencia n.º 3/1998 de 20 enero. RJ 1998\57 “Frente a la objeción de la parte contraria de que el título sucesorio es incompleto porque no se ha aportado la escritura de aceptación de la herencia; aquí debe tenerse en cuenta que la promoción de la sucesión procesal supone aceptación tácita, en los términos del art. 999 CC”. TS Auto de 15-I-2019. [JUR 2019\26248].

aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero”. Y luego analiza el origen romanista de la citada disposición legal:

(Instituta, libro 2º, Título XIX, párrafo 7, «de heredum qualitate et differentia», con arreglo al que «obrar como heredero es obrar como dueño, porque los antiguos decían herederos significando dueños»), y de las Partidas (la ley 11, Título VI, Partida Sexta, sobre «en qué manera debe el heredero tomar la heredad», se refiere a que «se puede fazer por fecho: maguer non lo diga paladinamente», y se hace hincapié en la necesidad de la intención de ser heredero), y ha sido objeto de una profusa jurisprudencia [...]

Finalmente, la Sentencia ratifica la unanimidad por la doctrina recogida:

[...] en las Sentencias de esta Sala y Resoluciones citadas, al ser unánime en exigir actos claros y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia. Ha de tratarse de hechos que no tengan otra explicación, pues lo que importa es la significación del acto, en cuanto indica la intención de hacer propia la herencia y no de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para después aceptar. Son especialmente diáfanas en tal sentido las Sentencias de 15 junio 1982 (RJ 1982, 3426), 24 noviembre 1992 y 12 julio 1996.

En conclusión, con los elementos expuestos y la abundante jurisprudencia que existe al respecto, considero que es posible –casi sin lugar a error– determinar los casos concretos en los que ha ocurrido una aceptación tácita y, en consecuencia, los efectos que se derivan de dicho acto jurídico.

4. Casos de no aceptación de la herencia

El Código Civil se ha ocupado de establecer casos en los que no se debe entender aceptación tácita de la herencia. Así, de conformidad con el inciso final del art. 999 del Código Civil, “los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero”.

La jurisprudencia se ha pronunciado respecto al tema al establecer precedentes que permitan diferenciar la aceptación tácita de la mera conservación o administración provisional de la herencia. Un caso es la Sentencia ST 632/1996, de 12 de julio de 1996 [RJ 1996\5887], que analiza el caso de un sucesor, quien, antes y en el momento de la muerte de su padre, fungía como gerente y apoderado de una de sus compañías. Evidentemente, dicho cargo abarca funciones administrativas legales que deben ser continuadas, pero el sucesor fue más allá de dichas funciones. Por ejemplo, en el comunicado a los otros sucesores de la muerte de su padre, expresó su intención personal de no seguir con la explotación del negocio y la extinción de las respectivas relaciones laborales, como efectivamente ocurrió a los pocos meses, sin que se haya dado las cuentas del patrimonio de la compañía. En el citado caso, el Alto Tribunal juzgó que tales actos “de indudable significación patrimonial y carácter definitivo, encajan indiscutiblemente entre los que esta Sala, en sentencias, entre otras, de 13 de Marzo de 1.952, 23 de Mayo de 1.955, 16 de Junio de 1.961, 14 de Marzo de 1.978 y 15 de Junio de 1.982, considera como propios de aceptación tácita de la herencia”.

La jurisprudencia se ha pronunciado también sobre actos que constituyen deberes jurídicos y no plenamente voluntarios, como el caso del pago del impuesto a la herencia. La Sentencia ST 3/1998, de 20 enero [RJ 1998\57] versa sobre una supuesta nulidad de la repudiación de la herencia de un sucesor y, en ella, se argumenta que este había previamente aceptado la herencia de forma tácita, por haber pagado el impuesto a la herencia y la liquidación de la herencia. Por lo tanto, pedía al Tribunal, declare la nulidad de la repudiación.

El Tribunal Supremo responde de forma clara al reafirmar la actual doctrina científica y en apego a la doctrina jurisprudencial que sostiene que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio no significa aceptación tácita de la herencia si no va acompañada de otros actos decisivos, de verdaderos “actos de señor”. Prosigue la sentencia en el sentido de que el pago del impuesto “puede ser un argumento adicional para estimar la presencia de una aceptación tácita, pero no por sí sola. El pago del impuesto es un deber jurídico que impone una ley fiscal y no puede

entenderse que sea un acto libre, sino, por definición, un acto debido”.

Carreras Manero, en esta misma línea, razona que, “la presentación de la declaración [de] autoliquidación y el consiguiente pago el ISD no suponen, a nuestro modo de ver, actos que impliquen, per se, la aceptación de la herencia, dado que el abono del referido impuesto obedece una imposición legal. En ese sentido puede afirmarse, sin lugar a duda, que el pago de este no constituye un acto voluntario y libre –requisitos de la aceptación de la herencia, en virtud de lo establecido en el art. 988– sino que es un acto debido” (Carreras Manero 2011, 102).

Otro de los supuestos de no aceptación de la herencia es el previsto en la disposición última del art. 1001, 3º, del CC, que prevé la posibilidad de que el sucesor renuncie a la herencia, de forma gratuita, en favor de todos sus coherederos, a quienes debe acrecer la porción renunciada. En tal caso, el renunciante no adquiere la cualidad de heredero.

Finalmente, puede ocurrir que el sucesor no sea llamado o requerido a la aceptación y que opte por no pronunciarse. En tal caso, la jurisprudencia ha determinado que el silencio no constituye aceptación, pero tampoco una repudiación de la herencia y, en tal sentido, el derecho a heredar se mantiene mientras no prescriba la acción.

La sentencia ST 259/2019, de 10 de mayo de 2019, ha analizado el caso de una supuesta aceptación tácita de la herencia, por el hecho de una comunicación enviada al albacea de la herencia del padre biológico de un menor de edad, cuya tutela correspondía al Servicio de Atención a la Infancia del Gobierno de Cantabria. La Administración solicitó, en dicha comunicación, que “se hiciera valer los derechos del menor como heredero para que se le tuviera en cuenta en la partición, que la condición de heredero le fuera reconocida por el letrado del albacea, que la administración tributaria tuviera al menor como heredero del causante y que en un proyecto de partición se tuviera al menor como heredero en las mismas condiciones que los demás”. Tras este hecho, se procedió a la adopción del menor de

edad, a quien los otros coherederos de su padre no habían tomado en cuenta en la partición de la herencia; porque sostenían que los representantes legales del menor no aceptaron ni repudiaron la herencia antes de ser adoptado y, a partir del momento de la adopción, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 178 CC, perdió ese derecho, de modo que, cuando se realizó la partición, carecía de derecho sucesorio. En suma, el argumento de los coherederos es que dicho silencio de quienes ejercían la tutela del menor, sumado a la posterior adopción, ocasionaron la pérdida del derecho hereditario. Los juzgados de primera y segunda instancia consideraron que las comunicaciones de la Administración con el albacea constituían una aceptación tácita de la herencia y, en consecuencia, el menor de edad se había constituido como heredero.

Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró “que las comunicaciones realizadas para conocer la situación de la herencia y que no se prescindiera del menor son actos que, en sí mismos, no implican la existencia de aceptación, ya que estas eran gestiones encaminadas a ponerse en situación de poder aceptar o repudiar, conocer si existía testamento, adquirir la certeza de los derechos del menor y estar informado de si se habían adoptado medidas de administración respecto del patrimonio hereditario que pudiera existir”. No obstante, el Alto Tribunal realizó un importante razonamiento del caso y, así, determinó que:

Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 CC) y es en ese momento cuando el llamado debe cumplir los requisitos para recibir la vocación a la herencia. En el caso, dado que la paternidad de D. Felipe quedó determinada mediante sentencia firme, es la relación de filiación la que da origen tanto a la vocación como a la delación a favor de Avelino en la herencia de su padre. Avelino –preterido en el testamento otorgado antes de su nacimiento– recibió válidamente la delación en el momento en que falleció su padre biológico, pues en ese momento no se había constituido la adopción ni, por tanto, se había extinguido el vínculo jurídico con su “familia de origen” (art. 178 CC). Al no mediar una renuncia anterior, la facultad de

adquirir la herencia aceptándola formaba parte del patrimonio de Avelino cuando fue adoptado. No hay motivo alguno para decir que tal facultad se extinguió por la adopción, de modo que, a partir de ese momento, su ejercicio correspondía a los padres adoptivos, como representantes del menor.

Se destaca en esta sentencia el razonamiento de que cualquier comunicación con las palabras “soy heredero de”, o comunicaciones con la finalidad de informarse sobre cuál es la situación de la herencia –en definitiva, si es conveniente o no recibir una herencia– no constituyen aceptación tácita, pero tampoco repudiación; razón por la cual, el heredero puede expresar su voluntad en cualquier momento, mientras no prescriba su derecho.

5. Aceptación tácita *ex lege*

De manera enunciativa, debemos indicar que existe otra forma de aceptación tácita que dista del carácter

voluntario y se acerca a una especie de sanción. Se trata de ciertos actos ilícitos realizados por el asignatario, destinados a sustraer u ocultar los efectos de la herencia. En este supuesto, el art. 1002 CC sanciona estos comportamientos con la aceptación tácita pura y simple. Según explica De La Iglesia Prados, los

[...] supuestos de aceptación legal de la herencia que están motivados como una respuesta del ordenamiento jurídico frente a un comportamiento ilícito del llamado, que con su actuación se aleja de una manifestación de voluntad, en sus concretas circunstancias, conforme a los intereses en juego, por lo tanto, la imposición al llamado que así actúa tiene un carácter eminentemente sancionador, pues se le impone un castigo por tal ilícito actuar que provoca no solo la aceptación legal, sino que además esta tenga lugar de la forma más gravosa y perjudicial para su intereses patrimoniales, esto es de un modo puro y simple”. (De La Iglesia Prados 2021, 74)

ACEPTACIÓN TÁCITA MEDIANTE LA ENAJENACIÓN DE LA CUOTA HEREDITARIA O RENUNCIA DE LA HERENCIA Y LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO

El Código Civil ha determinado algunos supuestos en los que opera la aceptación tácita. Tal es el caso de la enajenación o cesión de la herencia (art. 1000, 1º, 2º y 3º), a cuyo tenor literal ha de entenderse aceptada la herencia, “cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos; cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos; cuando la renuncia por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente; pero, si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquellos a quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia”.

Se trata de uno de los actos de heredero más representativos, en virtud de que solo quien es dueño o actúa como tal, tiene la facultad de disponer. Revisaremos algunos aspectos importantes de la enajenación o

cesión de la cuota hereditaria, como un acto de aceptación tácita de la herencia. Coincidimos con Lacruz, que sostiene que la aceptación por cesión del *ius delationis* “es consecuencia de la imposibilidad del tráfico *ius adeundi* (y a la vez su comprobación). La ley no permite que quien vende o dona sus derechos hereditarios ceda el derecho a aceptar, despojándose de la cualidad de heredero: el cedente, es considerado por el hecho de ceder, aceptante de la herencia, y el cesionario adquiere los bienes a título singular, y no *ex capite defuncti*” (Lacruz 2014, 71).

El art. 1000 del CC establece tres supuestos de cesión de la cuota hereditaria, que se pueden realizar a título gratuito, oneroso o mediante renuncia. Este tipo de renuncia es una forma de enajenación de la cuota hereditaria y se diferencia de la repudiación, pues, como habíamos dicho, el renunciante adquiere la cualidad

de heredero (salvo cuando renuncia en favor de todos los coherederos de forma gratuita).

La enajenación de la herencia o cuota de la herencia se realiza en la fase de comunidad hereditaria, es decir, se realiza mientras coexisten varios derechos de los coherederos que no recaen sobre cosas o bienes concretos (no puede decirse, por ejemplo, “esta finca es mía”). Por tal motivo, los coherederos (sin el consentimiento unánime) no pueden disponer de bienes o cosas concretas de la herencia, puesto que “la herencia se encuentra indivisa (comunidad o derecho hereditarios in abstracto)” (Hernández Antolín 2001, 1040). La profesora Moretón ha explicado que “Se trata de la cesión del derecho abstracto, y no de cosas de la herencia, se justifica porque antes de la partición existe, precisamente, un derecho abstracto sobre un conjunto de derechos y obligaciones dentro de una masa global, también llamada cuotas proindiviso. Por tanto, el heredero vendedor no puede disponer de bienes concretos que aún no se le han adjudicado en la partición” (Moretón Sanz 2002, 3179)

Esta situación indivisa de la herencia tiene como consecuencia que la cesión de la cuota va cargada del conjunto de derechos y obligaciones de la herencia, debido a que no se dispone únicamente de bienes o activos de la herencia. En consecuencia, se transmiten también las cargas u obligaciones de dicha cuota. Este concepto no es pacífico en la doctrina, porque hay quienes sostienen que se transmite la cualidad de heredero y, por ende, se libera de la responsabilidad al heredero cedente, como examinamos a continuación.

El profesor Lacruz se ha pronunciado, al igual que gran parte de la jurisprudencia, en el sentido de que no se transmite la cualidad de heredero: “La cualidad de heredero es una característica personalísima y, por tanto, intransmisible en la cuota hereditaria. En el nombramiento mismo de heredero hay un claro *intuitu personae*, de modo que la propia condición de tal es personalísima del instituido: *res extra commercium* (cfr. R. 29 agosto 1925) que no puede ser objeto de cesión. (S. 9 octubre 1962)” (Lacruz 2014, 15).

La transmisión de la cualidad de heredero en la enajenación de la herencia o en la renuncia en favor de uno o todos los coherederos es un tema de suma importancia, especialmente en el caso de aceptación tácita, en razón de que se da el problema de si el adquirente puede hacer uso del beneficio de inventario o es un beneficio que corresponde únicamente al heredero cedente.

Para Lerdo De Tejada, al producirse la transferencia de la cuota hereditaria, en la fase de delación y en consecuencia con una aceptación tácita, traslada el derecho al adquirente de manifestar si acepta la herencia de forma pura y simple o con beneficio de inventario. “En nuestra opinión sigue siendo posible que en los casos en que el llamado a la herencia no haya ejercitado el *ius delationis* en el momento de realizar el negocio de la cesión de la herencia, sino que se entienda aceptada en virtud del art. 1000, 1.º, el adquirente de la herencia por título de cesión puede todavía pedir el beneficio de inventario, para evitar así la responsabilidad *ultra vires hereditates*” (Lerdo de Tejada 2008, 1949).

Lerdo de Tejada sostiene la tesis de que se transmite la cualidad de heredero y no los derechos patrimoniales, tesis que no comparto, pues considero que el heredero cedente (lo es desde el momento de la enajenación de su cuota) es la única persona que puede aceptar la herencia de forma pura y simple o con beneficio de inventario, y este derecho no es transmisible al adquirente. Además, el heredero cedente, si es que desea aceptar la herencia con beneficio de inventario, debe manifestarlo formalmente ante notario en el plazo de 30 días desde que aceptó la herencia expresa o tácitamente (art. 1005 CC); de modo que no es válido pactar el beneficio de inventario en documento privado (art. 1011 CC).

Otra forma de aceptación tácita de la herencia es el supuesto contemplado en el art. 1001, 2.º del CC, y es el caso de que el sucesor renuncia a la herencia (a título oneroso o gratuito) en beneficio de uno o más de sus coherederos, o en el caso de que realice la renuncia de forma onerosa en beneficio de todos sus coherederos indistintamente (art. 1001, 3º).

Como se desprende de los artículos citados, no se trata propiamente de una renuncia sino de una modalidad de aceptación mediante cesión de la cuota hereditaria, que puede ser gratuita u onerosa en favor de determinados coherederos, u onerosa en favor de todos los coherederos. Nótese que la diferencia con el numeral 1.º del art. 1001 radica en que el adquirente no es un tercero extraño a la sucesión sino uno de los coherederos; sin embargo, estos adquieren la cuota hereditaria de forma singular y no por acrecimiento. Tal como explica Ignacio Sánchez Cid, la renuncia pura y simple es:

[...] la “verdadera y propia repudiación de la herencia en el sentido técnico, estricto y jurídico del término [...] sin perjuicio de que se considere una forma de renuncia, mientras que estas, las traslativas, pese a que se emplee dicho término, suponen o implican, una aceptación tácita de la herencia ya que, en realidad, lo que se hace a través de la misma, es una cesión de la herencia a otra persona, por lo que no son una verdadera y propia renuncia, como tampoco, una repudiación, lo que hace que se deriven de una y otra consecuencias jurídicas muy diferentes”. (Sánchez Cid 2016, 12)

Por otro lado, y al igual que el supuesto de la enajenación de la cuota hereditaria, considero que, en el

momento en que el sucesor renuncia a su cuota hereditaria en favor de uno o todos los coherederos, se convierte en heredero mediante la aceptación tácita de la herencia. En tal sentido se trataría de heredero cedente o renunciante y no de un simple “renunciante”, como afirma Monje Balmaseda: “No se trata de una renuncia abdicativa, es decir, que pueda desentenderse de sus bienes sino de una renuncia traslativa. Además, en esta hipótesis media una contraprestación a favor del hipotético renunciante consistente en el precio que recibe. Es evidente que la enajenación que se produce es claramente incompatible con el acto de renunciar, comporta aquélla un claro ejercicio dispositivo de cesión” (Monje Balmaseda 2017, 74)

Al ser la renuncia un acto de cesión de la cuota hereditaria, considero que el heredero cedente-renunciante, al igual que el supuesto de enajenación de la cuota hereditaria, aún ostenta la cualidad de heredero, debido a que su renuncia afecta únicamente a los derechos patrimoniales de la herencia y no a la cualidad de heredero. En suma, considero a la renuncia como una forma de aceptación tácita de la herencia, mediante la cual el heredero cedente-renunciante transmite los derechos patrimoniales a uno o todos los coherederos, a título oneroso o gratuito, según sea en favor de determinados herederos o de todos indistintamente.

LA RESPONSABILIDAD *ULTRA VIRES HEREDITATES* EN LA ACEPTACIÓN TÁCITA MEDIANTE LA ENAJENACIÓN O RENUNCIA DE LA CUOTA HEREDITARIA

El tema de la aceptación tácita mediante la enajenación o cesión de la herencia es bastante amplio, pero sin duda el tema central radica en la responsabilidad por las deudas y cargas del causante, contexto que puede agravarse en perjuicio del heredero cedente o renunciante en función de si ha realizado o no la declaración de beneficio de inventario.

La aceptación, como hemos expresado reiteradas veces, produce efectos jurídicos, especialmente patrimoniales. Así, “la aceptación es una manifestación de que se admite que pase en el patrimonio del aceptante

una titularidad, activa y pasiva. Así es sabido que, una herencia se acepta o no se acepta, sin perjuicio del derecho que existe de deliberar y del beneficio de inventario” (Sanmartín Escriche, Lacalle Serer y Aparicio Urtasun 2008, 382).

En el caso de la aceptación tácita, si bien esta no requiere una voluntad expresa, en el momento de querer hacer uso del beneficio de inventario, demanda que a dicha voluntad le acompañen ciertas formalidades (la declaración de hacer uso del beneficio de inventario deberá hacerse ante notario, según el art. 1011 CC).

Además, dicha voluntad está condicionada a realizarse en determinado plazo; caso contrario, se entenderá como una aceptación tácita pura y simple.

El plazo dependerá del hecho de que el sucesor sea requerido notarialmente, de conformidad con lo previsto en el art. 1005 del CC, en virtud del cual, cualquier persona que tenga especial interés en conocer la voluntad del sucesor sobre aceptar o repudiar la herencia podrá acudir al notario para que el sucesor o heredero se pronuncie expresamente sobre su voluntad de aceptar la herencia de forma pura o simple, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. En caso de que el sucesor o heredero no concurra a dicho llamado se entenderá aceptada la herencia de forma tácita, pura y simple; en consecuencia, con responsabilidad *ultra vires hereditates*.

La Sentencia n.º 259/2019, de 10 de mayo de 2019, ha expresado que “existe un abundante número de sentencias en las que se analiza qué actos suponen aceptación tácita de la herencia, bien con la finalidad de determinar si el heredero que no ha utilizado el beneficio de inventario, pero ha realizado actos concluyentes que suponen aceptación tácita, debe responder también con sus propios bienes de todas las cargas de la herencia (art. 1003 CC)”.

La complejidad del caso se da en virtud de que el heredero ha cedido los derechos patrimoniales de la herencia a otra persona, sin perder su cualidad de heredero. El adquirente, a su vez, adquiere la cuota hereditaria con el activo y pasivo, y se convierte en el titular o representante del contenido económico de la herencia. Además, en el caso de haberse transmitido la cuota hereditaria con aceptación pura y simple, podría trasladarse la responsabilidad *ultra vires* al comprador, quien a su vez podrá repetir contra el heredero (Art. 1531, 1532, y 1533 CC).

Es importante traer a colación que, en los casos de enajenación o cesión de la cuota hereditaria previstos en el art. 1000 del CC, o si el asignatario hubiera gestionado como heredero, tendrá el plazo de 30 días (art. 1005 CC), desde el día en que realizó dicho acto, para hacer uso del beneficio de inventario. Lo afirmado se

refleja en la Sentencia TS 142/2021, de 15 marzo de 2021 [RJ 2021\1186], citada anteriormente y en la que el heredero que aceptó tácitamente la herencia pedía la nulidad de dicha aceptación por error en el consentimiento, en razón de que, pasados los plazos, no se le permitió hacer uso del beneficio de inventario. La Audiencia Provincial, a mi juicio, razona adecuadamente, si se considera lo siguiente:

i) la comparecencia del Sr. Leovigildo en su condición de heredero en el procedimiento 1541/2010, seguido en el Juzgado n.º 3 de Madrid, puede considerarse como un acto de confirmación tácita, ya que entonces tuvo conocimiento de la posible deuda, puesto que se estaba reclamando en ese procedimiento; ii) desde que se le notificó la demanda de los hermanos Melchor Mariola pudo darse cuenta de las condiciones en que se encontraba la herencia y la conveniencia de su aceptación por lo que, visto que la fecha de contestación a esa demanda fue el 5 de octubre de 2010, cuando interpone la demanda de este procedimiento ya ha pasado el plazo de cuatro años del art. 1301 CC; iii) en cualquier caso, no habría error invalidante porque, aunque el Sr. Leovigildo no conociera el documento ni la deuda, sí conocía los efectos de una aceptación pura y simple.

No obstante, como habíamos apuntado, el Tribunal Supremo revocó dicho fallo y aceptó la nulidad por error: por vicio del consentimiento.

En definitiva, mantenemos nuestra postura en el sentido de que la consecuencia jurídica de la aceptación tácita pura y simple es la responsabilidad *ultra vires hereditates* del heredero, es decir la fusión de patrimonios y, en consecuencia, el heredero tendría que responder con sus propios bienes por las deudas del causante o cargas del causante, de forma directa o mediante la acción de reembolso. Pues insistimos en que, en los supuestos de enajenación de la herencia o cesión de los derechos hereditarios, no se transmite la cualidad de heredero, sino únicamente el contenido patrimonial de la herencia, de manera que es muy importante que se tome la precaución del beneficio de inventario.

CONCLUSIONES

1. La cesión de la cuota hereditaria procede una vez aceptada la herencia de forma expresa o tácita, y consiste en la transmisión de un derecho abstracto sobre la masa global de bienes. Dicha cuota hereditaria tiene un contenido patrimonial; es decir, comprende un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que difícilmente se pueden separar en dicha fase. En definitiva, considero que no se podría ceder únicamente un activo separado del pasivo. 1.º, porque no se pueden enumerar bienes. 2.º, porque los acreedores conservan el derecho de cobro de sus créditos; ya sea contra los bienes de la herencia, solidariamente con los herederos o con uno de ellos. Además, estos aspectos cobran más relevancia en la aceptación tácita o renuncia de la herencia, pues se puede entender que quien cede o renuncia a la cuota hereditaria se desentiende de las obligaciones de todo heredero.
2. La aceptación de la herencia es un acto jurídico que tiene como principal efecto convertir en heredero a la persona llamada a suceder; la cual ocupa, de esta manera, el lugar del causante.
3. Considero a la aceptación de la herencia como un acto jurídico inter vivos que es voluntario, unilateral, transmisible, retroactivo, indivisible e irrevocable; mediante el cual, el sucesor acepta o repudia ocupar la titularidad activa y pasiva del causante.
4. En sentido amplio, la aceptación tácita consiste en la realización de ciertos actos positivos o conductas realizadas por el sucesor, que revelan o muestran su voluntad de aceptar la herencia o de ejercer la cualidad de heredero.
5. La jurisprudencia contiene numerosos casos en los que se ha determinado la aceptación tácita de la herencia o la no aceptación; pero, en todos los casos, el denominador común es que el sucesor actúe como heredero, dentro de un contexto en que se permita concluir inequívocamente la voluntad de aceptar de forma positiva la herencia.
6. Finalmente, es fundamental que el heredero que acepta tácitamente una herencia se acoja al beneficio de inventario, para evitar la responsabilidad *ultra vires hereditates*; ya que este derecho no es transmisible al adquirente de la cuota hereditaria, quien adquiere únicamente los derechos patrimoniales de la herencia y no la cualidad de heredero.

BIBLIOGRAFÍA

- Carreras Manero, Olga. 2011. *La Sucesión en el Derecho Tributario*. Navarra: Thomson Reuters.
- De la Iglesia Prados, Eduardo. 2021. *La aceptación legal de la herencia en el código civil español*. México: Tirant Lo Blanch.
- Hernández Antolín, José Manuel. 1998. *Actualidad Civil* n.º 4: 1009-1033.
- Lacruz Berdejo, José Luis. 2014. *Elementos de Derecho Civil V Sucesiones*. Madrid: Dykinson.
- Lasarte, Carlos, 2019 b. *Curso de Derecho Civil y Patrimonial*. Madrid: Tecnos.
- Lasarte, Carlos. 2019. *Derecho de Sucesiones. Tomo VII. Principios de Derecho Civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Lerdo de Tejada, Manuel Espejo. 2008. *Anuario de Derecho Civil. ADC. Tomo LXI, Fasc. IV: 1867-1971*.
- Moreno Quesada, Bernardo. 2019. «Aceptación y repudiación de la herencia». En *Curso de Derecho Civil IV, Familia y Sucesiones*, coordinado por Francisco Javier Sánchez Calero, 427-441. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Moretón Sanz, María Fernanda. 2009. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 85, n.º 716: 3174-3184.
- Monje Balmaseda, Óscar. 2017. «La aceptación de la herencia». En *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio. Cuaderno I. La sucesión mortis causa: delación y la incapacidad para suceder. Aceptación y repudiación de la herencia. Las legítimas, las reservas, comunidad hereditaria y la partición*. Dirigido por Francisco Lledó Yagüe y coordinado por Óscar Monje Balmaseda, 63-76. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- Rivas, Juan. 2020. *Derecho de Sucesiones Común. Estudios Sistemático y Jurisprudencial* Valencia: Tirant lo Blanch.
- San Segundo, Manuel. 2008. «La aceptación tácita de la herencia. Requisitos para su existencia. Actos inequívocos, claros y precisos que revelen la voluntad de aceptar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 706: 930-932.
- Sánchez Calero, Francisco Javier. 2019. «La dinámica del proceso sucesorio». En *Curso de Derecho Civil IV, Familia y Sucesiones*, coordinado por Francisco Javier Sánchez Calero, 389-395. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sánchez Cid, Ignacio. 2016. *La Repudiación de la Herencia: Comentarios y Reflexiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sanmartín Escriche, Lacalle Serer y Aparicio Urtasun. 2008. *Sucesiones y herencias*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Sentencias

- TS Auto de 15 enero 2019 [JUR 2019\26248]
- Sentencia ST 259/2019 10 de mayo de 2019
- Sentencia TS 375/2014 de 2 julio de 2014 [RJ 2014\4251]
- Sentencia ST 637/2000 de 27 junio [RJ 2000\5909]
- Sentencia ST 3/1998 de 20 enero [RJ 1998\57]
- Sentencia ST 632/1996 de 12 de julio de 1996 [RJ 1996\5887]
- Supremo Sentencia TS 142/2021 de 15 marzo de 2021 [RJ 2021\1186]
- Resolución 8892 de 10 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, BOE n.º 207, Viernes 31 de julio de 2020. Sec. III.

AMBIENTE LABORAL, DISCRIMINACIÓN Y ACOSO Análisis desde la perspectiva legal ecuatoriana

WORK ENVIRONMENT, DISCRIMINATION AND MOBBING Analysis From the Ecuadorian Legal Perspective

AMBIENTE LABORAL, DISCRIMINAÇÃO E ASSÉDIO Análise da perspectiva legal equatoriana

Juan José Bernal Brito María Emilia Vásquez Coronel** María Daniela Farfán Durán****

Recibido: 01/03/2021

Aprobado: 01/07/2021

Resumen

En el presente trabajo se examina la normativa legal vigente en el Ecuador y sus políticas públicas en torno a la discriminación con enfoque en la mujer y el acoso laboral, y se toma en cuenta que dicho marco jurídico no es acatado por la sociedad, sobre todo por las empresas. Para conseguirlo se ha realizado una revisión bibliográfica y documental en torno al tema, cuyos datos fueron analizados y sintetizados para su comprensión. Así, se ha podido identificar que Ecuador cuenta con normativa interna que promueve el ambiente laboral adecuado, y busca prevenir el acoso y discriminación, concordantes con tratados internacionales. Sin embargo, existe un vacío en su cumplimiento por parte de las entidades u organizaciones empleadoras, que vulneran los derechos de los trabajadores y marcan diferencias entre ellos, como en el caso de las oportunidades de empleo, remuneración, etc.; para las mujeres respecto a los hombres. Y todo, pese a existir tipificación de sanciones a quienes vulneren los derechos de los trabajadores.

Palabras clave: Ambiente laboral; Discriminación; Acoso; Derechos; Vulneración

Abstract

This paper examines the current legal regulations in Ecuador and its public policies regarding discrimination with a focus on women and workplace harassment, considering that this legal framework is not fulfilled by society, especially corporations. For this, a bibliographic and documentary review has been carried out on the subject; the results were analyzed and synthesized for its understanding. Thus, it has been possible to identify that Ecuador does have internal regulations that promote an adequate work environment and seek to prevent harassment and discrimination, in accordance with international treaties. However, a gap is found when corporations breach them, leading to a violation of workers' rights and mark differences between them, as in the case of employment opportunities, remuneration, etc.; between women and men. This despite the existence of penalties for those who violate the rights of workers.

Key words: Work environment; Discrimination; Mobbing; Rights; Breach

* Es licenciado en Ciencias Políticas y Sociales; abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador por la Universidad Estatal de Cuenca; magister en Investigación en Derecho con mención en Derecho Constitucional, por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Quito-Ecuador; máster en Derecho Penal Económico, por la Universidad Internacional de la Rioja; candidato a doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina. Se desempeña como docente titular a tiempo completo en la Universidad Técnica Particular de Loja. Correo electrónico: jjbernal@utpl.edu.ec

** Es licenciada en Ciencias Políticas y Sociales; abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador, por la Universidad Estatal de Cuenca; magister en Investigación en Derecho mención Derecho Constitucional, por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Quito-Ecuador; candidata a doctora en Derecho en la Universidad Católica Argentina. Se desempeña como docente titular a tiempo completo en la Universidad Técnica Particular de Loja. Correo electrónico: mevasquez22@utpl.edu.ec

*** Es abogada de los Tribunales de Justicia de la República por la Universidad Católica de Cuenca; máster en Derecho Penal Económico por la Universidad Internacional de la Rioja; candidata a doctora en Derecho por la Universidad Católica de Santa Fe, Argentina. Se desempeña como docente a tiempo completo en la Universidad Técnica Particular de Loja. Correo electrónico: mdfarfan01@utpl.edu.ec

Resumo

No presente trabalho examina-se a normativa legal vigente no Equador e suas políticas públicas em torno da discriminação com enfoque na mulher, e o assédio laboral, e se leva em consideração que este marco jurídico não é aceitado pela sociedade sobre tudo pelas empresas. Para consegui-lo se realiza uma revisão bibliográfica e documental sobre o tema, cujos dados foram analisados e sintetizados para melhor compreensão. Assim, se pôde identificar que o Equador conta com normativa interna que promove o ambiente laboral adequado, e previne o assédio e discriminação, em concordância

como os tratados internacionais. Sem embargo, o vazio se acha no cumprimento por parte das entidades e organizações empregadoras, que vulneram os direitos dos trabalhadores e marcam diferenças entre eles, como o caso das oportunidades de emprego, remuneração, etc., para mulheres em ralação aos homens. E tudo, mesmo existindo sanções tipificadas para aqueles que vulneram os direitos dos trabalhadores.

Palavras chave: Ambiente laboral; Discriminação; Assédio; Direitos; Vulneração

INTRODUCCIÓN

El ambiente laboral es objeto de gran interés en la organización de las entidades o empresas en la actualidad. Numerosos estudios demuestran que puede ser un vínculo o un obstáculo para el buen desempeño de la empresa. El clima laboral consiste en las características del ambiente de trabajo, que repercuten fuertemente en el comportamiento de los trabajadores (Brancato 2011, 6-17).

También se lo identifica como el punto medular integrado por un conjunto de fuerzas en la empresa que inciden sobre quienes trabajan en ella (Aguirre Domínguez et al 2013). Por esta razón se precisa dar mayor importancia a la prevención de riesgos laborales, y no solo de aquellos de tipo físico, sino también de los factores que pueden perturbar la tranquilidad emocional del trabajador, tales como la sobrecarga laboral, la presión que ejercen el jefe y colegas, la falta de solidaridad y apoyo por parte del jefe o del equipo de trabajo, un trato indebido, etc. (Becerra Bonza et al 2012).

Al respecto, en Ecuador, uno de los componentes para la estructuración del trabajo, entendido como una forma de relación social, son las normativas jurídicas laborales. Sin embargo, pese a contar con éstas, se han registrado sucesos que infringen los derechos del trabajador, entre los que figuran contratos laborales que no respetan la garantía constitucional de un

salario básico o la afiliación al seguro social (Quiloango Farinango, 2014), también se han evidenciado situaciones en las que no se cancelan las prestaciones, despido intempestivo, irregularidad en el cumplimiento de disposiciones por maternidad y paternidad, entre otros (Viteri Llanga y Castillo Aguilar, 2016).

Esta situación denota una falta de aplicación de normas que garantizan un ambiente laboral seguro. Como consecuencia, se genera violencia emocional, que se agudiza cuando se producen acciones discriminatorias y acoso. En este contexto, la gravedad de la discriminación en el trabajo y el acoso laboral, sea éste moral o psicológico, radica en que puede ocasionar importantes secuelas negativas a nivel profesional y social, pues el bien jurídicamente protegido es la propia dignidad del individuo (Sánchez Sarmiento 2017).

Este tipo de acoso se desarrolla contra del trabajador que no es deseado en su lugar de trabajo y consiste en un maltrato verbal o moral continuado y degradante que hace necesaria su regulación. Se trata de hechos voluntarios cometidos por un agresor de manera consciente en el contexto de una relación interpersonal que, al ser asimétrica, no solo influye de manera directa sobre la conducta del sujeto, sino que también le provoca daños psicológicos que pueden manifestarse en su entorno laboral y social; y suelen tener como

finalidad separar al individuo acosado de la empresa (Sánchez Sarmiento 2017). Para Aveiga Macay y Ponce Figueroa, un ejemplo común de acoso laboral es aquel que se comete en contra de una mujer aprovechando la relación de poder que ejerce su superior; un escenario que, además, genera discriminación y

desigualdades de género (2019). Por estos motivos, se ha planteado el análisis de la falta de aplicación de las normas nacionales e internacionales que garantizan el derecho a una vida libre de aquella violencia contra las mujeres, que genera prácticas de acoso en los espacios laborales.

AMBIENTE LABORAL Y LEGISLACIÓN

En el Ecuador, diversos cuerpos legales regulan los asuntos concernientes al ambiente laboral, no sólo por considerar que es un derecho del trabajador el desenvolverse en un entorno favorable, sino como garantía de que su dignidad será respetada. Este principio implica la prevención de aquellos riesgos laborales y psicosociales cuya responsabilidad recae sobre el empleador quien, consecuentemente, puede ser sujeto de sanciones legales.

Entre los cuerpos legales aludidos, se encuentra la Decisión del Acuerdo de Cartagena 584, que emite el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo y manifiesta, en su artículo 32, que: “Todos los trabajadores tienen derecho a desarrollar sus labores en un ambiente de trabajo adecuado y propicio para el pleno ejercicio de sus facultades físicas y mentales, que garanticen su salud, seguridad y bienestar. Los derechos de consulta, participación, formación, vigilancia y control de la salud en materia de prevención, forman parte del derecho de los trabajadores a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo” (Art. 32).

Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador (CRE 2008) establece que: “la salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir” (Art. 18).

Así también, en su artículo 33 señala que: “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas

trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado” (Art. 33). Finalmente, en el artículo 326 numeral 5 establece: “Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar” (Art. 326).

Se comprende entonces que el trabajo es un derecho de todo ecuatoriano, el cual le permitirá producir un rubro económico que no solo le represente un sustento diario sino también, de ser el caso, a su familia; además de ser su fuente de realización personal y un deber social. Esta exigencia legal debe concordar con un ambiente que incluya condiciones laborales adecuadas y sanas, que permitan desarrollar las capacidades y aptitudes de los trabajadores.

En este contexto y a partir de que el Estado, como garantista de los derechos, tiene la obligación de proteger la dignidad humana a través del derecho a trabajar “en un ambiente equilibrado, libre de violencia, cuyo fin sea el desarrollo integral, físico, emocional y psicológico del empleado en su lugar de trabajo” (Luna Vargas 2018), se emitió una de las primeras normas reguladoras de los riesgos psicosociales del trabajo en el año 2014, cuando el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social suscribió un acuerdo con el Ministerio de Relaciones Laborales. Dicho acuerdo expresa, en su primer artículo, que:

con el objetivo de instaurar un sistema de gestión para los riesgos laborales de alcance nacional y que sea de cumplimiento obligatorio. Todo empleador, de los sectores público y privado, para efecto de

la gestión de la prevención, identificación, medición, evaluación y control de los riesgos del trabajo, implementará de forma obligatoria el Sistema Nacional de Gestión de Prevención de Riesgos Laborales que será auditado por el Ministerio de Relaciones Laborales. (Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Ministerio de Relaciones Laborales, 2014)

En el año 2016 se emitió el Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo, que establece claramente los factores que se encuentran en la conceptualización de riesgos del trabajo: “Se consideran factores de riesgos específicos que entrañan el riesgo de enfermedad profesional u ocupacional y que ocasionan efectos a los asegurados, los siguientes: químico, físico, biológico, ergonómico y psicosocial” (Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo, Art. 12).

En cuanto al Código de Trabajo (CT, 2017), si bien es cierto que no regula ni nombra de manera directa los riesgos psicosociales, de su revisión se evidencia que establece lo siguiente: “Obligaciones respecto de la prevención de riesgos. Los empleadores están obligados a asegurar a sus trabajadores condiciones de trabajo que no presenten peligro para su salud o su vida” (CT, Art. 410).

Ahora, analicemos esta disposición en concordancia con los artículos 32, 33 y 326 de la Constitución, con el artículo 32 de la Decisión del Acuerdo de Cartagena, el Convenio para implementación del nuevo sistema de prevención de riesgos y el artículo 12 del Reglamento del Seguro General de Riesgos de Trabajo.

Se puede observar que, no obstante, en el artículo 410 del Código de Trabajo “no se especifica qué es lo que tiene que prevenir el empleador para asegurar a sus trabajadores las condiciones que menciona, esto incluye, definitivamente, asegurar a sus trabajadores condiciones de trabajo libres de Riesgos Psicosociales” (Vaca Meneses 2014).

Además, la Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo, finalmente introdujo en el Ecuador el acoso laboral como una figura jurídica susceptible de sanción en el

marco de lo expuesto en relación a que el Estado es responsable de velar por el establecimiento y “cumplimiento de normas en el ámbito de trabajo, que garanticen un clima de respeto a las personas” (Quizhpe Larco 2019).

Finalmente, en el año 2018, mediante acuerdo ministerial, en el artículo 1, fue promulgada la “Norma técnica para medición de clima laboral del servicio público, como una norma que codifica procedimientos para la medición de clima laboral y cultura organizacional, a través de una encuesta aplicada de manera anual a los servidores públicos” (Ministerio del Trabajo 2018).

Entonces, de manera general, se puede decir que las normativas laborales en territorio ecuatoriano se erigieron con la finalidad de amparar y proteger a los trabajadores considerados como el elemento central y de mayor poder de las actividades humanas. Pues se ha demostrado el interés del Estado principalmente para la protección del trabajo humano.

Sin embargo, es preciso reconocer que sí existen diferentes irregularidades que se han suscitado en relación al cumplimiento de los derechos de los trabajadores. Justamente por esta causa, muchos de los gremios que se han conformado en distintos sectores productivos se han orientado a defenderlos (Chiriboga Izquieta, Jiménez Franco y Toscanini Sequeira 2018).

Por ejemplo, en el año 2006, el Consejo Nacional de Trabajo y la Comisión Legislativa de lo Social alcanzaron grandes progresos en torno a la legislación que protegía el derecho laboral de los individuos ante las entidades que realizaban intermediación de talento humano. Con todo, para el año 2010, mediante nuevos decretos emitidos por el Ejecutivo y la ley, se eliminó el derecho a la estabilidad laboral y al subsidio en contratos colectivos.

Otro suceso importante que perjudicó a muchos trabajadores se enmarca en la llamada flexibilidad laboral, pues los empleadores podían disponer de la fuerza de trabajo de su colaborador sin cancelarle valores adicionales por diferenciación de jornada laboral (horarios o turnos) (Espinoza Mina y Gallegos Barzola 2018).

DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

La discriminación laboral es un acto agresivo que excluye a uno o más trabajadores del resto de colaboradores por diferentes factores o condiciones, entre los que suelen figurar la condición socioeconómica, sexo, edad, etnia, enfermedad, discapacidad, etc. Los efectos de estos actos suelen desencadenar repercusiones psicológicas en los individuos que son discriminados y un debilitamiento de su autoestima. Por tal motivo, la discriminación en cualquier contexto es sancionada (Espinoza Mina y Gallegos Barzola 2018).

No obstante, en el contexto laboral, desde la selección del personal, el proceso excluye a las personas de acuerdo con variables como la edad, sexo, estado civil, tenencia de hijos, entre otros. De esta forma, no solo se evalúan las competencias profesionales que el individuo debe tener para el ejercicio de un cargo; y ese hecho se constituye en una forma de discriminación laboral, puesto que viene dado por una acción previamente marcada por un prejuicio (Chiriboga Izquieta, Jiménez Franco y Toscanini Sequeira 2018). Y por dicha razón, a discriminación laboral es un tema del que se ha hablado mucho. En el caso de Ecuador, se han dado varios progresos al respecto.

La Constitución es categórica al señalar que “el trabajo es un derecho y un deber social que de forma principal asegurará la dignidad de los trabajadores” (CRE 2008); e, inmerso en este último término “dignidad”, se encuentra el tan anhelado buen vivir¹, que como se sabe no se cumple en su totalidad.

En relación a este tema, Horbat et al (2012) indican que una conducta puede ser considerada discriminatoria en el mercado de trabajo cuando empleadores o trabajadores tienen un trato diferencial hacia individuos de determinados grupos sociales en el proceso de reclutamiento, desempeño y promoción.

Ese trato está fundado en criterios distintos a las calificaciones y méritos requeridos para desempeñar una actividad productiva. De hecho, la mayoría de las prácticas discriminatorias surgen de prejuicios, preconcepciones y estigmas sobre ciertos grupos y colectivos sociales, y pueden ser cuantificadas en resultados observados en el mercado laboral (discriminación estadística)² (párrafo 8).

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo OIT ha manifestado que “es un derecho fundamental de los trabajadores el no ser discriminados bajo ninguna circunstancia” (OIT 1958) y de quienes, además, podrían acceder a cualquier tipo de trabajo libremente. No obstante, existen algunos aspectos que, a través de los años, se han arraigado tanto, que el propio individuo considera que no es merecedor de las mismas condiciones y oportunidades que otros por el hecho de ser afrodescendiente, indígena o con capacidades diferentes, por citar ciertos ejemplos.

Se trata, entonces, de desigualdades tan intrínsecas que, al parecer, los seres humanos están acostumbrados a percibir las, de modo que ellas no suelen ser un detonante para frenar o cambiar en algo la realidad en la que se vive. Ante esta realidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos (2017), en su artículo 2 manifiesta que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (Art. 2). Esto se ratifica en el artículo 7 al referir que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (DDHH, Art. 7).

1 Principio constitucional que considera al individuo como el centro de su visión en cuanto este forma parte de un contexto natural y social. El Buen Vivir hace referencia a la calidad de vida de las personas, y a la satisfacción de sus necesidades por medio del cumplimiento de los objetivos de vida. (Concejo Nacional de Planificación, 2017).

2 Rivera (2013) explica que la discriminación estadística se refiere al mayor valor que se otorga a las características personales por sobre la capacidad productiva de un individuo. Comprende el estudio de cómo las personas que poseen habilidades iguales pese a pertenecer a grupos distintos, siguen rumbos diferentes en términos profesionales, debido a las consideraciones promedio de calidad con las que se los enjuicia.

Sin embargo, no interesa mucho cuántos tratados se firmen, si las leyes de cada país no apoyan su cumplimiento. Por el contrario, cada vez son más débiles y se tiene que pasar por todo el aparato judicial para conseguir algo de justicia, cuando lo justo es que sean de inmediata aplicación, mucho más si se están vulnerando derechos constitucionales que claramente penan la discriminación de cualquier tipo con sanciones. En el caso de Ecuador, la Constitución del 2008 señala, en el artículo 11, numeral 2, que:

[...] todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (CRE 2008, Art. 11)

Así, en términos laborales, el Ministerio de Trabajo, en ejercicio de su potestad para formular las políticas públicas en materia laboral, mediante Acuerdo Ministerial, N.º 82, de fecha 16 de junio de 2017,

emitió la Normativa para la erradicación de la discriminación en el ámbito laboral, cuyo objeto es que “eliminar cualquier forma de discriminación, hostigamiento, intimidación y perturbación en la relación laboral puede ser denunciada ante el Ministerio del Trabajo” (Ministerio del trabajo 2017).

Ahora bien, este marco normativo que protege a los individuos de hechos discriminatorios en cualquier contexto es innegable. Con todo, su mera existencia no garantiza que sea acatado y respetado, pues son muchos los grupos de personas que han sido discriminados a lo largo del tiempo, entre los que figuran generalmente las mujeres o incluso los jóvenes que no poseen igualdad de condiciones y oportunidades en el ámbito laboral (Blanco García, Ramos Pardo y Sánchez Antolín 2017).

Además, es innegable la existencia de casos discriminatorios relacionados con el sexo, etnia, religión, edad, condición social, etc., que han marcado a la sociedad; no obstante, se han convertido en acciones arraigadas en las prácticas cotidianas. Por esta causa, a pesar de haberse logrado grandes avances en términos de equidad e igualdad, todavía existen muchas acciones por tomar. Específicamente en el caso de Ecuador, ante la existencia de distintos instrumentos de protección, aún hace falta esclarecer cómo se deben probar los diferentes casos de una posible discriminación y el procedimiento que se debe llevar a cabo.

DISCRIMINACIÓN POR SEXO

A través de la historia han existido diferencias notables entre hombres y mujeres, no solo por sus condiciones físicas, propias de su naturaleza biológica, sino también las que han marcado la sociedad. Ante esta realidad, en el contexto laboral principalmente, las mujeres se enfrentan al llamado “techo de cristal”³, que se refiere a una notoria discriminación hacia

ellas en relación a los hombres (Blanco García, Ramos Pardo y Sánchez Antolín 2017).

Incluso los aspectos que han marcado la discriminación laboral hacia las mujeres son muy generales y conocidos. Por ejemplo, recibir una remuneración menor en relación a la que percibe un hombre, exclusión

3 De acuerdo con la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres de México (2019) el techo de cristal se refiere a aquellas normativas que no se encuentran sentadas en ningún documento legal ni dentro de una empresa en sus reglamentos, pero que impiden que las mujeres puedan acceder a ciertos cargos, sobre todo directivos. Se trata de aspectos invisibles que surgieron por la falta de leyes y códigos que facilitan la imposición de estas limitaciones al género femenino. Su origen se encuentra en los estereotipos y la construcción cultural de la sociedad.

de determinadas actividades para las cuales se cree que no están capacitadas o no son aptas, o hasta por el costo de su contratación en cuanto podrían en algún momento requerir los debidos permisos por maternidad (Kocabacak y Kalkan 2015). Según Castro, “un tema que requiere atención en el mercado laboral es precisamente la brecha salarial y las causas de su presencia; debido que, al realizar estudios en cuestiones de igualdad de género, es complicado explicar por qué individuos con la misma dotación en capital humano, perciben remuneraciones diferentes” (2015, 50).

La problemática de la igualdad de género tiene una manifestación diversa en los distintos contextos alrededor del mundo en lo tocante a su origen, causas y consecuencias. Además, su entendimiento e incluso su aceptación presenta variaciones de acuerdo con el contexto social, de la misma forma que las potenciales soluciones para su erradicación (Meza Martínez 2018).

Esta problemática ha hecho que la lucha para detener la discriminación, fundamentalmente hacia la mujer, genere el encuentro de diferentes organismos a nivel mundial para buscar mecanismos que erradiquen esta mala práctica. Por su parte, en Ecuador, la Constitución, en su artículo 331, expresa: “El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades. Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo” (Art. 331). Pese a esta normativa, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC,

[...] dos de cada diez mujeres encontraron en un empleo adecuado. En forma general se identificó que el 32,2% de empleos adecuados los ocupan mujeres y el 67,8% hombres. De igual forma existe una diferencia considerable en la tasa de desempleo, pues los hombres alcanzan el 3,7% y las mujeres 6,7%. Incluso se sabe que el 75% de la Población Económicamente Activa (PEA) está conformada por mujeres. Respecto a

las diferencias salariales, se evidenció que, hasta finales del año 2020, los hombres percibieron un ingreso promedio de \$309,90, mientras que las mujeres recibieron \$262,60, siendo la diferencia de 15,2% entre ambos. (2020, 36)

Estos aspectos son muy importantes para la elaboración de políticas públicas, que deberían regular la igualdad de oportunidades e incluso de remuneraciones, pero también se deben considerar otras desventajas que perjudican a la mujer como la discriminación por embarazo. Este hecho se registra desde el momento de la selección de personal, pues durante las entrevistas se suscitan actos de exclusión. Por ejemplo, cuando se les pregunta la condición de estado civil, si es madre soltera o si se encuentra en estado de gestación, entre otros temas de índole personal. Así ocurre aun cuando las normas del Ministerio de Trabajo prohíben categóricamente solicitar dicha información, de forma que constituyen casos de discriminación laboral (Villacís y Reis 2015).

En torno a estas prácticas injustas, la Constitución del Ecuador, en su artículo 43, establece que “El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. no ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral; [...] 4. disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia” (CRE 2008, Art. 43).

Por su parte, el Ministerio de Trabajo, en ejercicio de su potestad para formular las políticas públicas en materia laboral, mediante Acuerdo Ministerial, N.º 82, de fecha 16 de junio de 2017, emitió la “Normativa para la erradicación de la discriminación en el ámbito laboral, cuyo objeto es eliminar la discriminación en el acceso al empleo”; donde se determina que “Cualquier forma de discriminación, hostigamiento, intimidación y perturbación en la relación laboral puede ser denunciada ante el Ministerio del Trabajo” (Ministerio del Trabajo 2017).

Además, desde el año 2018 se registra la Ley para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres (LPEVM), con carácter de orgánica, de modo que ella prevalece ante otras normativas. Este estatus legal

permite que se regulen los derechos y garantías constitucionales, ya que expone las bases de los derechos humanos en relación a la mujer. Su objeto como lo indica el artículo 1 es:

Prevenir y erradicar todo tipo de violencia contra las mujeres: niñas, adolescentes, jóvenes, adultas y adultas mayores, en toda su diversidad, en los ámbitos público y privado; en especial, cuando se encuentran en múltiples situaciones de vulnerabilidad o de riesgo, mediante políticas y acciones integrales de prevención, atención, protección y reparación de las víctimas; así como a través de la reeducación de la persona agresora y el trabajo en masculinidades. Se dará atención prioritaria y especializada a las niñas y adolescentes, en el marco de lo dispuesto en la Constitución de la República e instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano. (LPEVM 2018, Art. 1)

Además, en el artículo 9 numeral 14, se hace referencia al ámbito laboral, al puntualizar que las mujeres tienen derecho: “A que se les reconozcan sus derechos laborales, garantice la igualdad salarial entre hombres y mujeres, sin ninguna discriminación y a evitar que, por causas de violencia, tengan que abandonar su espacio laboral” (LPEVM 2018, Art. 9).

Estas precisiones legales demuestran que la discriminación, sea cual fuere su condición, es reconocida en los instrumentos normativos del Ecuador, que, así, atienden a las necesidades de regular y controlar hechos que perjudiquen a las mujeres en diferentes ámbitos, de forma que puedan ser sancionados.

Sin embargo, desde otra perspectiva, es necesario reconocer que no siempre la parte trabajadora, quien además es la parte débil de la relación, desconoce dichos mecanismos en los cuales puede ampararse. Esta falta de conocimiento de la ley facilita que los empleadores puedan omitir o pasar por alto cualquier disposición legal que, como consecuencia, provoca mayor desigualdad en el país, sobre todo en relación a las mujeres.

Por lo expuesto queda claro que es imprescindible empoderar a la mujer y reeducar a la población en general respecto a la igualdad de género y la no discriminación entre individuos por cualquier motivo. Pues se trata de una conducta social fundamentada en estereotipos creados por el propio sujeto y sostenidos a través del tiempo, que en el ámbito laboral ha ocasionado una separación entre los géneros y afecta a los patrones de empleo y oportunidades para el desarrollo del individuo, y, adicionalmente, repercute en el progreso de la sociedad.

EL ACOSO LABORAL: ESPECIFICACIONES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Para continuar con el abordaje anterior, la violencia que se ha ejercido en el ámbito laboral contra las mujeres, sea en un contexto público o privado, tiene un objetivo consistente en querer controlar a un subalterno por medio del miedo que se le infunde, que provoca diferentes abusos sobre todo a la mujer trabajadora, que generalmente son negados por el acosador. Estas acciones, son consideradas propias de sistemas patriarcales que son promovidas en el entorno familiar e incluso en ocasiones por el propio Estado (Vaca Alvarado 2019).

El *mobbing*⁴ o acoso laboral, como fenómeno social, ha existido no solo en Ecuador sino alrededor del mundo; sin embargo, actualmente se ha puesto sobre la mesa de discusión. Esta preocupación mundial se explica por la trascendencia que tiene sobre la efectividad en el desempeño cotidiano del trabajador y por su incremento en una sociedad que, con el paso del tiempo, ha generado muchas y nuevas formas de acoso en materia laboral, con un mayor enfoque en las mujeres, jóvenes e incluso adultas mayores.

⁴ La expresión *Mobbing* es un término implementado en los años 80 del siglo XX por Leymann. Se utiliza en los casos de “persecución psicológica y de acoso laboral a una víctima para ocasionar un daño psicológico.” (Lugo Garfias, 2017).

González Trijueque y Graña Gómez describen al acoso como: “una situación donde uno o varios individuos perciben continuamente durante un período de tiempo, actos negativos de una o varias personas, en una situación donde el objeto del acoso tiene dificultad para defenderse de esas acciones. Un incidente puntual no es acoso” (2009, 289). Por su parte, Ugarte también hace una referenciación respecto al acoso, en la que indica que “es aquella situación en la que una persona ejerce violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo” (2012, 224).

En cambio, desde una perspectiva legal, la Ley Orgánica del Servicio Público en Ecuador (Ley Orgánica Reformatoria a la LOSEP, 2017) entiende por acoso:

[...] todo comportamiento atentatorio a la dignidad de la persona, ejercido de forma reiterada, y potencialmente lesivo, cometido en el lugar de trabajo o en cualquier momento en contra de una de las partes de la relación laboral o entre trabajadores, que tenga como resultado para la persona afectada su menoscabo, maltrato, humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral. El acoso podrá considerarse (sic) como una actuación discriminatoria cuando sea motivado por una de las razones enumeradas en el artículo 11.2 de la Constitución de la República, incluyendo la filiación sindical y gremial. (LOSEP 2017)

Así, las definiciones antes consignadas proveen elementos iniciales para identificar características inherentes al acoso laboral. El primero de ellos es que “el objetivo debe ser intimidar, opacar, aplanar o amedrentar, a la persona con miras a excluirlo de su trabajo o satisfacer por parte del agresor, su deseo de agredir, controlar o destruir” (Lugo Garfias 2017). Así es como se fundamenta el tipo de acoso laboral que con más frecuencia sufren los empleados, el acoso moral. Este trata de invadir “la esfera moral de la

persona, diferenciable del psicológico que viola el derecho a la salud, este acoso moral trata de incluir un trato humillante” (Ugarte 2012), que intenta llegar al aspecto más profundo y afectar su integridad moral.

En segundo lugar, hay que tomar en cuenta que la agresividad u hostigamiento ocurra “entre compañeros del mismo trabajo o por parte de sus superiores, y que esas conductas se hayan presentado sistemáticamente, es decir, a partir de una serie de actos o comportamientos hostiles, pues un acto aislado no puede constituir acoso” (Velasco 2010).

Entonces, tras haber considerado los elementos que caracterizan al acoso laboral, es posible reconocer situaciones complejas en las que el abuso tiene un direccionamiento específico como, por ejemplo, “críticas constantes a la vida privada de la víctima, amedrentamiento a la persona a través de llamadas telefónicas, atribución de fallos psicológicos y de falsas enfermedades o burlas de algún defecto personal” (Velasco 2010).

Estos comportamientos son resultado de actitudes de personas que, con un afán de incomodar al agredido, perturban la paz emocional que el trabajador debe tener para desempeñar sus funciones de forma adecuada. De acuerdo con Velasco (2010), su objetivo es “mortificar a otros miembros del personal con críticas negativas incesantes o privar de responsabilidades a los trabajadores que muestren grandes competencias o aptitudes profesionales”. Es más, quien acosa puede llegar a situaciones extremas que impliquen gritos, insultos, amenazas verbales o incluso maltrato físico.

Estas conductas, que constituyen acoso dentro del trabajo, evidentemente vulneran los derechos del trabajador, a la vida y al libre desarrollo de la personalidad, determinados en el artículo 66, numeral 2 y 5 respectivamente, de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

En Ecuador, entre marzo de 2020 hasta abril de 2021, se registraron 137 denuncias que aluden a acoso laboral y, de estos casos, se han atendido 106 (hasta el momento en que se escribe este texto). De acuerdo con las cifras expuestas se sabe que entre 2 y 26 individuos realizan denuncias por acoso laboral de forma

mensual, principalmente mujeres; pese a que, desde el año 2017, en el Código de Trabajo se incluyó esta figura, que incluso se sanciona con un visto bueno y despido (Ministerio del Trabajo 2021).

No obstante, el Ministerio de Trabajo no posee una herramienta que le permita medir el acoso laboral; aunque, en su defecto, sí posee un instrumento para la valoración de los riesgos psicosociales en el que se aborda el acoso laboral, discriminatorio y sexual. Por ese motivo se cree que el acoso laboral no es visible ante las autoridades competentes y que existen muchos casos que no son denunciados o tipificados como tal y se procesan de una forma diferente, por lo que tampoco serían sancionados. Esta situación impide conocer la realidad de los individuos en entornos laborales y los tipos de acosos de las cuales son víctimas de acuerdo con su sexo, edad, acciones llevadas a cabo, entre otros (Sánchez Buenaño 2020).

Ante este hecho, el Código de Trabajo ha integrado en su normativa un artículo referente a la prevención por parte de los empleadores que señala lo siguiente: “Obligaciones del empleador: 36. Implementar programas de capacitación y políticas orientadas a identificar las distintas modalidades del acoso laboral, para prevenir el cometimiento de toda forma de discriminación, hostigamiento, intimidación y perturbación que se pudiera generar en la relación laboral con los trabajadores y de éstos con el empleador” (CT 2017, Art. 42).

Además, por considerarse que el acoso puede ser cometido por cualquier miembro de una empresa, se ha

agregado como prohibición no solo al empleador sino también al trabajador: “El cometimiento de actos de acoso laboral hacia un compañero o compañera, hacia el empleador, hacia un superior jerárquico o hacia una persona subordinada en la empresa” (Ley Orgánica Reformatoria a la LOSEP 2017, Art. 7).

Estos mandatos dejan claro que es obligación de todos los empleadores propiciar un ambiente sano y seguro para sus colaboradores, a través del cual se logre hacer del trabajo una fuente de realización personal y una base de la economía, como lo manda la Constitución del Ecuador. Mas, pese a la normativa expuesta, el ámbito laboral es un entorno especialmente propicio para que se produzcan e incluso se toleren situaciones de acoso laboral, si se tiene en consideración la precariedad del mercado y el miedo al desempleo, una situación que puede hacer que trabajadores soporten situaciones que atentan contra sus derechos.

Por lo tanto, para lograr fijar estrategias de prevención y acciones efectivas justiciables se precisa que, por la aplicación de las normativas actuales y por medio de un proceso legislativo constitucional, se logre un mayor alcance y profundidad respecto a los escenarios o contextos en los cuales los derechos de los trabajadores pueden ser vulnerados. Y es que, una condición necesaria de que exista acoso laboral, es que existan espacios donde se propicien actos de esta índole, que suelen ser generalmente los sitios de trabajo, en los cuales, a veces existe permisividad con los hechos de vulneración, ya sea por pasarlos por alto o por encubrirlos (Piñuel y García 2015).

CONCLUSIÓN

Se ha podido evidenciar que existe una notable discriminación, principalmente hacia la mujer en los ambientes laborales, que es reconocida no sólo por el propio empleador y trabajador, sino también desde la normativa legal, que a lo largo de los años se ha ido ajustando para ofrecer garantías legales de protección y sanción en torno a ella en ambientes de trabajo. Sin embargo, la realidad en el Ecuador es que la normativa legal aún debe ser perfeccionada.

Además, hay una ausencia de referencias estadísticas precisas de la situación de la mujer en el contexto laboral. Tampoco existe la evidencia de sus vivencias de una forma detallada, que permita frenar la vulneración de sus derechos, mediante un reconocimiento de sus condiciones en una sociedad patriarcal como la nuestra. El reto en el futuro inmediato es visibilizar cuáles son las verdaderas condiciones de las mujeres en el Ecuador, y, a través de qué políticas se trabajará

para el reconocimiento de las acciones necesarias para cambiar su realidad y otorgarles un fundamentado y eficiente marco jurídico de protección.

Por otra parte, falta información detallada en relación a los contextos laborales y el acoso, de modo que este tipo de hechos, tanto en hombres como en mujeres, se encuentra invisibilizado. Tampoco se cuenta con herramientas diagnósticas que permitan reconocer aquellas acciones que derivan en acoso, ya sea este laboral, discriminatorio o sexual; y, como consecuencia, se deja en manos del empleador la responsabilidad de su identificación, aun cuando este puede ser quien lo permite o encubre.

Esta situación no solo manifiesta una falta de aplicación de las normas nacionales e internacionales que

garantizan el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito laboral, sino que también demuestra los vacíos existentes en la gestión para prevenir abusos y vulneración de derechos de los trabajadores. En efecto, al desconocer las cifras de individuos que han sido acosados en sus entornos laborales, no se puede dimensionar la gravedad del problema y peor aún tomar las acciones pertinentes.

Sin duda alguna, el ejercer el derecho al trabajo en un ambiente laboral adecuado, además de ser un derecho constitucional relacionado con la salud y reconocido en acuerdos internacionales, incentiva la productividad de las personas y trae como consecuencia el progreso profesional del trabajador, así como beneficios para la organización laboral, pues ésta se vuelve más competitiva y eficiente.

RECOMENDACIONES

Si bien es cierto que en Ecuador se ha dado un gran paso para armonizar las normas internas con aquellas internacionales, sobre todo las que dicta la Organización Internacional del Trabajo, falta mucho para tener un procedimiento claro y expedito que permita sancionar este tipo de actos. Por este motivo, es importante prever normas que no permitan la revictimización de la persona afectada dentro del proceso, así como un tratamiento psicológico a través del cual se restablezca su salud emocional y, lógicamente, su posterior reinserción laboral.

Por otro lado, es importante realizar capacitaciones en las diferentes áreas laborales, tanto públicas como privadas, con la finalidad de concientizar a empleadores

y trabajadores acerca de la importancia del respeto y la armonía dentro del lugar de trabajo. De esta forma se potenciarán ambientes sanos y adecuados en los cuales se puedan desarrollar las actividades diarias, de manera que se acreciente la autoestima, y por ende la productividad laboral.

Por último, es imprescindible que se haga visible el acoso laboral y la discriminación, no sólo hacia la mujer, sino del hombre también, con el fin de que estos actos sean denunciados y se puedan implementar políticas públicas a través de las cuales se fortalezca la protección de los derechos vulnerados en los diferentes estamentos laborales a ciudadanos que puedan sufrir agresiones de este tipo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre Domínguez, L. R., Ramírez Campos, A. F., y García Méndez, A. 2013. "El clima laboral como un elemento del compromiso organizacional". *Revista Nacional de Administración*, 4(1), 50-79. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4721419>. Acceso: 19 de marzo de 2021
- Asamblea General de Naciones Unidas. 2017. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Asamblea Nacional del Ecuador. 2008. Constitución de la República del Ecuador. (Const.). Registro Oficial N° 449. <https://bit.ly/2B93igI>
- Asamblea Nacional del Ecuador. 2017. Código de Trabajo. Registro Oficial N° 167, modificado 19 de mayo de 2017. <http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2012/10/C%C3%93DIGO-DEL-TRABAJO.pdf>. Acceso: 20 de marzo de 2021.
- Asamblea Nacional del Ecuador. 2017. Ley Orgánica Reformatoria a la ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el acoso laboral. Registro Oficial, N°116. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2010/1/33.%20Ley%20Org%C3%A1nica%20Reformatoria%20para%20prevenir%20el%20Acoso%20Laboral.pdf>. Acceso: 17 de marzo de 2021
- Asamblea Nacional del Ecuador. 2018. Ley Orgánica Para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres. Registro Oficial Suplemento 175. https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/ley_prevenir_y_erradicar_violencia_mujeres.pdf. Acceso: 22 de junio de 2021
- Aveiga Macay, I., y Ponce Figueroa, J. 2019. Una problemática del trabajador social: acoso sexual laboral. *Revista Científica Multidisciplinaria*. 5(2): 117-126. <http://45.238.216.13/ojs/index.php/mikarimin/article/view/1584/815>. Acceso: 20 de abril de 2021
- Becerra Bonza, D. C., y Guerrero García, T. M. 2012. Representaciones sociales que sobre riesgos psicosociales y acoso laboral tienen los trabajadores de una organización pública. *Revista Hacia la Promoción de la Salud* 17(1), 118-132. <https://www.redalyc.org/pdf/3091/309124894005.pdf>. Acceso: 25 de abril de 2021
- Blanco García, M., Ramos Pardo, F., y Sánchez Antolín, P. 2017. Análisis de las motivaciones, apoyos y dificultades en formación inicial y permanente que tienen las mujeres en cursos de formación ocupacional. *Revista complutense de educación*, 28(3): 861-887. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6311533>. Acceso: 25 de mayo de 2020
- Bojana, B. P., y Atencio, E. 2010. El mobbing en el desempeño laboral: implicaciones en la salud. *Multiciencias*, 10, 140-145. <http://clacso.redalyc.org/articulo.oa?id=90430360026> Acceso: 25 de abril de 2021
- Brancato, B., Juri, F. 2011. ¿Puede influir el clima laboral en la productividad? Trabajo de investigación, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina. https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/4936/brancatopuedeinfluirclimallaboralenlaproductividad.pdf
- Castro, D., Huesca, L., y Zamarrón, N. 2015. "Discriminación salarial por género, en la industria manufacturera de la frontera norte de México, en el periodo 2005-2011". *Nóesis. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*. 24(1), 51-82. DOI: 10.20983/noesis.2015.1.2
- Chiriboga Izquieta, H., Jiménez Franco, E., y Toscanini Sequeira, P. 2018. El Derecho Laboral como herramienta política, una mirada histórica. *Universidad y Sociedad*, 10(1): 226-231. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v10n1/2218-3620-rus-10-01-226.pdf>. Acceso: 28 de Junio de 2021

- Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres. (2019). ¿Qué es el techo de cristal y qué pueden hacer las empresas para impulsar la igualdad de género? Gobierno de México. <https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-el-techo-de-cristal-y-que-pueden-hacer-las-empresas-para-impulsar-la-igualdad-de-genero?idiom=es>. Acceso: 20 de Mayo de 2021
- Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. 2004. Decisión del Acuerdo de Cartagena 584 que emite el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Registro Oficial N°461. <http://www.sice.oas.org/trade/JUNAC/Decisiones/DEC584s.asp>. Acceso: 13 de abril de 2021
- Consejo Nacional de Planificación. 2017. Plan Nacional para el Buen Vivir 2017-2021. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo –Senplades–. <https://www.gobiernoelectronico.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/09/Plan-Nacional-para-el-Buen-Vivir-2017-2021.pdf>. Acceso: 13 de junio de 2021
- Espinoza Mina, M., y Gallegos Barzola, D. 2018. Discriminación laboral en Ecuador. *Revista Espacios*. 39(23): 32-46. <https://www.revistaespacios.com/a18v39n23/a18v39n23p32.pdf>. Acceso: 28 de junio de 2021
- González Trijueque, D., y Graña Gómez, J. 2009. El acoso psicológico en el lugar de trabajo: una aproximación desde la psicología forense. *Psicothema*, 21(2): 288-293. <http://www.psicothema.com/psicothema.asp?id=3628>. Acceso: 20 de abril de 2021
- Horbat, J., y Gracia, M. 2012. Discriminación laboral y vulnerabilidad de las mujeres frente a la crisis mundial en México. *Economía, Sociedad y Territorio*. 14(45). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S140584212014000200006&script=sci_arttext#nota. Acceso: 3 de febrero de 2021
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del Ecuador. 2017. Reglamento del Seguro General de Riesgos de Trabajo. Registro Oficial Edición Especial, N°632. <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-10/C.D.%20513.pdf>. Acceso: 7 de febrero de 2021
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Ministerio de Relaciones Laborales. 2014. Convenio para implementación del nuevo sistema de prevención de riesgos. <http://www.trabajo.gob.ec/mrl-y-el-iess-suscriben-acuerdo-para-la-gestion-y-prevencion-de-riesgos-laborales/>. Acceso: 18 de marzo de 2021
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2020). Encuesta Nacional de Empleo, Subempleo y Desempleo (ENEMDU). Indicadores Laborales. Quito. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2020/Diciembre-2020/202012_Mercado_Laboral.pdf. Acceso: 28 de junio de 2021
- Kocabacak, A. y Kalkan, C. 2015. An Analyses and Solution Proposals Toward Social Gender Equality Problems in Business Life at Work Place in Turkey. *European Researcher*. 98(9): 667-683. doi: 10.13187/er.2015.99.667. Acceso: 28 de junio de 2021
- Lugo Garfias, M. 2017. Acoso Laboral Mobbing. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Ciudad de México. <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Acoso-Laboral-Mobbing.pdf>. Acceso: 17 de marzo de 2021
- Luna Vargas, M. 2018. El acoso laboral en la legislación ecuatoriana. *Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana*. <http://repositorio.ulvr.edu.ec/handle/44000/2229>. Acceso: 25 de abril de 2021

- Macay, V., Figueroa, J. 2019. Una problemática de intervención del trabajador social: acoso sexual laboral. *Mikarimin*. 5(2): 117-126. <http://45.238.216.13/ojs/index.php/mikarimin/article/view/1584/1178>. Acceso: 20 de marzo de 2021
- Meza Martínez, C. 2018. Discriminación laboral por género: una mirada desde el efecto techo de cristal. *Revista Equidad y desarrollo*. 32, 11-31. <https://doi.org/10.19052/ed.5243>. Acceso: 18 de marzo de 2021
- Ministerio del Trabajo. 2021. Protocolo de prevención y atención de casos de discriminación, acoso laboral y toda forma de violencia contra la mujer en los espacios de trabajo. Quito. <https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/06/Protocolo-de-Prevenci%C3%B3n-casos-de-violencia.pdf>. Acceso: 4 de mayo de 2021
- Ministerio del Trabajo. www.trabajo.gob.ec Juntos por un #EcuadorSinAcosoLaboral. <http://www.trabajo.gob.ec/infografia-por-un-ecuadorsinacosolaboral/>. Acceso: 4 de mayo de 2021
- Ministerio del Trabajo. www.trabajo.gob.ec “Políticas públicas con enfoque de género en áreas de trabajo y empleo”. <http://www.trabajo.gob.ec/politicas-publicas-con-enfoque-de-genero-en-areas-de-trabajo-y-empleo/>. Acceso: 1 de octubre de 2021
- Ministerio del Trabajo. 2017. Normativa erradicación de la discriminación en el ámbito laboral. Registro Oficial N°16. <http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2012/10/AM-82.-NORMATIVA-ERRADICACION-DE-LA-DISCRIMINACION-EN-EL-AMBITO-LABORAL.pdf>. Acceso: 5 de abril de 2021
- Ministerio del Trabajo. 2018. Norma técnica para medición de clima laboral del servicio público. Registro Oficial N° 277. <http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2018/07/MDT-2018-0138.pdf>. Acceso: 20 de marzo de 2021
- Ministerio del Trabajo. 2018-2020. www.trabajo.gob.ec “Política laboral del Ecuador reconocida por países miembros de la OEA”, párr. 4, <http://www.trabajo.gob.ec/politica-laboral-del-ecuador-reconocida-por-paises-miembros-de-la-oea/>. Acceso: 1 de marzo de 2021
- Organización Internacional del Trabajo. 1958. Convenio sobre la discriminación (empleo y desocupación). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111. Acceso: 10 de abril de 2021
- Piñuel, I., y García, A. 2015. La evaluación del mobbing: cómo peritar el acoso psicológico en el ámbito forense. Buenos Aires: Sb Editorial.
- Quiloango Farinango, Y. 2014. La estabilidad laboral en el Ecuador, situación actual del trabajador en base a nuestra Constitución de la República y el Código del Trabajo vigente. Universidad Central del Ecuador. Quito. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3074/1/T-UCE-0013-Ab-61.pdf>. Acceso: 28 de junio de 2021
- Quizhpe Larco, F., Zúñiga Berrezueta, C., y Durán Ocampo, A. 2019. Algunas consideraciones sobre la tipicidad del acoso laboral en la legislación ecuatoriana. *Opuntia Brava*. 11(2). doi: <https://doi.org/10.35195/ob.v11i2.76>. Acceso: 15 de marzo de 2021
- Sánchez Buenaño, G. 2020. Detección del acoso laboral en una Unidad Educativa de la ciudad de Quito en el período 2018 – 2019 como mecanismo de prevención del deterioro de la relación laboral. (Tesis de Postgrado, Universidad Andina Simón Bolívar). <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7566/1/T3279-MDTH-S%c3%a1nchez-Deteccion.pdf>. Acceso: 20 de junio de 2021
- Sánchez Sarmiento, M. 2017. El mobbing o acoso moral en el trabajo: análisis del caso ecuatoriano. *Killkana Sociales*. 1(1), 1-10. https://doi.org/10.26871/killkana_social.v1i1.8. Acceso: 20 de marzo de 2021

- Ugarte, J. 2012. El acoso laboral: entre el Derecho y la Psicología. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 39: 221-23. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200008>. Acceso: 20 de marzo de 2021
- Vaca Alvarado, G. 2019. Discriminación laboral: experiencias y alternativas de afrontamiento de la población LGBTI. (Tesis de Grado, Psicología Organizacional, Universidad del Azuay). Cuenca. <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/9500/1/15135.pdf>. Acceso: 28 de Junio de 2021
- Vaca Meneses, A. 2014. Análisis de la legislación de los países de la CAN en relación a los riesgos psicosociales en el ámbito laboral y elaboración de propuesta de resolución para regular la gestión de riesgos psicosociales en el trabajo en el Ecuador. Tesis de Postgrado, Universidad San Francisco de Quito. <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/3673>. Acceso: 20 de marzo de 2021
- Velasco Portero, M. 2010. *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo: guía para la empresa y las personas trabajadoras*. Madrid, Tecnos. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=713227>. Acceso: 15 de abril de 2021
- Villacís, A. y Reis, Marcos. 2015. Análisis de la vulnerabilidad laboral y los determinantes del trabajo decente. El caso de Ecuador 2008-2011. *Revista de Economía del Rosario*. 18(2): 157-185. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/economia/article/view/4943/3418>. Acceso: 28 de Junio de 2021
- Viteri Llanga, J., y Castillo Aguilar, G. 2016. La Política Laboral del Gobierno de la evolución Ciudadana y su incidencia en los Derechos de los trabajadores en la República del Ecuador. Universidad Central del Ecuador. Quito. <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/5783>. Acceso: 28 de junio de 2020.

ENTREVISTA

uol/br

**UNA VALORACIÓN IUSFILOSÓFICA Y BIOÉTICA DE LA LEY ORGÁNICA 3/3021,
DE 24 DE MARZO DE 2019, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA
Entrevista a Valentín Navarro***

**ORGANIC LAW 3/3021 (APPROVED ON MARCH, 24TH, 2019): A IUSPHILOSOPHICAL
AND BIOETHICAL ANALYSIS
Interview with Valentín Navarro**

**UMA VALORAÇÃO IUSFILOSÓFICA E BIOÉTICA DA LEI ORGÂNICA 3/3021
DE 24 DE MARÇO DE 2019, DE REGULAÇÃO DA EUTANÁSIA
Entrevista com Valentín Navarro**

*Juan Manuel Alba Bermúdez***

**Entrevista realizada por Zoom en abril del 2019
Sevilla, España**

* Valentín Navarro es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Internacional Isabel I de Castilla. Doctor en derecho por la Universidad de Bolonia. Licenciado en Filosofía y Derecho, con Premio Extraordinario. Máster de habilitación a la profesión docente, con Premio Extraordinario. Ha desarrollado tareas docentes en otras universidades públicas y privadas. Investiga en la rama de la ética, la filosofía política y la filosofía del Derecho. Ha participado –como ponente y comunicante– en varios congresos en Europa. Tiene diversas publicaciones en el ámbito del Derecho y de la Filosofía.

** Juan Manuel Alba Bermúdez es docente e investigador titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas. Doctor en Derecho (Ph.D).

JUAN MANUEL ALBA (JMA): ¿Nos puede ayudar a definir qué es la eutanasia?

VALENTÍN NAVARRO (VN): El término, aunque usado pródigamente por unos y otros, es ambiguo y no unívoco. Bajo el término “eutanasia” se engloban diversas prácticas (la eutanasia voluntaria, activa, pasiva...) que, si bien guardan alguna relación entre sí, distan mucho de ser homogéneas.

Etimológicamente, eutanasia significa “buena muerte” y hace referencia *–lato sensu–* al acto de provocar una muerte tranquila e indolora en un paciente terminal. Su origen terminológico *–con un significado parecido al actual–* está, quizá, en un relato de Suetonio, en el que narra la muerte de Augusto. Si no el término, la práctica sí era conocida ya en la Grecia clásica, como lo prueba el Libro III de la República platónica o la oposición acérrima del juramento hipocrático. También los romanos *–especialmente los filósofos estoicos–* se mostraron partidarios, si no de la eutanasia como intervención de un tercero en la propia muerte, sí del suicidio. El propio Séneca es buena prueba de ello.

Desde el punto de vista doctrinal y filosófico, las definiciones de la eutanasia son muchas y muy variadas. Todas, sin embargo, destacan por la concurrencia de los siguientes elementos: a) la existencia de una enfermedad grave e incurable o irreversible que provoca un elevado sufrimiento; b) una solicitud consciente, libre, autónoma y reiterada en el paciente; c) la intervención de un tercero *–profesional médico o no–* que provoca la muerte del paciente¹.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, en España, el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/3021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante, LORE) la define como el “acto *deliberado* de dar fin a la vida de una persona, producido por *voluntad* expresa de la propia persona y con el *objeto de evitar un sufrimiento*” (énfasis propio).

Para el Legislador español, la eutanasia debe producirse de manera activa y directa, por lo que quedan

excluidas la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta (también llamada “cuidados paliativos”). Se aspira, así, o al menos esta es la intención en la *mens legislatoris*, a que el individuo sea quien decida sobre el proceso y el momento de su propia muerte.

JMA: ¿Es lo mismo la eutanasia que el suicidio asistido? ¿Nos puede indicar la diferencia jurídica existente entre ambos términos?

VN: Acabamos de definir qué cosa es, en la intención del Legislador español, la eutanasia. Vamos a hacer ahora lo propio con el suicidio asistido. Si en la eutanasia aparece como elemento esencial de la misma la intervención del tercero que provoca la muerte, en el suicidio asistido, sin embargo, será la propia persona la que acabe con su vida; aunque para ello deba recabar la colaboración de otro individuo *–profesional sanitario o no–* que le ayude a adquirir los medios materiales o los conocimientos con los cuales producir su propia muerte.

En el suicidio asistido, por consiguiente, y a diferencia de lo que ocurre en la eutanasia, la intervención del tercero se produce *ex ante* de la muerte y no la provoca directamente. En este supuesto, será el propio paciente el que se administre a sí mismo los fármacos letales. Esta es la opción que ha despenalizado, por ejemplo, el Legislador suizo, ya que está permitido que el médico prescriba al paciente fármacos mortales, dejando a este la decisión de si los toma o no.

Hecha la aclaración, no obstante, ha de señalarse que la diferencia entre eutanasia y suicidio asistido ha quedado desdibujada desde la promulgación de la LORE, toda vez que la norma recoge *–entre las conductas eutanásicas–* una que podría entenderse como suicidio asistido. La misma aparece en el art. 2, letra g), número 2ª, cuando se habla de “la prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que este se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte”.

La inclusión indistinta, bajo el término eutanasia, de la eutanasia propiamente dicha y del suicidio asistido

1 Payán Ellacuría, Ekain. 2020. “Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de *lege ferenda*”. Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas Número 5.

refleja, a mi juicio, una pésima técnica legislativa y atenta contra el principio de seguridad jurídica (exigida *ex art. 9* de la Constitución Española). Y esto porque se desdibuja el sujeto activo que, en el primer caso, es el profesional médico; pero no así en el segundo, en el que es el propio paciente. Por consiguiente, incluso cuando se hubiese querido despenalizar ambas conductas, lo cierto es que podría haberse utilizado otra técnica de redacción, más precisa y clarificadora.

Lo dicho sobre la técnica legislativa lo ejemplifica también la Disposición Final Primera de la LORE, que modifica el art. 143 del Código Penal para despenalizar el suicidio asistido y la eutanasia en los casos contemplados en la ley. Y digo bien, *modifica* y no *deroga*, porque el suicidio asistido, así como la propia eutanasia (art. 143.3 del Código Penal), siguen estando castigados penalmente con carácter general.

JMA: Evidentemente regular la eutanasia no es una empresa fácil; es por ello que desearíamos conocer qué cuestiones jurídicas -problemática- plantea la regulación jurídica de la eutanasia.

VN: En efecto, como usted bien señala, no es sencillo regular supuestos como la eutanasia, que atienden al final de la vida y, por consiguiente, a uno de los aspectos más profundos y propios del ser humano. Es difícil enumerar cada una de las cuestiones problemáticas que plantea la regulación de la eutanasia, pues son muchas y de muy diversa índole. Es imposible abarcarlas todas. Con esto quiero señalar que voy a atenerme únicamente a aquellas que – creo – pueden ser más interesantes para el filósofo y para el jurista. Las enumero, en abstracto, sin referencia a la norma, según me vienen, sin que el orden tenga que ver con la importancia o calidad del problema.

La primera cuestión problemática es, sin duda, la interacción de toda posible regulación de la eutanasia con el derecho a la vida, reconocido, para el ordenamiento jurídico español, en el art. 15 CE. Esto lo señala el propio Preámbulo de la LORE en su número I. No es baladí, pues la vida es el sustrato de todos los demás derechos, y es complejo, desde el punto de vista jurídico y filosófico, regular cualquier cuestión que atente contra ella.

La segunda es el problema de establecer una ley de las excepciones. La ley –al menos así se dice en los manuales clásicos de Teoría del Derecho– ha de tener carácter (abstracto y) general. Está pensada para la mayoría, para el conjunto y no para la excepción. El problema al redactar una ley de estas características es tener en mente únicamente las excepciones, es decir, los cuatro (o cinco, o cien) casos mediáticos que han conmocionado (emotivamente) a la opinión pública. El Legislador –también se señalaba en los manuales clásicos– debe ser aséptico y vivir un poco distanciado de dichas corrientes afectivas. Una tentación, sin duda, en la que puede caer todo órgano legislativo es la de hacer una norma *ad hoc* para satisfacer sentimientos o afectos de la sociedad, no mirando hacia el colectivo, sino hacia las particularidades.

La tercera es la cantidad de conceptos jurídicos indeterminados que encontramos en este ámbito y que, por más cuidado que se ponga, acaban formando parte de la norma (tales como, sufrimiento, calidad de vida, enfermedad grave e incurable, pronóstico de vida limitado). Se trata de términos que ni siquiera son pacíficos desde el punto de vista médico o científico. Esta cuestión es, en el ámbito de la eutanasia, especialmente problemática, toda vez que el llamado a interpretar la norma no es jurista de formación, sino profesional sanitario.

La cuarta es la determinación precisa del sujeto que puede solicitar y ser destinatario de la práctica eutanásica. Es común en la doctrina señalar que debe cumplir tres requisitos concurrentes: ser persona viva, pero con una breve expectativa de vida (de nuevo, un concepto jurídico indeterminado, pues ¿qué es una breve expectativa?, ¿un año, tres años, diez años?); ser enfermo terminal; y ser capaz. Esto ya nos indica que, en principio, la enfermedad de la que se trate, si bien puede haberle imposibilitado físicamente, no debe haber afectado su capacidad de entender y querer, de otro modo, no podrá solicitar válidamente ni recibir la eutanasia.

La quinta cuestión problemática es la que pienso es que, en la regulación que se haga del proceso de solicitud de la práctica eutanásica, ha de tenerse muy en cuenta la vulnerabilidad emocional del paciente.

El Derecho nunca puede perder de vista a la persona, sobre todo en este tipo de normas. Y aquí nos encontramos frente a un individuo aquejado de enfermedad grave, las más de las veces crónicas, que se encuentra en fase terminal o casi terminal. Por consiguiente, la regulación que se haga de la eutanasia debe proveer de un correcto y suficiente acompañamiento, que ayude a la persona sobrellevar esta fase de manera adecuada.

Finalmente, la sexta cuestión atiende al principio de no maleficencia y a la autopercepción que tenga el profesional sanitario de su labor y de su deber ético para con el paciente. Ya hemos indicado que forma parte del núcleo del juramento hipocrático el no colaborar en la muerte de las personas. Desde esta perspectiva, muchos profesionales se han posicionado como contrarios a la LORE por dos motivos principales: el primero, es que va contra el principio –ya citado– de no maleficencia; el segundo, es que puede provocar una reacción de rechazo de los pacientes terminales hacia sus propios médicos. En efecto, si la aprobación de la LORE no viene acompañada de una suficiente *pedagogía*, se puede transmitir la idea de que el médico, al mínimo empeoramiento del paciente, recomendará la eutanasia.

JMA: Recientemente en España el Congreso aprobó por una clara mayoría la Ley que despenaliza la eutanasia. Evidentemente, el principal motivo para la aprobación de la ley es la fuerte demanda social de la población española. ¿Considera que existen estudios suficientes que avalen la regulación de la eutanasia?

VN: Voy a empezar haciendo un matiz a su pregunta, si me lo permite. La sostenida demanda de la sociedad actual es uno de esos mantras que se repite de modo saltuario y según conveniencias. A él alude el Preámbulo de la LORE, que presenta a la norma como respuesta del Legislador a esa demanda.

Sin embargo, es cuestionable que exista o que exista en los términos en los que se quiere hacer aparecer. En efecto, si se mira el histórico del CIS, la eutanasia nunca ha sido una preocupación general de los españoles. En este sentido, cabe señalar que, desde que se aprobó la posibilidad de declaración vital anticipada,

solo un 0,6% del total ha optado por ella, según datos del Ministerio de Sanidad.

Es cierto que estos datos contrastan con los consignados en el estudio de la Fundación BBVA de 2019, según el cual 7 de cada 10 encuestados estaba a favor de soluciones eutanásicas en situaciones terminales diagnosticadas. Cabe señalar que, no obstante, esta cifra puede explicarse porque la pregunta no era clara y no reflejaba de forma precisa en qué podían consistir estas soluciones o prácticas.

No obstante, y si me permite el matiz antropológico, el contraste entre la abrumadora cifra a favor de la solución médica en situaciones terminales y el mínimo porcentaje de personas que optan por la declaración vital anticipada, me hace pensar que, como suele ocurrir en España, parece que todos estamos a favor de la eutanasia, “pero para los otros”.

Respondiendo ya al núcleo de su pregunta, creo que la cuestión no es si hay suficientes estudios – respuesta que dependerá del contenido que se le quiera dar al término “suficiente” –, sino si estos se han tenido verdaderamente en cuenta a la hora de establecer la regulación, o de si se han seguido otros criterios.

Personalmente, creo que el problema ha ido más por esta segunda vía. Por ejemplo, destaca, dentro de los estudios o informes a tener en cuenta, el Informe del Comité de bioética de España sobre el Final de la Vida y la Atención en el Proceso de Morir, fechado el 30 de septiembre de 2020, realizado por los principales profesionales bioéticos de España y al que la norma en cuestión no hace ninguna referencia.

JMA: ¿Qué elementos no contiene la Ley de despenalización de la eutanasia que a su juicio serían necesarios para una mejor regulación?

VN: Comienzo haciendo la prevención de que, seguramente, la ley carezca de más elementos de los que yo voy a señalar. No obstante, creo que los que más urge incorporar son los siguientes:

En primer lugar, una correcta y suficiente regulación de los cuidados paliativos. Por tal puede entenderse el

reducir la conciencia del enfermo terminal para aliviar su dolor. Se trata de una sedación y no de un adelantamiento de la muerte. La frontera con la eutanasia es, por supuesto, difusa, sobre todo porque la sedación puede acabar provocando la muerte de la persona.

La inclusión de una completa regulación de los cuidados paliativos es necesaria a fin de generar una alternativa real para el enfermo. En efecto, esta es una de las “demandas sostenidas” y constantes de los profesionales sanitarios y de bioética. Si no hay una verdadera, real y sólida alternativa a la eutanasia, bajo la forma de cuidados paliativos, en realidad, se está avocando al enfermo a una disyuntiva siniestra: eutanasia o sufrimiento. Los cuidados paliativos se mencionan, en efecto, en el art. 5.1.b) LORE, como una de las alternativas del paciente. No obstante, sin una dotación económica suficiente y una correcta regulación, la alternativa es meramente formal.

En segundo lugar, me parece prioritario y urgente incorporar una mejor regulación de la objeción de conciencia del personal sanitario. El derecho a la objeción de conciencia está reconocido como derecho fundamental en España (art. 30.2 CE, para el ámbito militar, aunque el Tribunal Constitucional ha ampliado su ámbito de aplicación). A mi juicio, es un error que el ejercicio de dicho derecho se sustancie, como ocurrió en el caso de la LO 2/2010, en la formación de un registro de cariz ideológico o que suponga un señalamiento de profesionales.

La propia LORE recoge el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario en el art. 16. Hasta aquí, todo correcto. Cuando se regulan materias tan limítrofes con los sentimientos morales más profundos, es necesario establecer cauces destinados a salvaguardar la individualidad ética. No obstante, el artículo citado obliga al profesional a manifestar su condición de objetor anticipadamente (es decir, antes de que se produzca una petición concreta de eutanasia) y por escrito. Se supone que dicha exigencia responde a razones de organización funcional de los servicios sanitarios, pero la cuestión es, en el mejor de los casos, difusa. Y esto porque, como señala el art. 16.2 LORE, los objetos serán inscritos en un registro. La cuestión no deja de ser delicada y ya se solicitó por los profesionales –a

raíz de la LO 2/2010– que se regulara la cuestión de la objeción de conciencia de otra manera.

Así, aunque el Legislador garantice la máxima privacidad en el acceso y en la gestión de esos datos, el problema es más profundo, como señalan los profesionales del sector, y atiende a la existencia misma del registro. Por no señalar –a fin de no extendernos– la posible incompatibilidad del mencionado registro con el art. 16.2 CE, que prohíbe que cualquier persona pueda ser obligada a declarar públicamente sobre su creencia o ideología.

En tercer lugar, a mi juicio, nos encontramos con el problema de la capacidad del paciente. La norma requiere una petición consciente, informada, libre y reiterada. Hasta aquí, todo perfecto. Los problemas empiezan cuando se prevé por el Legislador que, si el paciente se encuentra en lo que la propia norma llama (art. 3) “incapacidad de hecho”, bastará con que haya hecho la declaración con carácter previo en testamento vital o documento equivalente.

¿Cuál es el problema aquí, a mi juicio? Que, como señala el art. 5.2., la valoración de la capacidad actual del paciente –que es una cuestión meramente jurídica– la debe hacer el médico, lo que supone una diferencia notable para con los restantes juicios de capacidad jurídica, que se reservan al Juez o al Notario.

Igualmente, como ocurre en otros supuestos ya existentes, la voluntariedad y personalidad del acto quedan diluidas en algunos puntos de la norma, como cuando se permite que –ante la incapacidad del paciente (de nuevo, juzgada por el facultativo y no por fedatario o juzgador)–, sea otra persona mayor de edad quien firme la solicitud por él (art. 6.1).

Aparece aquí, entonces, el problema de la pendiente resbaladiza, el monstruo que mencionan todos los detractores de la eutanasia y que, si bien no es tan terrible como lo pintan, tampoco debe ser desechado como supuesto imposible.

Finalmente, creo que el gran problema o la gran ausencia de esta norma es que no contiene un esfuerzo por dignificar las fases finales de la vida. De ahí la

importancia –conectando con lo primero que he dicho– de tener regulada una alternativa real y sólida a la eutanasia, como son los cuidados paliativos. Pese al vitalismo existente (solo queremos la vida plena, potente, joven y bella), hay que hacer un esfuerzo –en una sociedad envejecida como la nuestra– por dignificar también los últimos momentos de la existencia. Es por ello que es necesaria –junto a la regulación de la eutanasia– una mayor planificación anticipada de la atención terminal. A este respecto, Gracia suele subrayar que cuando una persona dice “quiero morir”, en realidad, lo que está diciendo es “quiero vivir de otra manera”. Creo que la norma no debería perder de vista esta perspectiva.

JMA: ¿Qué país o países han regulado jurídicamente la eutanasia? Y entre ellos, ¿qué modelo puede ser de utilidad para una futura regulación en Latinoamérica?

VN: Lo primero que destaca es que la abrumadora mayoría de países prohíbe la eutanasia, o no la mencionan y la castigan junto con la penalización del suicidio asistido.

Circunscribiéndome al ámbito europeo, en la actualidad tienen regulada – de una forma u otra – la eutanasia: Países Bajos (2002), Bélgica (2002) y Luxemburgo (2009). En Suiza, como he dicho, se ampara el suicidio asistido. Fuera de Europa hay otros supuestos interesantes, como el de Canadá (2016), Colombia (con la famosa sentencia de 2014 que dio 30 días al Poder Ejecutivo para regular la muerte digna) y algunos Estados de EE. UU. (como Oregón, Washington o Montana), solo por citar algunos, aunque hay otros. Destaca también el caso de Nueva Zelanda, único país del mundo que ha sometido la regulación de la eutanasia a referéndum general y cuyo proyecto de ley entrará en vigor, previsiblemente, en noviembre de este año.

Aunque mi conocimiento se circunscribe, sobre todo, al área europea, creo poder afirmar que existen dos grandes modelos de regulación de la eutanasia: i) aquellos en los que las prácticas eutanásicas se despenalizan cuando la conducta del tercer agente –el que provoca la muerte– es de naturaleza compasiva y que

dan lugar a múltiples espacios jurídicos indeterminados; y ii) aquellos en los que, como ahora en España, se establece una serie de supuestos y requisitos tasados.

Por supuesto, prefiero invariablemente la segunda opción, por lo que aporta de seguridad jurídica, sobre todo para el personal sanitario que, voluntaria o involuntariamente, está en el centro de esta cuestión.

Respondiendo a lo que ya he señalado, creo que el modelo a adoptar de cara a una futura regulación sería el que mejor se atuviera a las características antropológicas de cada pueblo. No creo que pueda adoptarse una regulación para Latinoamérica y creo que cada Estado habrá de adoptar sus propias medidas. La legislación holandesa está probada por el paso del tiempo. La española, quizá, por la semejanza de las realidades, y haciendo gracia de sus carencias y fallos, también puede ser un buen modelo.

JMA: Por todo lo manifestado, ¿nos encontramos ante un nuevo derecho?

VN: La pregunta es oportuna y nada baladí. Y muy difícil de contestar. Yo, personalmente, me resisto –incluso desde el punto de vista jurídico y no meramente filosófico– a hablar de nuevo derecho. Y esto porque normalmente tenemos derecho a algo “bueno” y es complejo –y arduo y difícil– explicar la muerte –incluso desde el punto de vista hermenéutico– como algo “bueno” en sí mismo, toda vez que nuestra estructura social está montada sobre la idea de su eliminación y que hasta hace no poco el debate bioético era si todas las capas de la sociedad podrían acceder a esa vida eterna que predicaba el transhumanismo.

La muerte es un hecho inexorable. Somos el ser para la muerte (el *Sein zum Tode*, tomando la expresión de Heidegger). Más que un derecho, la muerte es en sí misma una fatalidad (en el sentido griego). De ahí que, con evidente afán conceptualista, algún autor haya hablado, no de derecho a la muerte, sino de “derecho a vivir dignamente”, conectando la práctica de la eutanasia, no con el derecho a morir, sino con el derecho a vivir de una determinada manera. No obstante, no se oculta que esta inversión conceptual descansa sobre el prejuicio apriorístico de que hay formas de vivir

la vida más dignas que otras. Y que eso, como tantas cosas en el pensamiento actual, es dogma y nada más.

Si nos atenemos al texto de la ley, ha de señalarse que la misma es ambigua y contradictoria. El Preámbulo dice expresamente que se “está ante un nuevo derecho individual”, afirmación que se repite en el art. 1, pero la regulación posterior –y otras afirmaciones del propio Preámbulo– desmienten esta afirmación.

En mi opinión, no creo que esta norma configure un nuevo derecho. El propio Legislador, como digo, es consciente de ello. La prueba es que el Preámbulo de la norma siente la necesidad de vincular la eutanasia a otros derechos sí existentes y ya acreditados, como la dignidad, la libertad o la autonomía personal. Por si esto no fuese suficiente, más adelante, en el mismo Preámbulo, se conecta la eutanasia con todo tipo de derechos, desde la intimidad hasta la libertad ideológica, en un batiburrillo sin sentido ni justificación. Por desgracia, esto es muy habitual en el Legislador español desde hace unos 10 años, que oculta bajo grandes palabras una notoria falta de contenido. Igualmente, parece desmentir que se esté ante un nuevo derecho lo limitado de los supuestos, que se circunscriben a lo que la norma llama –con técnica cuestionable y mejorable– un “contexto eutanásico”: “poner fin a la vida de quien está en una situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables”.

Del mismo modo, aunque configurado formal y nominativamente como derecho, la ley habla continuamente de despenalización de la eutanasia en determinados supuestos, lo que indica una cierta excepcionalidad, que es incompatible con el nacimiento de un derecho (*a fortiori*, puede citarse el hecho, ya comentado, de que el art. 143 del Código Penal, si bien ha sido modificado para hacerlo compatible con la LORE, no ha sido derogado). Finalmente, han de citarse las SSTC 120/1990 y 137/1990 que ya han señalado que la muerte no es ni puede ser un derecho. En realidad, a mi juicio, lo que consagra esta nueva norma es una

facultad: la de solicitar una prestación del Sistema Nacional de Seguridad Social –la eutanasia– en determinadas circunstancias y si se reúnen una serie de requisitos. Elevar esta facultad a derecho individual, con la carga que ello supone, me parece apresurado. En cualquier caso, la propia norma reconoce en gran parte de su articulado que se está ante una excepción al principio general de protección de la vida que sigue rigiendo en el ordenamiento.

Llegado a este punto, y a raíz de su pregunta, quizá sea bueno hacer un llamamiento de advertencia contra un fenómeno que se viene repitiendo desde hace unos años: la superinflación de derechos. Queremos que todo sea derecho, pero no todo puede serlo. Y esto porque, cuando todo es derecho, en realidad, nada lo es. Y quizá esto sea deseable para el poder político, porque así el individuo queda desprotegido frente al poder omnímodo del Estado.

JMA: Cuando hablamos de la eutanasia, nos preguntamos si la vida es un derecho indisponible. ¿Cuál es su opinión al respecto?

VN: Su pregunta implica dos cuestiones harto difíciles: la primera atiende al *quid* de la vida humana; la segunda, a la extensión de lo que se viene a conocer como autonomía privada o autonomía individual.

La vida es un problema desde el punto de vista filosófico y jurídico (además de biológico, antropológico...). La primera pregunta que habríamos de hacernos es: ¿qué es la vida humana? Luego, ¿cuáles son sus notas definitorias?, ¿cuál es su diferencia cualitativa con respecto a las otras vidas y por qué merece una especial protección por parte del ordenamiento?

En este punto, hemos de evitar círculos lógicos: no se puede sustentar la diferencia cualitativa de la vida humana en la dignidad (que parece ser la palabra comodín para aludir al sustrato de todos los derechos naturales, como señala el art. 10 CE y como ha indicado Peces-Barba²), que no deja de ser una reminiscencia secularizada de la creación; y, a la vez, sustentar en esa misma dignidad el fin de la vida.

2 Peces-Barba, G., Llamas Gascón, A., y Fernández Liesa, C. 2001. Textos básicos de Derechos humanos. Navarra: Aranzadi.

Igualmente, está el problema de que la vida es el sustrato de todos los demás derechos y, al entrar en conflicto con los otros, incluida la libertad, debería ser el que primara. En teoría.

Después está el problema de fijar el final de esa vida y de determinar cuál puede ser la incidencia de la autonomía privada sobre el mismo. Aparece el segundo gran problema que implica su pregunta: el de la autonomía privada. Hay una fuerte vinculación entre la eutanasia y el principio de autonomía del paciente, que en España tiene su punto de referencia en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, y que le habilita a rechazar cualquier tratamiento, incluso cuando el rechazo pueda producirle la muerte. Parece, por consiguiente, que ya el ordenamiento español había abierto una puerta a que la autonomía privada incidiera sobre el fin de la vida.

No obstante, quizá ateniéndonos a la doctrina clásica, hemos de recordar que los derechos humanos, todos, por regla general, y salvo excepciones excepcionalísimas, son indisponibles. Su titular no puede hacer nada con ellos. Esto debe hacernos pensar. La cuestión, por consiguiente, continúa abierta.

No obstante, sí que hay una cosa clara, hay una quiebra de todo lo dicho cuando la ley permite que sean terceros los que decidan sobre la vida de otro. Y esto porque entonces quien dispone de mi vida no soy yo mismo. Esto sí que debe quedar desterrado de todo ordenamiento.

JMA: Finalmente, nos gustaría conocer algunas recomendaciones para abordar con cuidado la temática de la eutanasia.

VN: Voy a limitarme a señalar algunos elementos que me parecen importantes. Primero, es necesario que se produzca un debate sereno en el seno de la sociedad. Esto no ha existido en España, donde el debate ha estado siempre excesivamente ideologizado, rápidamente apropiado por los diferentes partidos políticos, de modo que nadie se ha planteado la cuestión central que gravita en torno a esta norma (y a todas las que atañen directamente a cuestiones bioéticas) y que no es otra que aquella clásica de: “¿Qué es el hombre?”. En

efecto, si todo derecho ha sido constituido por causa de los seres humanos (así lo dice Hermogeniano), quizá solo desde esa pregunta pueda construirse algo duradero y útil.

Por eso me parece muy oportuno recomendar la huida de ideologías y creencias. El debate debe ser aséptico. Esto es prácticamente imposible en el momento actual en España, donde las posiciones políticas están excesivamente polarizadas y falta la serenidad que debe acompañar a este debate.

En segundo lugar, hay que evitar una excesiva emotivización de la cuestión. El propio Preámbulo de la norma (I) alude a que el debate en España se ha visto avivado (y habría que añadir: empañado) por “casos personales que conmueven”. El debate sobre la eutanasia debe ser un debate alejado del campo emotivo. Por ejemplo, en Países Bajos, la aprobación de la ley en 2002 vino precedida de un debate social, jurídico y filosófico de más de 50 años.

En tercer lugar, hay que dar la voz a expertos y afectados, que, por ejemplo, no han participado en el proceso de elaboración de la Ley española. Cuando se va a dictar una norma de este calado, me parece fundamental que la comisión encargada de la norma dé audiencia al personal sanitario, a expertos en bioética y, también, a los enfermos terminales y sus familias. A fin de cuenta, esta es una ley “para ellos” y debe ser hecha teniendo en cuenta sus sensibilidades.

En cuarto lugar, pienso, desde mi ser filosófico, que un correcto debate sobre la eutanasia –y otras formas de terminación de la vida– solo se podrá llevar a cabo cuando se haya iniciado una tarea de humanización de la muerte. Es necesario volver a traerla a colación. Grandes filósofos se han ocupado de ella: es la gran determinación del ser humano. Y hay que evitar caer en esa especial incoherencia lógica que vemos en el Preámbulo de la LORE, en el que se idealiza la muerte para los enfermos terminales y se la demoniza para los sanos.

En efecto, hemos expulsado de nuestras sociedades –también de nuestras estructuras psicológicas y categorías antropológicas– el sufrimiento, la enfermedad,

el dolor. En el nuevo Edén tecnológico –como en el antiguo– estas realidades no tienen cabida. Pero son realidades. Son constantes antropológicas y tienen su aspecto positivo. No pueden eliminarse sin un alto coste: frustración, ansiolíticos, antidepresivos... Esto ya lo indica Nietzsche. El dolor –físico o psíquico– no es un fracaso. Si se la pinta como lo que no es, la

eutanasia puede aparecer como una liberación de todo lo malo de la vida. Esto es fruto de haber centrado el logos de la vida en el mero bienestar. Si la eutanasia no viene acompañada de la suficiente *pedagogía*, puede ser vista como la “liberación” de aspectos que son esencialmente humanos y que, además, como especie, no deberíamos necesariamente perder.

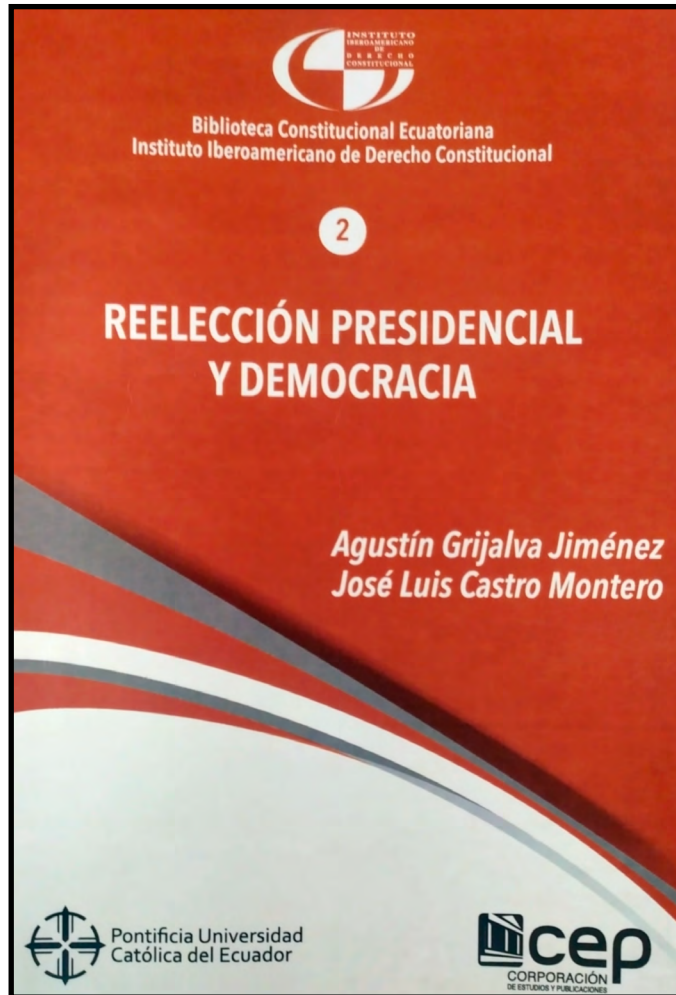
RESEÑA

Handwritten signature or stylized text in light purple.

REELECCIÓN PRESIDENCIAL Y DEMOCRACIA

La eliminación de los límites constitucionales a la reelección en Ecuador, Bolivia, Venezuela y Nicaragua

Agustín Grijalva Jiménez* y José Luis Castro Montero**



*Richard Ortiz Ortiz****

* Ph.D en Ciencia Política, Universidad de Pittsburgh, EEUU. Máster en Ciencias Políticas, la Universidad de Kansas, EEUU. Especialización en Estudios Latinoamericanos, Universidad de Pittsburgh, EEUU. Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Docente-investigador de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Juez de la Corte Constitucional de la República del Ecuador.

** Magister en Investigación, Universidad de Tilburg, Países Bajos, y KU Leuven, Bélgica. Especialista Superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

*** Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Estado de la Universidad de Las Américas (UDLA), Ecuador. Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Doctor (PhD) en Ciencia Política, Universidad de Heidelberg, Alemania. Miembro del Grupo de Investigación Derecho, Filosofía y Sociedad de la Facultad de Derecho de la UDLA. Correo electrónico: richard.ortiz@udla.edu.ec

La primera edición de la obra *Reelección presidencial y democracia* fue publicada en febrero de 2021, en la ciudad de Quito, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Sección Ecuador, en colaboración con la Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP) y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Esta publicación es el segundo número de la Biblioteca Constitucional Ecuatoriana y tiene una extensión de 189 páginas. Sus autores son el profesor universitario y juez de la Corte Constitucional Agustín Grijalva Jiménez, y el investigador y profesor universitario José Luis Castro Montero.

La obra es una síntesis bien lograda del trabajo multidisciplinario entre la Ciencia Política y el Derecho Constitucional; no obstante, es más politología que análisis constitucional. Tal vez este hecho se explica porque el tema se presta más para un análisis empírico de las cuestiones de poder, que para el debate sobre problemas de interpretación de textos constitucionales.

La estructura del libro se extiende a nueve capítulos; pero, en realidad, consta solo de cuatro partes. La primera es la sección conceptual y teórica (capítulos 1 y 2), en la que se describen los argumentos a favor y en contra de la reelección, se sistematizan los diseños institucionales y se identifican las oleadas reeleccionistas (ola autoritaria: Perón, Balaguer, Castelo Branco y Stroessner; ola conservadora liberal: Fujimori, Menem y Cardoso; y ola populista autoritaria: Chávez, Ortega, Correa y Morales); adicionalmente se discuten las falacias argumentativas de los defensores de la eliminación de las restricciones temporales al ejercicio del poder. La segunda parte (capítulos 3 y 4) se dedica a identificar y desarrollar las variables independientes de la investigación: primero, con base en un análisis cuantitativo, se expone los factores decisivos de la flexibilización de la reelección desde 1978 hasta 2017; para luego centrarse en las condiciones en que se adoptó la reelección indefinida en los cuatro casos de estudio (Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia). La tercera parte (capítulos 5, 6, 7 y 8) es un recuento descriptivo por separado de los cuatro países, según los factores explicativos identificados, seguido de una introducción a una perspectiva comparada a la investigación (capítulo 9). A los nueve capítulos se agrega

lo que debía ser el décimo y que constituye la cuarta parte de la obra: las conclusiones.

El enfoque metodológico queda disperso (introducción y pp. 37 y 60-61). Se ofrece un estudio comparado de “casos similares” con identidad en la variable dependiente (introducción de la reelección indefinida) y cierto matiz en las variables independientes (poder presidencial, recursos partidarios, rendimiento económico y social, y grado de rigidez de los procedimientos de reforma). Por tanto, la selección de los casos -que debe hacerse con fines teóricos- se fundamenta en la discriminación de aquellos países en los que, en la última ola reeleccionista, introdujeron la reelección sin límites institucionales. Si bien el estudio debía ser comparado, Grijalva y Castro optan por una descripción aislada de casos, en lugar de un estudio sistemático de las variables independientes. Este déficit se intenta compensar en el capítulo 9 con la perspectiva en “clave comparada”. En consecuencia, el método es mixto: cuantitativo (correlaciones estadísticas, no presentadas a detalle) matizado con un análisis cualitativo de los casos desde la perspectiva del enfoque del institucionalismo histórico-empírico (identificación de la combinación de factores en un contexto concreto). No obstante, el estudio es más cualitativo que cuantitativo.

El principal resultado de la investigación es que “la reelección indefinida es incompatible con la democracia y el Estado constitucional” (p. XXII). Para demostrar esta afirmación, los autores rebaten los argumentos pro reelección sin límites (capítulo 3): (a) No es cierto que sea lo mismo la reelección en un sistema parlamentario que en uno presidencial; ya que, en el parlamentarismo, normalmente los gobiernos son de coalición y hay un reparto entre distintas fuerzas políticas en el ejecutivo; además, el jefe de gobierno depende siempre de la confianza parlamentaria; y, la existencia de un jefe de Estado independiente sirve como mecanismo moderador del sistema, más allá de las fuerzas partidarias. En cambio, en el presidencialismo, “la reelección continua del presidente puede propiciar la subordinación de todas las restantes funciones respecto al ejecutivo y, por ende, una concentración del poder que deteriora gravemente el sistema republicano, a la democracia y al propio sistema presidencial

y su división de poderes” (p. 20); ya que no cuenta con los seguros del parlamentarismo. (b) Tampoco “la facultad de reelección del presidente [...] es funcionalmente comparable a la reelección de un alcalde o de un legislador, debido a la gran cantidad de poderes institucionales y asociados que ostenta el primero en comparación con los últimos” (p. 24); por esta razón, el diseño de los sistemas electorales nacionales (para presidente de la República y también para la Asamblea Nacional) y locales (gobiernos autónomos descentralizados) debería construirse con una lógica diferente. Y, (c) peor aún es aceptable que la reelección sea un derecho humano autónomo, como han insinuado los jueces constitucionales en los países en estudio; la conclusión es tajante: “Ni la teoría general de los derechos, ni el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ni las constituciones nacionales reconocen o consagran el *derecho humano a la reelección*, menos aún a del [sic] *derecho* a que el presidente en ejercicio sea reelegido sin límites” (p. 26). Al contrario, las restricciones a la reelección son mecanismos eficaces que persiguen fines vitales del régimen democrático y el Estado constitucional, como son la alternancia en el poder, la competencia electoral equitativa y limitación a la tendencia concentradora de los ejecutivos presidenciales.

Luego de dejar en claro que la reelección indefinida es en esencia antidemocrática, el estudio empírico de los casos (capítulos 5 al 8) confirma este temor. No puede ser solo una coincidencia que precisamente los gobiernos “progresistas” del socialismo del siglo XXI incluyeran dentro de su estrategia de concentración de poder el objetivo de cambiar las reglas de juego de los límites temporales al poder como mecanismo para perpetuar un proyecto político autoritario. Los cuatro casos de estudio son buenos ejemplos de cómo fuerzas antidemocráticas pueden sofocar la democracia valiéndose de mecanismos democráticos (elecciones y consultas populares) y constitucionales (asambleas constituyentes, reformas a la Constitución y justicia constitucional). El balance es desolador: la democracia no puede protegerse a sí misma; todo lo contrario, sus mecanismos sirvieron para pervertirla.

¿Pero cómo lograron los líderes autoritarios sus objetivos? Para responder a esta cuestión –que en realidad

es la pregunta de investigación–, Grijalva y Castro describen claramente la receta que emplearon los gobiernos populistas para eternizarse en el poder. Esta fórmula autoritaria tiene como ingredientes aspectos institucionales (poderes constitucionales del presidente, recursos partidarios de los detentores del poder, el rol de los jueces constitucionales y la configuración jurídica de los procedimientos de reforma), estructurales (crecimiento económico y cuestión social) y, aunque los autores no lo quieren abordar directamente, pero sí lo mencionan, conductuales (un líder fuerte con un estilo de gobierno vertical y una mentalidad antidemocrática).

De este modo, Hugo Chávez, en Venezuela, después de fracasar en el referendo constitucional de 2007, logró imponer en el 2009 la reelección indefinida mediante otra consulta popular, pero solo después de asegurar el sometimiento del órgano electoral y con la sumisa colaboración de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Por su parte, Daniel Ortega, en Nicaragua, consciente de que no contaba con apoyo parlamentario ni popular, mas sí con el servilismo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, logró en 2009 su objetivo de quebrar las barreras temporales del poder mediante una sentencia constitucional, cuyo falaz argumento era que las limitaciones a la reelección atentaban contra el derecho a la igualdad. En 2014, cuando Ortega ya había logrado afianzar su poder sobre los otros poderes del Estado, se hizo la reforma constitucional por medio del parlamento que confirmó su estrategia de permanecer indefinidamente en el cargo. En Ecuador, por su lado, Rafael Correa –el presidente con los mayores poderes presidenciales de los casos de estudio (86,29/100 en la escala de Negrero; p. 108) y con una mayoría legislativa aplastante (100 de 137 asambleístas)–, temeroso del descenso de su popularidad y de los magros resultados de las elecciones locales de 2014, optó por la reforma constitucional del 2014-2015 a través del procedimiento menos rígido de la Constitución de 2008 (enmienda, art. 441, núm. 1), con la complicidad de la Corte Constitucional de ese entonces. Los jueces constitucionales ecuatorianos defendieron la propuesta del Jefe de Estado con el atravesado argumento de que la reelección indefinida ampliaba los derechos de participación. Sin embargo, esta reforma fue derogada

mediante la consulta popular de 2018. Finalmente, en Bolivia, Evo Morales –quien al igual que Chávez fracasó en su primer intento de suprimir los límites a la reelección por medio de una consulta popular– consiguió su objetivo en 2017 con el sumiso auxilio del Tribunal Plurinacional Constitucional, que declaró la aplicación preferente de la Convención Americana de Derechos Humanos, con el rebuscado argumento de que su artículo 23, numeral 2, contiene una enumeración taxativa de las condiciones por las cuales se puede limitar el derecho a elegir y ser elegido y, entre esas, no estaría el haber ejercido anteriormente la misma función pública. En suma, y lo más desastroso de estos experimentos autoritarios, es que los jueces constitucionales no cumplieron su papel de defensores de los valores constitucionales y democráticos.

Quizá la investigación pudo haber sido más atrevida y tematizar la reelección indefina dentro del debate de los nuevos regímenes autoritarios, de los regímenes híbridos y de los populismos antidemocráticos. Especialmente si se considera que, los cuatro casos de estudio no son buenos ejemplos de “democracias electorales” –aunque la definición que ofrecen los autores corresponde más bien a las democracias plebiscitarias

(p. 152) –, sino de autoritarismos electorales, ya que las condiciones de competencia política en los cuatro países ya se habían afectado gravemente, incluso antes de las reformas reeleccionistas.

Finalmente, el mensaje de la obra es claro: “Puesto que el poder del presidente que se proyecta indefinidamente en el tiempo tiende a concentrarse y personalizarse, se genera [...] una subordinación al Ejecutivo del sistema judicial y de los órganos de control” (p. 9). Esta experiencia no es nueva. Desde el inicio de las repúblicas presidenciales latinoamericanas hubo el temor contra la tendencia de los caudillos de turno de permanecer ilimitadamente en el poder.

La publicación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional es un gran aporte al estudio de las instituciones políticas de América Latina y de la democracia. Su lectura sencilla e ilustrativa es obligatoria para entender la fragilidad de nuestras instituciones democráticas, el peligro de proyectos autoritarios y los riesgos para el Estado de Derecho cuando se instrumentaliza la justicia constitucional. Seguramente esta obra será la inspiración para futuras y reveladoras investigaciones.

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos es la revista semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, especializada en estudios jurídicos, pensada para la comunidad científica y en general interesada por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten para el conocimiento y análisis del Derecho, así como estudios interdisciplinarios que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social, desde la Filosofía, la Sociología y la Teoría Política y Constitucional, fundamentalmente.

Normas de publicación

- ▶ *Cálamo* recibe contribuciones de académicos internos y externos a la institución. Todas deben ser originales, inéditas y no estar simultáneamente postuladas para publicación en otras revistas u órganos editoriales. Una vez validadas por el Comité editorial de *Cálamo*, serán evaluadas bajo la modalidad de revisión por pares de doble ciego.
- ▶ *Cálamo* maneja una estricta política anti-plagio. Los-as autores se comprometen a citar de manera precisa las ideas que han sido adoptadas de otro texto u autor-a, y toda paráfrasis deberá contar con la referencia bibliográfica correspondiente. Antes de la aceptación de los textos y previo su envío a pares revisores, el Comité editorial de la revista realizará una verificación del contenido mediante el *software* de verificación de plagio Turnitin.
- ▶ Los-as autores conservan sus derechos de autor y autorizan a la revista *Cálamo*, de manera ilimitada en el tiempo, para incluir su texto en el número correspondiente de la revista, exhibirlo y distribuirlo en sus soportes impreso y virtual, nacional e internacionalmente. La revista permite el autoarchivo tanto del *pre-print*, como del *post-print* y de la versión final.
- ▶ El sometimiento de todo artículo, ensayo, reseña o entrevista para ser publicado en *Cálamo* presupone la aceptación de los términos incluidos en la Política editorial y la adhesión al Código de ética de la revista.

Política por secciones

Dossier: Los artículos que se publican bajo este rubro son seleccionados por su calidad académica, su amplia revisión bibliográfica, su sólido nivel argumentativo y, de preferencia, por su análisis de nivel regional e internacional.

Ensayo: En esta sección se publican ensayos de diversas temáticas, en base a una lectura crítica de la literatura académica o a una experiencia concreta de investigación.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a académicos, profesionales del Derecho o figuras públicas vinculadas al escenario jurídico y político del país y la región.

Reseña: Es una breve evaluación crítica o análisis reflexivo de un libro que haya sido publicado en los últimos dos años.

Requisitos para las secciones Dossier y Ensayo

- ▶ El artículo debe estar precedido de un resumen no mayor a 800 caracteres con espacios (*cce*), en español y en inglés.
- ▶ Los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título; en español y en inglés.
- ▶ El título del artículo no podrá contener más de diez (10) palabras. El autor podrá ampliar la extensión del mismo utilizando un subtítulo. Si el editor sugiere cambios, serán aplicados en mutuo acuerdo.
- ▶ El artículo deberá contar con conclusiones y recomendaciones.
- ▶ La extensión de los artículos será de 30.000 a 45.000 *cce* (incluyendo notas al pie y recuadros).
- ▶ El artículo en su totalidad deberá ajustarse a las normas de citación CHICAGO.
- ▶ El Centro de Publicaciones, en la etapa de edición, podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.
- ▶ Los artículos que se ajusten a las normas señaladas se considerarán como recibidos y se procederá a notificar al autor. Los que no, serán devueltos a sus escritores.

Requisitos para la sección Reseña

- ▶ Se aceptan reseñas de libros publicados en los últimos dos años.
- ▶ Tendrán una extensión de entre 3.000 y 5.000 *cce* (incluyendo notas al pie y recuadros).
- ▶ No deben contar con resumen.
- ▶ Deben presentar los siguientes datos: apellidos y nombres del autor, año, título de la obra, edición, editorial, lugar, número de páginas. Puede señalarse la formación del autor, su competencia, experiencia, su fin al escribir la obra. También debe presentar la portada escaneada de la publicación.
- ▶ Tendrán que indicar cómo está organizado el texto (capítulos, partes, relatos, etc.), su ordenación o composición precisa, es decir, la manera en que sus diversas partes se relacionan y articulan entre sí construyendo una estructura.
- ▶ Deben contar con conclusiones o juicios críticos, donde se hablará sobre las aportaciones y repercusiones teóricas, sociales, políticas, educativas, futuras, etc., y se hará un balance de las observaciones personales, reducidas a líneas generales.

Orientaciones para el envío de contribuciones

Los autores-as deberán remitir junto al artículo un FORMULARIO DE AUTOR que está disponible en la página web www.calamo.ec, en el mismo se especificará su grado académico/ institución a la que se encuentra vinculado, el título del artículo, la fecha de envío y dirección (postal o electrónica). Además, deberá incluir una breve semblanza curricular e indicar si desea que se publique su correo electrónico. Los envíos pueden hacerse a través de la página calamo.ec o por correo electrónico a calamo@udla.edu.ec.



udla.