



La eutanasia de menores: ¿por qué un criterio etéreo?

Resumen: El debate reciente sobre la eutanasia de menores se mueve sobre dos tendencias. Por una parte, la evolución de la mentalidad ligada a una reflexión sobre la práctica de la eutanasia, que ha sido despenalizada en Bélgica y en los Países Bajos. Por otra parte, una toma de conciencia gradual sobre el carácter potencialmente problemático de los criterios etéreos que llenan nuestra legislación, a través de una preocupación por las discriminaciones. Esta conjunción invita a reflexionar sobre la función del criterio etéreo, especialmente en situaciones tales como la eutanasia, donde un examen individualizado y profundo es en todo caso imperativo. Subrayamos la especificidad de la edad con respecto a otros criterios de tratamiento diferenciado tales como el género o el origen étnico. Exploramos enseguida en qué medida, incluso en una configuración donde el examen individualizado es obligatorio, podría ser justificada, a pesar de todo, la conservación de un criterio etéreo. Insistimos finalmente sobre la necesidad de conceder al criterio etéreo en eutanasia un peso limitado, reduciendo tanto como sea posible el ámbito de las presunciones de derecho o presunciones irrefutables y reduciendo al máximo las diferencias entre los regímenes de eutanasia resultantes.

Axel Gosseries¹

Si bien el interés general no puede ser perdido de vista, el problema práctico y primero de toda ley sobre la eutanasia es aquel de ofrecer garantías de protección para el interés del paciente, buscando que la decisión tomada no sea el fruto de presiones indebidas por parte de los parientes, ni de la obstinación del cuerpo médico, ni el resultado de una decisión precipitada del paciente mismo. Esto coincide, en el caso de los menores, con el espíritu de la convención de 1989 sobre los derechos del niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.²

1 Investigador cualificado (Chercheur qualifié) del FNRS y profesor de la Universidad de Lovaina (UCL). El autor agradece a B. Alaez Corral, G. Cohen, N. Eyal, Ph. Gosseries, B. Hellman, J. Kwashin, I. Roskam, G. Willems, E. Zech y muy especialmente a A.-F. Colla por sus sugerencias. Las tomas de posición en este texto sólo comprometen al autor. Ésta es una versión en español de un paper publicado en francés en octubre de 2013 en La Revue Nouvelle (Bélgica)

2 Art 3 § 1

Durante la última legislatura tuvo lugar en el Senado un candente debate sobre la extensión del campo de aplicación de la ley del 28 de mayo de 2002, relativa a la eutanasia. Aunque no era el único, uno de los asuntos era aquel del desplazamiento o de la supresión del límite de edad, fijado hoy en día, en principio, en los 18 años. Esa esta pregunta sobre el criterio lo que nos ocupará aquí. Sostendremos que la extensión del régimen actual a los menores no implicaría de ninguna manera su aplicación a los casos de neonatos. La ley relativa a la eutanasia prevé que el médico debe asegurarse de que el paciente sea “capaz y consciente al momento de la solicitud” y que esta “solicitud sea formulada de manera voluntaria, reflexiva y repetida, y que no sea el resultado de una presión externa”³. Claramente, la ley no despenaliza forma alguna de suicidio asistido. Se limita a los casos en los cuales el paciente se encuentra en una “situación médica sin salida en la cual el paciente sufre dolores físico y emocionales constantes e insoportables que no pueden ser aliviados y resultan de una afección accidental o patológica grave e incurable”⁴.

Defenderemos aquí la extensión del régimen actual a los menores de 18 años, sobre la base de dos preocupaciones. En primero lugar, el carácter potencialmente injusto del recurso a criterios étáeos en numerosos ámbitos de nuestra existencia ha sido subestimado, incluso si disponemos desde 2007 de una legislación contra la discriminación étáea⁵. En segundo término, un análisis refinado de la función del criterio étáeo invita a preguntarse sobre su no-redundancia en el caso de la eutanasia. El argumento se desarrollará en varios momentos. Indicaremos por qué el recurso a un criterio étáeo debe estar debidamente justificado. Insistiremos luego sobre la función de proxy, de sustituto aproximativo de este criterio. Examinaremos finalmente si, desde la perspectiva de esta función, el uso del criterio étáeo puede a pesar de todo justificarse en el caso de la eutanasia, y, en caso afirmativo, en qué forma.

Este tema no es, desafortunadamente, únicamente teórico. Podemos traer a cuento a este respecto un caso emblemático de rechazo del tratamiento -en el cual no hablamos, por tanto, estrictamente de eutanasia-; el caso de B. Agrelo. Nacido con un hígado deficiente, debió someterse a un trasplante a la edad de 8 años. Después de tomar cicloporina durante 5 años, tuvo que someterse a un segundo trasplante, como consecuencia de lo cual tuvo que pasar a una medicación experimental que le impedía llevar una vida normal. El joven Benito decidió reducir progresivamente las dosis y terminó por poner fin al tratamiento a la edad de 15 años, contra la opinión de los

3 Art 3 § 1, 1 y 2

4 Art 3 § 1, 3. Para un análisis crítico a la luz de la experiencia holandesa: E. Montero, 2013. *Rendez-vous avec la mort. Dix ans d'euthanasie légale en Belgique*, Limal: Anthemis, 137 p.

5 La ley antidiscriminación del 10 de mayo de 2007 es aplicable a la edad (art. 3) y a los cuidados sanitarios (art. 5 §1).

médicos. Un juez local, después de interrogar personalmente al adolescente, le reconoció su derecho a rechazar tal tratamiento. Benito murió seis meses después⁶.

El criterio etéreo no es anodino

Como nuestro origen étnico, nuestra lengua materna o nuestro sexo, nuestra edad civil es una característica sobre la cual no podemos disponer. Por tanto, llevar a efecto diferenciaciones en los tratamiento basadas en tales criterios requiere una justificación. En algunos casos, tendríamos buenas razones para recurrir a criterios etéreos, incluso si la fijación exacta de la edad reviste inevitablemente un poco de arbitrariedad. El carácter parcialmente arbitrario de la escogencia de una edad determinada (v. gr. 18 en vez de 17) no implica ni que la escogencia de esta edad sea totalmente arbitraria⁷, ni que el hecho mismo de escoger un criterio etéreo -cualquiera que sea- sea necesariamente un acto de arbitrariedad⁸.

La edad que tenemos escapa a nuestra voluntad y presenta una particularidad. Evoluciona con el tiempo, lo que no es el caso en cuanto a nuestro origen étnico, nuestra lengua materna o nuestro sexo. Este carácter evolutivo tiene ciertamente como consecuencia hacer más pasajero el impacto negativo de una diferencia de trato en razón de la edad. Pero el carácter evolutivo de la edad es pertinente en el plano normativo por una razón más profunda, que se relaciona con la idea de la “vida completa”⁹. La hipótesis es la siguiente: si se satisfacen ciertas condiciones, un tratamiento diferenciado en detrimento de una clase etérea particular puede traducirse en ningún trato diferenciado sobre la vidas completas (argumento defensivo). En algunos casos, diferenciar por la edad puede incluso contribuir a crear una mayor igualdad sobre las vidas completas entre generaciones sucesivas (argumento ofensivo). Este hipótesis, tomada en cuenta por ejemplo por la Corte de Justicia de la Unión Europea al considerar como objetivo legítimo de adoptar una medida de retiro forzoso basado en la edad el de procurar promover un mayor equilibrio entre generaciones, en el sentido de promover una mejor repartición del acceso al empleo para las generaciones sucesivas¹⁰.

6 S. Lonowski, 1995. “Recognizing the right of terminally-ill mature minors to refuse life-sustaining medical treatment: the need for legislative guidelines to give full effect to minors' expanded rights », J. of Family Law, 34(2) : 421-445.

7 Proposición Vanlerberghe et al., 28 oct. 2010, Ch., 2010-2011, 53 – 0496/1, p. 3 (« no se trata de una edad puramente arbitraria », itálicas nuestras).

8 Proposición van Cauter et al., 7 Fév. 2013, Ch., 2012-13, 53 – 2633/1, p. 4 (« es totalmente arbitrario imponer una edad mínima », itálicas nuestras).

9 Ver D. McKerlie, 2012. Justice Between the Young and the Old, Now York/Oxford : OUP, 240 p. (chap. 2)

10 Ver A.-F. Colla & A. Gosseries, 2013. “Discrimination par l’âge et droit transitoire. Réflexions à partir de Commission/Hongrie (C-286/12)”, Journal des tribunaux du travail, 43 (1149), n° 19, pp. 72-73.

La igualdad entre dos personas de edad diferente sobre sus vidas completas es generalmente un objetivo más pertinente que el de una igualdad entre ellas en cada momento del tiempo. El argumento de las vidas completas, ¿es acaso suficiente para justificar la falta de seriedad en el uso del criterio de la edad, comparado con el sexo, el origen étnico o la lengua materna? No. Por dos razones. De una parte, la igualdad sobre las vidas completas a veces es insuficiente. En efecto, para algunos, el acceso a determinados bienes y servicios de base debería ser posible durante toda la vida¹¹. De otra parte, la diferencia de trato en virtud de la edad genera con frecuencia en los hechos una diferencia sobre las vidas completas. Esto es cierto cuando se modifica un límite de edad. Es cierto también cuando no se modifica un límite de edad mientras que el entorno cambia. Por ejemplo, un retiro forzoso basado sobre una edad determinada tendrá un impacto muy diferente sobre una generación que vivió el pleno empleo que sobre otra que se enfrentó con un mercado laboral deprimido. También es cierto porque a medida que las cohortes se suceden, las tasas de fecundidad cambian y la esperanza de vida evoluciona, lo cual altera el impacto de una regla determinada sobre las generaciones sucesivas. En tales casos, más frecuentes de lo que uno se imagina, donde la diferenciación en virtud de la edad engendra diferencias de trato sobre las vidas completas, el recurso a un criterio étéreo es potencialmente problemático, aún cuando nuestra edad evoluciona.

Además, el criterio étéreo engendra potencialmente una diferencia sobre las vidas completas por una razón particular en el caso que nos ocupa. No es plausible, como se hace en relación con la negación del derecho al voto a los menores de 18 años, pretender que el rechazo de la eutanasia a un menor de 15 años sea compatible con la igualdad sobre las vidas completas. Una persona con la mala suerte de encontrarse, desde los 15 años, en condiciones que autorizan la eutanasia, tendría que esperar más tiempo que una persona de más de 18 años que se encontrase en la misma condición médica. El criterio étéreo es problemático. Es importante que veamos si existen justificaciones para su utilización.

La función de proxy de la edad

¿Cuál es entonces la justificación posible de los criterios étéreos en nuestros sistemas jurídicos y, particularmente, en el caso de la eutanasia? Nuestras reglas sociales recurren constantemente a criterios que tienen el rol de indicadores de otras cosas. El recurso al criterio étéreo no escapa a esta regla. La edad es utilizada como un “proxy”, como un indicador, un anticipador, un sustituto aproximativo. Y no es insensato pensar, especialmente para las franjas de edad más precoces y para las más avanzadas, que la

11 Ver A. Gosseries, 2011. “Qu’est-ce que le suffisantisme?”, *Philosophiques*, 38(2), pp. 465-492.

edad, en tanto está vinculada al paso del tiempo, puede estar asociada a la evolución de las capacidades físicas, emocionales o intelectuales. El hecho de querer proteger a los menores resulta claramente de una hipótesis según la cual, en general, los menores tienen capacidades diferentes de las de los adultos. Incluso si hay una tendencia a subestimar la variabilidad entre los individuos dentro de las franjas de edad intermedias, en los dos extremos de nuestra existencia, los fenómenos de aprendizaje y envejecimiento tienen un impacto significativo sobre las capacidades de cada uno. Esto sugiere tres reflexiones.

En primer término, si un niño de 5 años tiene generalmente capacidades físicas e intelectuales más reducidas que aquellas de un joven adulto de 25 años, podríamos decir que la edad es un criterio “objetivo”, incluso si la relación no es estadística. La Corte de Justicia de la Unión Europea ha reconocido en diversos pronunciamientos la legitimidad de establecer una relación entre un criterio etéreo y la capacidad para ejercer ciertos oficios, tales como bombero o dentista¹². Sin embargo, podemos constatar que dentro de una sociedad racista o sexista, la raza o el sexo de una persona también son anticipadores “objetivos” de ciertas capacidades. Por ejemplo, si dentro de una sociedad determinada, en virtud de su origen étnico o su género algunas personas son sistemáticamente excluidas del acceso a la educación, el origen étnico y el sexo serían muy “buenos” anticipadores de las capacidades que la escuela permite típicamente desarrollar. Sin embargo, incluso si tales criterios son “objetivos”, en el sentido en que existe efectivamente, en virtud de las reglas de organización específicas de una sociedad dada, una relación fuerte entre la “raza” y el sexo de un lado, y ciertas competencias del otro, sería totalmente inaceptable justificar con base en tal argumento las diferencias de trato basadas sobre la “raza” o el sexo en dicha sociedad.

¿Por qué habría de ser de otro modo en cuanto a la edad? No es porque la edad y las competencias en cuestión tengan una relación más “natural” -y por lo tanto “objetiva” en este sentido particular- que aquellas que unirían a la “raza” o el sexo con determinadas competencias en una sociedad racista o sexista. La relación edad-competencia también es en parte el resultado de escogencias sociales, relativas por ejemplo a la intensidad del proceso de aprendizaje impartido en la escuela obligatoria, al carácter obligatorio de la escuela, a la uniformización de la enseñanza, todo lo cual fortalece la relación entre la edad y ciertas competencias. Lo que nos parece determinante en nuestra percepción sobre la mayor aceptabilidad de los criterios etéreos es sin duda la conjunción de dos factores: la edad es “objetivamente” un buen anticipador (al menos a ciertas edades) y las reglas de organización social que explican en parte el que la edad sea un buen anticipador no son problemáticas - como lo son

12 Ver A. Gosseries, 2013. “La discrimination par l’âge en assurance à la lumière du droit européen du travail”, *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 86(6): 14982.

aquellas de una sociedad racista o sexista- en particular porque no engendran necesariamente diferencias sobre las vidas completas.

Nuestra segunda reflexión tiene que ver con la duda que podría surgir en cuanto a saber si la edad es acaso un proxy. Los casos en los que no lo es son muy escasos. Imaginemos la hipótesis de dos candidatos para un trasplante vital, teniendo en cuenta que sólo existe un órgano a trasplantar. Podría utilizarse la edad de cada uno de ellos como criterio de selección, solo o conjuntamente con otros criterios. Pero la edad sería en realidad un proxy de la cantidad total de años de cada uno en los dos casos posibles (que el órgano sea asignado a uno o al otro). Este es por lo menos el caso de una teoría que se preocupa por la igualación de la extensión de las vidas, todo lo demás siendo igual. Las cosas son diferentes para una teoría del tipo “fair innings”, para la cual la justicia exige que cada persona llegue a una cierta cantidad de años mínima, necesaria para una vida realizada (por ejemplo, 70 años)¹³. Puede ser que en nuestro caso ambos pacientes hayan alcanzado esta edad¹⁴. Se asignaría el órgano en cuestión, ya sea por sorteo, o sobre la base de otros criterios, por ejemplo, seleccionando al paciente que pudiese maximizar la cantidad de años adicionales como resultado del trasplante, o dándole el beneficio al paciente que tiene más niños a cargo. En este caso es posible que la edad de la persona no tenga el rol de “proxy”. Pero es un caso rarísimo, que tiene que ver con la conjunción entre una teoría muy específica (fair innings) y una hipótesis en la cual los dos pacientes han alcanzado en todo caso la edad suficiente. En la gran mayoría de los casos, la edad se comporta como un proxy.

Finalmente, el tercer elemento de reflexión tiene que ver con las razones por las cuales un sistema jurídico tiende a utilizar la edad como proxy. Podemos evidentemente poner en evidencia su comodidad administrativa en las sociedades en las cuales la edad de las personas está documentada. Esto es particularmente importante cuando una legislación afecta a una cantidad importante de individuos. Pero el recurso al criterio étéreo representa también otras ventajas porque evita los efectos problemáticos que resultarían de un análisis más refinado sobre el “x” del cual la edad es un proxy. Tomemos dos ejemplos. En el caso del derecho al voto, podríamos renunciar a una edad-umbral y pasar a un examen individualizado de las competencias políticas de las personas, a través de un examen que desembocara en un permiso de voto. Pero el riesgo sería a la vez el de politizar el examen concernido y el de crear una ciudadanía a dos velocidades, en la cual algunos disponen del derecho al voto desde más jóvenes, mientras que otros no accederían eventualmente nunca a la calidad de electores. En el mismo sentido, en el caso de la edad como criterio de mayoría de edad sexual, podríamos imaginar renunciar al criterio étéreo en pos de un examen de madurez emocional y sexual. En este caso, el

13 Ver G. Bogner, 2008. « Age-Weighting », *Economics & Philosophy*, 24, pp. 178 ss.

14 Gracias a N. Eyal por haber llamado mi atención sobre este punto.

riesgo principal es el de invadir la vida privada de las personas sin ganar nada significativo por el hecho de unir más estrechamente la madurez emocional y sexual de cada uno. Lo que estos dos ejemplos traducen -así como otros, tales como el del retiro forzoso basado en la edad-, es una estrategia que privilegia la exclusión de una clase etárea con respecto a la exclusión de individuos particulares. En razón del carácter evolutivo del criterio etéreo, dicha estrategia puede ser considerada por algunos como menos problemática que una aproximación más individualizada; incluso si la primera puede conducir en realidad a la estigmatización de una clase etárea entera más que a la de individuos particulares.

¿El criterio etéreo es en este caso redundante?

Si bien la edad presenta una especificidad - su carácter evolutivo- que permite movilizar el argumento de las vidas completas, las condiciones operativas de este argumento son violentadas con frecuencia. Más aún, casi siempre la edad es utilizada como sustituto aproximativo de otra cosa; como indicador de una determinada capacidad (física, emocional, intelectual, etc.). Nuestra pregunta sobre la función del criterio etéreo en el marco de una ley sobre la eutanasia es la siguiente: si la edad no es un criterio anodino, el recurso al criterio etéreo debe tener una función identificable. Es difícil aislar una función del criterio etéreo en el contexto de la eutanasia diferente del de ser un proxy de la capacidad de discernimiento o de la madurez del paciente. Pero, repitámoslo, la ley sobre la eutanasia que está actualmente vigente exige en todo caso que el médico verifique que el paciente sea “capaz y consciente al momento de la solicitud” y que la “solicitud sea formulada de manera voluntaria, reflexiva y repetida, y que no sea el resultado de una presión externa”¹⁵. Adicionalmente, tengamos en cuenta que, contrario a lo que ocurre en los ejemplos del criterio etéreo para la mayoría de edad sexual o electoral, existen en este caso buenas razones para proceder en la eutanasia a exámenes individualizados. La pregunta es entonces la siguiente: si la edad es utilizada como proxy de un “x” (en este caso, la capacidad de discernimiento) y si la existencia de este “x” debe en todo caso ser el objeto de un examen a profundidad e individualizado, el recurso a un criterio etéreo, ¿no resulta acaso redundante? ¿No sería mejor renunciar en este tipo de casos a todo criterio etéreo, porque sería inútil aunque no anodino?

Esta es la objeción de la redundancia. Para evaluar su peso, distingamos nuestro caso de otros dos. En primer lugar, la ley sobre la eutanasia establece un límite preciso de edad (18 años en principio). En cambio, otras legislaciones exigen tomar en cuenta la edad y la madurez como dos variables distintas, sin imponer un límite de edad definido. En tales casos, hay claramente una redundancia problemática si la edad no tiene otra

función que la de ser un proxy de la madurez. Este es el caso de la ley del 22 de agosto de 2002 sobre los derechos del paciente, que prevé para los menores que, “según su edad y su madurez, el paciente tiene derecho a ejercer sus derechos”¹⁶. El caso de la ley sobre la eutanasia se distingue de las anteriores al unir un examen individualizado de la capacidad de discernimiento/madurez con un criterio de edad definido.

En segundo lugar, existen situaciones en las cuales el examen individualizado se impone en conjunción con un límite de edad definido, diferenciándose, no obstante, del caso de la eutanasia. Pensemos en el examen práctico para la obtención del permiso de conducir. Este examen individualizado pretende verificar que el candidato esté en capacidad de poner en práctica su conocimiento del código de carretera así como que esté en capacidad de controlar los elementos técnicos de su vehículo y moverse por las vías. Sin embargo, el legislador consideró útil prever diferentes límites de edad en función del tipo de vehículo concernido, además de la exigencia del examen práctico. Una hipótesis es que el examen individualizado no concierne el mismo “x” del cual la edad es un proxy. Podemos pensar que si la edad es el proxy de la madurez de la persona, el examen práctico tratará sobre asuntos distintos a la madurez general del candidato a conductor. En tal caso, si el objeto del examen en profundidad no coincide con la variable de la cual la edad es un proxy, podremos concluir que no hay redundancia¹⁷.

El caso de la ley sobre la eutanasia es específico. De un lado, define una edad precisa. Del otro, la edad tiene el rol de proxy de una variable que puede ser presentada como idéntica a aquella que es el objeto del examen en profundidad que el médico debe efectuar obligatoriamente según la ley. La objeción de la redundancia conserva, por lo tanto, toda su vigencia. Es posible, sin embargo, que el criterio de la edad pueda tener un valor agregado en este caso, aún si la edad es un proxy de una capacidad idéntica a la que se analiza en el examen individualizado que hace el médico sobre el paciente. El legislador puede querer dar una indicación general sobre la existencia probable de la capacidad de discernimiento. El objetivo es el de reducir al máximo los casos en los cuales concluiríamos la ausencia de capacidad cuando esta capacidad está presente, y -a la inversa- la presencia de capacidad cuando ésta está ausente. El legislador puede llevar esto a cabo mediante un juego de presunciones ligadas a los límites de edad, combinándolos con el examen individualizado, modificando la orientación en cada

16 Art. 12, §2 (itálicas nuestras). Así mismo, el artículo 12 §1 de la convención de 1989 de los derechos del niño prevé que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” (itálicas nuestras).

17 Gracias a B. Hellman por haber llamado mi atención sobre este punto.

caso¹⁸. Esta es la respuesta posible al argumento de la redundancia en un caso en el cual el criterio etéreo y el examen individualizado tienen el mismo objetivo.

Dos edades-bisagra, dos presunciones

Examinemos brevemente qué forma podría adoptar este juego de presunciones en el caso de la eutanasia y por qué sería inapropiado concederle demasiada importancia. Un sistema de presunciones puede moverse en tres dimensiones. En primer término, puede establecer presunciones para ciertas clases etéreas y no para otras (v. gr.: presunción de ausencia de “x” antes de una edad determinada, y ausencia de presunción después de esta edad). En segundo término, la presunción puede ser negativa (ausencia de capacidad) o positiva (existencia de capacidad). Finalmente, la presunción puede ser refutable (v. gr.: cuando la ley permite otorgar el estatus de menor emancipado a menores de 18 años) o irrefutable (v. gr.: cuando la ley fija el derecho al voto a los 18 años sin abrir la posibilidad de demostrar la competencia personal antes de esta edad).

El régimen actual en materia de eutanasia puede ser presentado de la siguiente manera en lo que tiene que ver con la capacidad de discernimiento:

Antes de los 18 (o 16)¹⁹ años: presunción irrefutable de ausencia de capacidad.

A partir de los (16 o) 18 años: ausencia de presunción y necesidad de verificar la existencia de la capacidad.

Sería impreciso afirmar que el legislador presume, para la eutanasia, la existencia de la capacidad de discernimiento más allá de los 18 años, como lo hace para el derecho al voto. Cuando la presunción es refutable, su negación implica necesariamente un examen individualizado. Pero si un examen individualizado es en todo caso considerado como necesario para verificar la existencia de una capacidad, la necesidad de dicho examen es incompatible con la hipótesis de una presunción positiva de existencia de la capacidad.

Me parece indispensable extender el ámbito de la ley a los menores de 18 años. Podría hacerse insertando una categoría intermedia, vía una presunción refutable de ausencia de capacidad de discernimiento entre una edad por determinar y los 18 años²⁰. Como

18 Sobre la edad como criterio de definición de un ámbito de presunción: M. Mercat-Bruns, 2011. « La CJUE et les présomptions sur l'âge », *Revue de jurisprudence sociale*, 12/11, pp. 817-819.

19 La eutanasia está permitido para los menores emancipados, a partir de los 16 años (Art. 3 §1, al 1).

20 Ver por ejemplo el régimen aplicable al control de las donaciones en los casos de interdicción provisoria.

justificar esta modificación? Una cosa es determinar por qué el recurso a un criterio étéreo no es necesariamente redundante. Otra cosa es justificar por qué las presunciones actuales y los límites de edad elegidos deberían ser modificados. Me parece que es posible argumentar en dos sentidos. El primero tiene que ver con la irrefutabilidad. Una presunción irrefutable tal como la que actualmente es aplicable a los menores de 18 años para la eutanasia, no requiere un examen individualizado. La presunción sustituye totalmente al examen. Dado que el criterio étéreo no es anodino, es esencial renunciar hasta donde sea posible a las presunciones irrefutables, especialmente en los casos en los cuales se considera satisfactorio proceder mediante exámenes individualizados para otras categorías étéreas. En este caso, el recurso a una presunción irrefutable, que cubre hoy en día a todos los menores de 18 años, es desproporcionado. El segundo argumento tiene que ver con la coherencia del legislador. Si el legislador establece reglas que permiten a los jóvenes de 12 años interponer quejas graves, en lo que tiene que ver con su salud, resulta incomprensible que considere al mismo tiempo que sea casi imposible que un joven de la misma edad disponga de la capacidad de discernimiento necesaria para tomar una decisión de solicitud de eutanasia.

Inspirémonos de una regla clásica del common law utilizada en derecho penal y en derecho de las obligaciones, designada por la expresión “rule of sevens” y que puede ser presentada de la siguiente manera²¹:

Antes de los 7 años: presunción irrefutable de ausencia de capacidad

De los 7 a los 14 años: presunción refutable de ausencia de capacidad

De los 14 a los 21 años: presunción refutable de existencia de capacidad

Podemos modificar esta regla en varios aspectos y proponer en el caso de la eutanasia:

Antes de los 7 años: presunción irrefutable de ausencia de capacidad

De los 7 a los 18 años: presunción refutable de ausencia de capacidad

Después de los 18 años: ausencia de presunción y necesidad de verificar la existencia de capacidad.

21 Ver D. Hart, 2001. « Recent decision : In Determining the Criminal Liability of a Parent, Neither the Maturity of an Unemancipated Minor nor the Minor's Right to Privacy are Affirmative Defenses to Discharge Parental Duties to their Minor Children in Life Threatening Situations », *Duquesne L. R.*, 40, p. 154, note 56 ; Voir aussi Lonowski, *op. cit.* , p. 440.

Justifiquemos y precisemos esta presunción con cuatro observaciones. Primera, la ley actual abre la posibilidad de eutanasia para menores emancipados. Esto indica que no es absurdo abrir esta posibilidad a los menores de 18 años, especialmente si en todo caso se exige un examen individualizado, incluso si el procedimiento de emancipación requiere un procedimiento específico y sólo está abierto a partir de los 16 años.

Segunda, la definición de la primera edad-bisagra puede, evidentemente, ser discutida²². Es una cuestión de grado. Hay que tener en cuenta lo que nos enseña la psicología del desarrollo y lo que el derecho ha utilizado como edades en otras legislaciones, sin subestimar la necesidad que tiene el derecho de evolucionar. Algunos pensarán que el umbral de los 7 años es demasiado bajo. Sin embargo, una presunción irrefutable en un asunto de tanta importancia sólo debe ser utilizada si el legislador tiene estadísticamente posibilidades ínfimas de equivocarse, especialmente si más allá de la edad-bisagra subsistiría una presunción -refutable- de ausencia de capacidad, asociada a la necesidad de un examen individualizado de acuerdo con el régimen actual. La literatura psicológica relativa a la comprensión de los diferentes componentes de la muerte (irreversibilidad, universalidad,...) sugiere que una visión completa de los diferentes componentes de la muerte puede intervenir en ciertos casos desde la edad de 7 años²³.

Más aún, el legislador ha estimado que sólo a partir de los 12 años un niño tiene la capacidad de discernimiento suficiente en materia de consentimiento a la adopción²⁴ y puede tenerla en caso de donación de órganos susceptibles de regenerarse en favor de un hermano o hermana²⁵. Notaremos que varios textos otorgan derechos a menores si disponen de la capacidad de discernimiento, sin definir edades en tales casos, trátase por ejemplo del derecho a ser escuchado por un juez en todo proceso que lo concierna²⁶ o por un médico en materia de donación de sangre por parte de menores de 18 años en casos de extrema necesidad médica²⁷. Así mismo, todo menor, de cualquier edad, si es “capaz de manifestar su voluntad” puede oponerse al retiro de órganos post-mortem²⁸, y la ley relativa a los derechos del paciente de 2002, totalmente pertinente para el caso

22 Cfr. Proposition Defraigne, 23 sept. 2010, Sén., 2010-2011 (extraord.), 5 – 179/1 (extension limitée à 15 ans).

23 Ver por ejemplo: V. Slaughter & M. Griffiths, 2007. “Death Understanding and Fear of Death in Young Children”, *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, vol. 12, p. 525; F. Bonoti, A. Leondari & A. Mastora, 2013. “Exploring Children’s Understanding of Death: Through Drawings and The Death Concept Questionnaire”, *Death Studies*, 37, p. 48.

24 Código civil de Bélgica, art. 384-1.

25 Ley del 13 de junio de 1986 sobre la donación y trasplante de órganos, artículo 7. Ver, más generalmente: A. Nottet, 2012, «Le mineur en droit médical», in G. Genicot (coord.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, Anthemis/CUP, pp. 188 ss.

26 C. jud., art. 931.

27 Ley del 5 de julio de 1994 relativa a la sangre y los derivados de la sangre de origen humano, art. 9.

28 Ley del 13 de junio de 1986 sobre el retiro y el trasplante de órganos, art. 10.

que nos ocupa, estima innecesario determinar una edad umbral por debajo de la cual el menor sería incapaz “para apreciar razonablemente sus intereses”²⁹.

Independientemente de la definición de edades precisas, podríamos también desear multiplicar las edades-bisagra. Conocemos sin duda otros regímenes en los cuales se utiliza una gradación de edades-límite más refinada. Es el caso, por ejemplo, de las clasificaciones televisivas, donde se movilizan cuatro edades (10, 12, 16 y 18 años), y se definen 5 categorías³⁰. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, donde un examen individualizado es indispensable, sólo tres regímenes resultan lógicamente posibles, a menos que se pretenda diferenciar el objeto de este examen individualizado más allá de una distinción entre “mostrar que un niño tiene capacidad en el contexto de una presunción de ausencia de capacidad” y “mostrar que un menor tiene la capacidad sin presunción general”.

Finalmente, una pregunta clave es evidentemente la de definir exactamente qué diferencia práctica implica el hecho de verificar la existencia de una capacidad de discernimiento en un contexto de presunción refutable de ausencia de capacidad y en un contexto de ausencia de presunción. Hay al menos una diferencia simbólica, cuya importancia para los médicos y los ciudadanos no debe subestimarse. También podemos imaginar que un juez pudiera estimar que la verificación debiera ser aún más profunda en el primer caso que en el segundo.

Teniendo en cuenta lo anterior, un argumento doble se erige en favor de una diferenciación débil de los regímenes aplicables a los mayores de 7 años y a los mayores de 18 años. Primero, si el legislador estima realmente que el riesgo de juicio erróneo en cuanto a la capacidad de discernimiento de los pacientes es significativo, debería también inquietarse por los mayores y modificar en consecuencia el régimen existente adicionando garantías suplementarias para el conjunto de los regímenes, más que diferenciar los regímenes en función de la edad. Segundo, existe ciertamente el riesgo de que una diferenciación fuerte de los regímenes debilite el régimen aplicable a los mayores de 18 años. Este riesgo de banalización es evidentemente menos fuerte si desaparece del todo la presunción después de los 18, más que si hay una presunción de capacidad. Sin embargo el riesgo subsiste. Es por eso que deben concebirse la diferenciaciones de los regímenes para los mayores de 7 y los mayores de 18 como inicialmente simbólicas, conservando el examen en profundidad en los dos casos.

29 Ley relativa a los derechos del paciente supra, art 12§2

30 Decreto gubernamental de la comunidad francófona, 21 de febrero de 2013, relativo a la protección de menores contra los programas televisivos susceptible de dañar el florecimiento físico, mental o moral, art 1 §1.

Recordemos que, incluso sin que hubiera criterio etéreo alguno, el régimen actual, aplicado correctamente, ofrece en principio todas las garantías desde el nacimiento.

Podemos evidentemente excluir la idea de adicionar a esta diferencia de presunciones restricciones procedimentales específicas aplicables a la eutanasia de menores. Propuestas tales como la consulta obligatoria de un pediatra, de un pedo-psiquiatra, de un psicólogo y/o de los padres (u otros representantes legales), o la imposición de un cuestionario específico bajo la supervisión del médico, tienen sentido. Pero aquí también debemos recordar, de un lado, los riesgos antes mencionados ligados a una excesiva diferenciación de los regímenes, y de otro, el hecho de que la posición de los padres no va necesariamente siempre en el mismo sentido del interés del niño. Es por esto que exigir no sólo una consulta de los representantes legales del niño sino también su consentimiento, es un paso suplementario difícil de justificar³¹.

Conclusión

Podríamos tener la sensación de que este texto ha dejado lo esencial de lado. Para algunos, el asunto no es saber a partir de qué edad una persona puede tener el discernimiento necesario para solicitar la eutanasia. Incluso si la capacidad de discernimiento existe, ha sido ejercida repetidamente, frente a sufrimientos constantes, insoportables y sin alivio, el simple hecho de ser menor implicaría que una despenalización de la eutanasia sugiriera preguntas diferentes. Sin embargo, no podría adoptarse una posición tal sin argumentarla. Ahora bien, ¿qué es lo que distingue fundamentalmente a un niño de un adulto si no es únicamente su capacidad de discernimiento? Es plausible afirmar que la eutanasia de un menor es aún más trágica que la de un adulto. Todo padre que ha perdido un hijo comprende exactamente el punto. Pero esto no implica que haya que privar a un niño o un adolescente de una posibilidad tal, si ésta está abierta para los adultos luego de un examen profundo sobre la seriedad de su solicitud y su capacidad de discernimiento. Con frecuencia protegemos a nuestros niños de ellos mismos y de los adultos privándolos de derechos, ya se trate del derecho al trabajo antes de los 15 años o del derecho al voto antes de los 18. Pero cada una de estas medidas llamadas “protectoras” deben estar debidamente justificadas, sobre todo si tienen que ver con un derecho tan fundamental como aquel que se encuentra implícito en la despenalización de la eutanasia.

31 En este sentido: *Proposition Mahoux, De Gucht, Defraigne et Swennen*, 26 juin 2013, Sén., 2012-2013, 5-2170/1, p. 5 (“... y asegurarse de que expresen su acuerdo sobre la solicitud del paciente menor... » (art 2, 2°, § 4), *itálicas nuestras*). Cfr. *Proposition Defraigne*, 23 sept. 2010, Sén., 2010-2011 (extraord.), 5 – 179/1 («... discutir la solicitud con los padres que tienen la patria potestad ...»), *itálicas nuestras*).

Bajo esta luz, la extensión de la ley a los menores de 18 años es indispensable, incluso si concierne en la práctica una cantidad limitada de casos. Esta extensión debe hacerse recordando dos exigencias. Primeramente, toda presunción irrefutable fundada sobre la edad debe estar limitada al mínimo. Esto es particularmente cierto si el régimen general prevé en todo caso un examen individualizado y profundo. En segundo lugar, si debe haber un criterio etéreo -en particular más allá de una primera edad-bisagra en la propuesta presentada arriba-, las diferenciaciones de regímenes que ésto implica no deben ser demasiado fuertes. Deben ser ante todo simbólicas, con el fin de no banalizar el régimen aplicable a los mayores de 18 años, que concierne -no lo olvidemos- al grupo de destinatarios más importante. Estas dos exigencias son esenciales y la propuesta aquí presentada es una traducción posible.

Child and teenager euthanasia : why an age criterion ?

Summary: The recent Belgian parliamentary debate on child and teenager euthanasia unfolded against a twofold background. On the one hand, the evolution of mentalities based on considering the general practice of euthanasia following its decriminalization in Belgium as well as in the Netherlands. On the other hand, the growing awareness that the age criterion, while still extensively relied upon in our legal systems, is not unproblematic from an anti-discrimination perspective. This conjunction invites us to consider the function of the age criterion in a legal system, especially in circumstances such as an euthanasia regime in which an individualized and in-depth assessment of the patient's capacity for informed consent is mandatory anyway. We characterize what makes age special compared to other suspect grounds of differential treatment such as sex or ethnic origin. We then explore the extent to which even when an individualized and in-depth assessment is mandatory, a legislator may still justifiably rely on age criteria. Finally, we insist on the need to limit the weight of the age criterion in such cases, through reducing as much as possible the scope of irrebutable age-based presumptions and through differentiating as little as possible between the different age-based sub-regimes.