

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA: EL PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE EL FINAL DE LA VIDA PROPIA*

Ricardo Chueca Rodríguez
Catedrático de Derecho Constitucional
Departamento de Derecho
Universidad de La Rioja

INTRODUCCIÓN.- EL DERECHO A LA VIDA.- EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA.- MARCO Y CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL.- EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN INDIVIDUAL.- 1. El rechazo a los tratamientos.- 2. Las voluntades anticipadas.- EUTANASIA: ENTRE SUICIDIO ASISTIDO Y AUTODETERMINACIÓN.- 1. El papel del legislador en las prácticas eutanásicas.- 2. Un tema abierto

I.- Introducción.*

El lector habrá colegido fácilmente que el título que encabeza estas consideraciones pretende llamar su atención acerca de la relación entre los derechos fundamentales enunciados y los diversos supuestos de hecho implícitamente contenidos en un fenómeno, motivado por los avances científicos, clínicos y terapéuticos, de transformación de las condiciones de decisión en determinadas situaciones por las que inexorablemente los seres humanos tenemos un creciente número de posibilidades de encontrarnos. Refleja en definitiva una demanda implícita de ajuste entre una serie de situaciones puramente fácticas y dos derechos fundamentales. Incluso podría llegar a

decirse que estas líneas sugieren algún tipo de encaje regulativo entre unos y otras o, si se quiere, un modo de afrontar dicho encaje.¹

Sin embargo una correcta comprensión de la función del derecho y de sus posibilidades reales de incidencia sobre el acontecer social colectivo, así como de su papel en las sociedades libres organizadas políticamente en estados democráticos de derecho, nos van a exigir unas breves, pero imprescindibles, apreciaciones dirigidas a perfilar con cierta precisión el sentido y la naturaleza de las normas constitucionales, en general, y las normas de derecho fundamental en particular.

* Realizado al amparo del Proyecto I+D SAF2002-03693 del Ministerio de Ciencia y Tecnología y del Proyecto ACPI2003/07 del Plan Riojano de I+D+i del Gobierno de La Rioja.

¹ Sobre la dificultad y las resistencias para encajar conflictos de valores en sede iusfundamental, es muy interesante, desde una perspectiva analítica, Lorenzo Zucca, *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford University Press, New York, 2007. Para el tema véase especialmente el Cap. 7, "Mortal Conflicts of Fundamental Legal Rights- The Fundamental Legal Right to Life v. The Fundamental Legal Right to Decisional Privacy", pp. 142 ss.

Los derechos invocados, a la vida y a la integridad física poseen en nuestro ordenamiento la naturaleza de derechos fundamentales. Esta fundamentalidad significa dos cosas: que fundamentan la Constitución –que le dan sentido, en definitiva- y que, al registrarse en norma constitucional, se imponen al legislador ordinario. Aunque no debamos olvidar que los derechos fundamentales suelen necesitar del legislador para su plena eficacia en una no pequeña parte de tenor constitucional.

La estructura de un derecho fundamental se compone del *objeto* del derecho, aquello en lo que el derecho consiste; y del *contenido* del derecho, o conjunto de facultades atribuidas al titular del derecho para hacerlo valer, para ejercerlo.

Todo derecho fundamental posee, precisamente por su ubicación en la constitución, un doble aspecto. De un lado supone la delimitación de un espacio de disposición, de ejercicio de facultades por el sujeto titular del derecho, que se impone frente a los poderes públicos: un derecho fundamental puede ser visto así como un derecho más. Pero junto a este plano, o aspecto subjetivo, el derecho fundamental posee un aspecto objetivo, ligado por supuesto al hecho de que todo precepto constitucional es supremo, es decir, se impone a toda otra norma jurídica. Esto significa que todo derecho fundamental implica una obligación activa, de comportamiento acorde con la optimización del ejercicio del derecho fundamental por parte de su titular. Los poderes públicos vienen así exigidos a la realización de acciones u omisiones dirigidas a tal fin.

El derecho fundamental es pues a un tiempo, facultad jurídico-subjetiva y componente objetivo del ordenamiento jurídico que regula la actuación de los poderes públicos.

La posición de supremacía del derecho fundamental se hace valer, como el resto de los preceptos constitucionales, a través de un sistema de defensa de la Constitución. Resaltaremos de éste ahora la defensa que realiza el Tribunal Constitucional mediante los procesos de inconstitucionalidad, que permiten anular aquéllas disposiciones legales que se oponen a la Constitución. E, igualmente, su función como juez extraordinario de amparo, es decir, como

juez que se pronuncia sobre la existencia o no de lesión del derecho fundamental constitucionalmente proclamado, por parte de los poderes públicos.

Importa no obstante destacar que, en contra de la percepción que solemos tener, una gran parte –la mayor parte- de nuestra actividad no está regulada por el derecho ni intervenida por el Estado. Pertenece a eso que denominamos el ámbito del *agere licere*, es decir, el conjunto de actuaciones que hemos dado en configurar como ajenas a la actividad de los poderes públicos; una escisión ya incoada en la distinción entre estado y sociedad.

La actuación del Tribunal Constitucional, en los dos procedimientos descritos, es la propia de un órgano jurisdiccional. Esto quiere decir que su interpretación de los preceptos constitucionales de derecho fundamental se produce en un marco contencioso. Y, por el principio de congruencia procesal, el Tribunal sólo está exigido a realizar la interpretación del derecho *precisa* para fundamentar la resolución del caso sometido a enjuiciamiento. Para el caso de enjuiciar una ley sólo podrá actuar como *legislador negativo*, es decir, proclamando la existencia –o no- de contraposición entre la norma impugnada y los preceptos constitucionales que resultaren de aplicación.

Ello hace especialmente dificultoso y delicado el uso correcto de la doctrina constitucional pues, para cada fallo, es preciso distinguir entre la doctrina que supone una interpretación del precepto constitucional dirigida al caso o supuesto concreto, cuya proyección a otros exigirá una genuina identidad de supuesto, y, de otro lado, aquélla doctrina que supone una interpretación del enunciado del precepto constitucional que delimita objeto o contenido del derecho con carácter general.

El principio que guía la doctrina constitucional es el de intervención mínima y el de presunción de conformidad del acto con el derecho fundamental. Lo primero es consecuencia de la necesidad de concebir la constitución como un marco en el que son posibles muy distintas opciones, lo que permite su adaptación a las cambiantes condiciones de las dinámicas sociedades actuales. Lo segundo es consecuencia del alcance del derecho fundamental que, a

su vez, no exige en la mayoría de las ocasiones una opción determinada, sino que posibilita desarrollos diferentes atendiendo a las orientaciones políticas mayoritarias: ello supone que habitualmente no hay una opción constitucionalmente correcta que se oponga al resto de posibilidades devenidas erróneas a partir del pronunciamiento jurisdiccional. Únicamente el contenido esencial de cada derecho opone una resistencia insuperable al legislador y le subordina. En lo demás, el legislador es libre de optar por las formas y modalidades más adecuadas para someter la complejidad fáctica compuesta de hechos singulares al derecho fundamental enunciado. Y todas ellas serán constitucionalmente legítimas salvo infracción de precepto constitucional.

Tan evidente constatación resulta sin embargo frecuentemente preterida cuando la línea de separación se difumina mediante la pretensión de imposición de una determinada forma de concebir y resolver los conflictos de valores subyacentes *desde fuera del derecho, pero para imponerlo como derecho*. Y los juristas, condenados como estamos a aceptar *todas las verdades* y no sólo una concreta, soportamos abnegadamente los ataques a la voluntad colectiva que la ley –toda ley y cada ley- siempre personifica.²

Con estas breves consideraciones, que nos han parecido ineludibles, pasaremos a continuación a perfilar, a los efectos que ahora nos interesan, las doctrinas constitucionales sobre el derecho a la vida y el derecho a la integridad física recogidas en el artículo 15 CE.

EL DERECHO A LA VIDA

Como se sabe, el enunciado constitucional concreto, “Todos tienen derecho a la vida...” ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional. Dejando a un lado escarceos previos, el pronunciamiento jurisdiccional más aparatoso sobre el contenido del artículo 15 se produjo en la STC 53/1985³. La doctrina constitucional allí contenida –e incluso algunos llamativos *obiter dicta*- sabemos hoy que estaban destinados a jugar un importante e insospechado papel en futuras decisiones y construcciones jurisprudenciales.

De dicho pronunciamiento inferimos que la vida como realidad biológica no se impone como tal al ordenamiento jurídico, sino que es éste quien fija los aspectos jurídicamente relevantes. Qué aspectos –y hasta qué punto- de ese concepto indeterminado “vida” determinen la actuación de los poderes públicos es algo que viene deducido del orden de valores, principios y reglas ordinamentales.

A su vez, el ordenamiento jurídico distingue entre el *derecho fundamental a la vida*, del que son titulares los nacidos, y el *bien jurídico vida* cuya protección es exigible a los poderes públicos por la norma constitucional *implícita* contenida en el art. 15 CE. La vida humana es el *objeto* del derecho fundamental del art. 15 CE. La vida, sin más, es un bien jurídico que exige protección, afirmación de la que se sigue que los poderes públicos poseen un papel activo de intervención respecto de ella.

Ahora bien, dicho pronunciamiento contiene un fundamento extremadamente confuso, en términos jurídicos, cuya inconsistencia va a ir quedando puesta de manifiesto con el paso del tiempo de modo crecientemente llamativo. De acuerdo por lo demás a las posiciones sostenidas en algunos votos particula-

² *Un reciente intento –uno más- de hacer pasar por entramado lógico-filosófico con pretensiones de imposición moral lo que no es sino reflejo de las propias creencias, a las que según el autor no podemos sustraernos los humanos, y por ello especialmente torticero, es el que tiene como autor a Joachim Asscher, “The moral distinction between killing and letting die”, Bioethics; 1467-8519 (a. 5-2-2008), “Providing a detailed defence of the metaphysical distinction between killing and letting die is beyond the scope of this paper. (...) the metaphysical distinction between killing and letting die is largely conventional in nature. This does not automatically mean that the distinction is of no moral consequence. Being in a de facto relationship, getting married, adopting a child, admitting guilt, and expressing love, are all, to lesser or greater degrees, conventional in nature. They are also all of moral consequence”.*

³ *El TC sólo se había pronunciado con anterioridad de modo colateral, aunque quizá ya indicativo de por dónde podría ir su posición: “la vida humana en formación es un bien jurídico que merece protección”, STC 75/84/6.*

Para la consideración de estos aspectos, en conexión con el rechazo de tratamientos, me acojo a las tesis sostenidas por Gonzalo Arruego Rodríguez. Recientemente, sobre este tema y de este autor, puede verse en esta misma Revista, “Sobre el marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español”, DS: Derecho y salud, Vol. 15, N.º 1, 2007, pags. 117-136

res suscritos a dicha sentencia. En efecto en el Fundamento Jurídico 3º se afirma lo siguiente:

“Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y *constituye el derecho fundamental esencial y troncal* en cuanto es el *supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible*. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, *como el prius lógico y ontológico* para la existencia y especificación de los demás derechos.”⁴

Si bien se lee el TC no dice lo que evidentemente no puede decir: afirma que el derecho a la vida es un *prius* lógico y ontológico y un derecho fundamental esencial y troncal. Pero *no dice que este derecho se imponga a otros derechos fundamentales*, pues en la Constitución no hay una jerarquía entre derechos fundamentales. La relación entre derechos fundamentales se articula a través de la técnica de la delimitación de cada derecho y, para el supuesto de colisión entre derechos, mediante técnicas de ponderación y de proporcionalidad. Pero los derechos fundamentales configuran *un sistema*, de tal modo que en ningún caso cabe tal prevalencia de un derecho que suponga la radical anulación de otro derecho

fundamental.⁵ Por tanto, en el punto clave, la doctrina de la STC 53/1985 no nos ayuda especialmente; doctrina recordada en este punto concreto por las SSTC 120/90 y, más recientemente, 154/2002.

Sin embargo, como decimos, este pronunciamiento inicial del TC en 1985, tan recordado en pronunciamientos posteriores, convive con apreciaciones que el juez de la constitución ha ido introduciendo con posterioridad y que quizá sitúan aquéllas afirmaciones en un marco jurídico-constitucional más correcto, según indicaremos más adelante.⁶

EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA

Al menos desde la STC 120/1990 el Tribunal ha establecido una conexión directa entre este derecho fundamental y la facultad o derecho de rechazo a la asistencia médica.

“Este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

Por ello, *este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad*, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del

⁵ De las consecuencias de esta sentencia en cuanto a la construcción de una doctrina que presenta síntomas parciales de obsolescencia me he ocupado recientemente en “Nuovi strumenti normativi nell’ambito della biomedicina e della genetica in Spagna”, Revista de Diritto Pubblico Comparato ed Europeo,

⁶ Unas consideraciones muy atinadas en relación con estos aspectos, de entre la gran cantidad de trabajos publicados sobre esta Sentencia, me siguen pareciendo las realizadas por Gregorio Cámara Villar en su Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991), *Mº de Justicia*, Madrid, 1993, pp. 133 ss.

⁴ *Cursiva nuestra.*

derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional.⁷

Pero el objeto y contenido de este derecho no se ciñe sólo a aspectos relacionados con la capacidad del sujeto para oponer su voluntad a cualquier tratamiento médico, sino que se trata de un derecho invocado por el TC en supuestos fácticos muy variados.⁸

De este derecho se infiere pues una habilitación constitucional directa para la exigencia del principio general de consentimiento a cualquier asistencia médica, siendo ilegal la aplicada en contra de la voluntad del sujeto, salvo habilitación constitucional.

Esta línea doctrinal ha sido reforzada por la STC 154/2002, al afirmarse que el rechazo al tratamiento supone un ejercicio legítimo del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE.⁹

MARCO Y CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL

Como se indicó en la Introducción el derecho fundamental crea un *marco* jurídico de actuación y, como también se dijo, el derecho fundamental precisa de su desarrollo regulativo por parte del legislador ordinario. Ello lleva a la conclusión de que, con carácter general, el derecho fundamental no prescribe un comportamiento concreto y determinado sino que

más bien fija los criterios que posibilitan actuaciones legislativas muy diversas. Esto es un dato fundamental para posibilitar la eficacia real de la norma de derecho fundamental, pues permite así adaptarla a las condiciones fácticas tan cambiantes, según también dijimos.

Esta virtud, que el juez de la Constitución defiende a toda costa a la hora de atribuir un significado preciso a un precepto constitucional, es el que facilita que las sociedades vayan ajustando su entorno jurídico a los cambios que, cada vez de modo más rápido, va experimentando el contexto cultural, ideológico y valorativo. Esta apreciación nos parece especialmente adecuada por lo que se refiere al ámbito que nos ocupa.

En efecto, la idea de principio y fin de la vida ha sufrido en las últimas décadas importantes transformaciones como consecuencia, entre otros factores, de cambios científicos y jurídicos. Nuevas condiciones de existencia vital están modificando las percepciones esenciales sobre inicio y final de la vida. Y, por ello, forma parte de las evidencias actuales que el ser humano se sienta con una renovada capacidad de dominio sobre la procreación de congéneres y aspire a ampliar cada vez más su capacidad de decidir y gestionar la fase final de su existencia.¹⁰

Los avances técnicos han forzado la constante revisión del concepto de muerte, que ha permanecido incólume durante siglos. Y no es un secreto que existen importantes discrepancias científicas sobre la certeza de la afirmación de la muerte clínica, con una importante evolución en la fijación de los criterios para su determinación.¹¹ Ciertamente la idea misma

⁷ FJ STC 120/90/8. *Cursiva nuestra. Se trata del caso de unos reclusos en huelga de hambre que son sometidos por decisión judicial a alimentación a partir del momento en que su vida corre peligro. Actuación conforme con la CE según el Tribunal dadas determinadas condiciones. De no cumplirse estas la alimentación forzosa puede devenir inconstitucional, pero no por su carácter forzoso —que se entiende legítimo al tratarse de reclusos sujetos a una relación especial de sujeción— sino por un recurso desproporcionado a elementos coercitivos en la aplicación.*

⁸ Cfr. STC 119/2001, donde el ruido se considera causa de lesión del derecho a la vida y a la integridad física.

⁹ “Ahora bien, lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial transcendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).” STC 154/2002/9

¹⁰ Véase recientemente, de M. Giuseppina Salaris, *Corpo umano e diritto civile*, Milán, Giuffrè, 2007, pp. 249 ss.

¹¹ Desde la referencia de la muerte al paro cardíaco de la década de los cincuenta del pasado siglo, se ha evolucionado a la muerte cerebral medida a través de la actividad del encéfalo. Sin embargo últimamente estas últimas referencias están siendo revisadas. Cfr. Adrian M. Owen, Martin R. Coleman, Melanie Boly, Matthew H. Davis, Steven Laureys, John D. Pickard, “Detecting Awareness in the Vegetative State”, *Science* 8 Sept. 2006: Vol. 313. Nº. 5792, p. 1402.

Desde la referencia de la muerte al paro cardíaco de la década de los cincuenta del pasado siglo, se ha evolucionado a la muerte cerebral medida a través de la actividad del encéfalo. Sin embargo últimamente estas últimas referencias están siendo revisadas. Cfr. Adrian M. Owen, Martin R. Coleman, Melanie Boly, Matthew H. Davis, Steven Laureys, John D. Pickard, “Detecting Awareness in the Vegetative State”, *Science*

de extinción de la persona humana posee una elevado componente cultural que se refleja en su definición estrictamente jurídica, pero algunos de estos aspectos jurídicos –por ejemplo, la definición de muerte a los efectos de la extracción de órganos donados- están vinculados a reglas que van cambiando al hilo de los nuevos avances técnicos y tecnológicos.¹²

Estos mismos avances están abriendo una nueva perspectiva del fenómeno de la muerte, que, en un creciente número de supuestos, toma el carácter de “decisión técnica” del equipo clínico. Este tipo de situaciones abre la posibilidad, también de modo creciente, de que determinados pacientes en fase terminal manifiesten sus deseos de *vivir su propia muerte*.

Tales avances están en la base a su vez de transformaciones que alumbran nuevos problemas técnico-jurídicos. Hoy por ejemplo, en el ámbito jurídico, resulta crecientemente difícil proponer una definición de vida, o de persona, libre de polisemias y dotada de la suficiente universalidad.

Y finalmente, pero no en último lugar, ha de tenerse presente la existencia de un pluralismo de carácter ético, filosófico, religioso, cultural, etc., que prueba hasta qué punto la idea de muerte no está compuesta sólo de elementos puramente clínicos, sino que aparece íntimamente vinculada a la de vida y, por consiguiente, a diferentes *Weltanschauungen*, o concepciones de la existencia, que configuran un

ce 8 Sept. 2006: Vol. 313. N.º 5792, p. 1402. Véase, recentísimamente, de A. R. Joffe, “The neurological determination of death: What does it really mean? Issues in Law & Medicine, 23 (2): 119-140; Fall, 2007, que refiere las dificultades en el caso de Canadá para la determinación neurológica de la muerte en la medida en que no satisface la definición de muerte de modo estricto al no quedar probada la pérdida irreversible de toda función cerebral. Y ello porque tampoco se dispone de un concepto de muerte. En el caso canadiense se trata de una discusión ligada a la fijación del momento de extracción de órganos para trasplante.

Sobre la dificultad científica para diferenciar entre muerte celular y muerte corporal, véase también muy últimamente, de Michel Morange, “Genetics, Life and Death: Genetics as providing a definition of life and death”, en Anne Fagot-Largeault, Shaid Rahman & Jaun Manuel Torres (eds.) The Influence of Genetics on Contemporary Thinking, p. 57 y bibliografía allí citada.

¹² Cinzia Piciocchi, La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nell diritto costituzionale comparato, CEDAM, Padova, 2006, p. 148. También G. F. Ferrari, “Biotecnologie e diritto costituzionale”, en Diritto Pubblico comparato ed europeo, 2002, IV, p. 1564.

escenario de decisión necesariamente plural. Todo ello abona la conclusión de que no es posible construir una decisión universalmente reconocida y aceptada como válida en relación con lo que podríamos denominar la “preguntas finales” que cada uno se plantea y a las que sólo cada uno puede ofrecer su propia respuesta.¹³

EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN INDIVIDUAL

Los ordenamientos constitucionales propios de los estados democráticos de derecho acogen, a través de variadas técnicas, el principio de autodeterminación individual entendido como un indiscutido poder de disposición respecto del propio ser y existencia. Se trata de una regla de clara naturaleza meta-jurídica vinculada a la filosofía de la Ilustración y desarrollada profundamente por el pensamiento filosófico contemporáneo occidental.

Los ordenamientos jurídicos activan un reconocimiento fragmentario de tal principio. Ello es debido a que las normas jurídicas regulan sólo aquéllos aspectos para lo que están constitucionalmente habilitadas; quedando al margen aquéllos otros aspectos de la existencia humana, individual o colectiva, que le son vedados a los poderes públicos: ese aspecto que nuestra Constitución denomina como “el libre desarrollo de la personalidad” en su artículo 10.1. La constitución configura así espacios de autodeterminación en el ámbito de lo disponible jurídico-políticamente. Y dentro de esos espacios identifica unas pautas negativas de comportamiento para los poderes públicos.

Varios de esos espacios, de esos derechos fundamentales, están especialmente comprometidos con la idea, bastante moderna como decimos, de que el paciente tiene la última palabra. Una tesis de origen

¹³ Por todos, tanto en este tema como en otros, es de obligada lectura la excelente obra de Paolo Veronesi, Il corpo e la Costituzione, Milán, Giuffrè, 2007, pp. 223 ss., a quien seguimos en varias de las reflexiones que siguen.

jurisprudencial debida inicialmente al Juez Cardozo.¹⁴

En principio la Constitución de 1978 contiene como anclaje fundamental de esa autonomía personal el artículo 15, lugar donde se formula el derecho fundamental a la integridad física. De ahí obtiene legitimidad el procedimiento del consentimiento informado. Pero no sólo de ese precepto, pues la autodeterminación informativa, probable anclaje del derecho “a no saber” del artículo 10.2 del *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la medicina. Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina*, hecho en Asturias en 4 de abril de 1999 (Convenio de Oviedo) se ubica en el artículo 20 CE.¹⁵

De acuerdo a su Artículo 5 (Regla general), “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse *después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento*. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

Esta disposición del Convenio ha sido objeto de transposición a través de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de

información y documentación clínica.¹⁶ La Ley regula de modo especialmente nítido este espacio de libre disposición y autonomía en toda relación clínica: Art. 2.2 “Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios.” Y, artículo 2.3, “El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.” A ello se unen disposiciones para supuestos particulares de consentimiento, constitucionalmente conformes, en los artículos 9.1 y 9.2. Todo ello configura una triple obligación del profesional clínico: informar debidamente, respetar la decisión adoptada y aplicar correctamente la prestación, artículo 2.6.

1. El rechazo a los tratamientos

La posición de rechazo de un tratamiento médico forma parte de la autonomía del paciente y de su capacidad de autodeterminación en el sentido antes expresado. Es pues parte del contenido esencial del derecho fundamental a la integridad física. La libertad que ejerce así el sujeto del derecho no es la libertad física del artículo 17 CE, como rápidamente se encargó de despejar el Tribunal Constitucional.¹⁷

Un paciente por tanto no puede ser obligado, en el seno de una relación terapéutica, a recibir una terapia con medios coactivos o coercitivos. Este es el principio general.

Y la excepción más notoria, dado que de ello se ha ocupado en algunas sentencias el TC, es la que se refiere a los privados de libertad que rechazan la alimentación al estar ejerciendo su derecho legítimo a renunciar a ella o, dicho de otro modo, a situarse en *huelga de hambre*. En estos casos la doctrina constitucional es clara: es legítimo recurrir a la asistencia sanitaria coactiva dado que dichas personas, siendo sin duda titulares de sus derechos fundamentales con las limitaciones propias de la privación de libertad, están en una situación singular que el ordenamiento

14 *Caso Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 129, 105 N.E. 92, 93 (1914): «Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent, commits an assault, for which he is liable in damages». En Francia, será Carbonnier, en 1947, quien sostendrá en sede doctrinal similar posición: “Il faut concevoir l'inviolabilité de la personne humaine comme une liberté immatérielle, qui a son siège moins dans le corps que dans la personnalité... On croira malaisément qu'il devient plus acceptable d'imposer une operation a un individu par cela seul que cette operation est bénigne. Qu'importe qu'il n'y ait pas mutilation, que l'incision dans les chairs soit superficielle? Ce n'est pas la chair qui est protégée, mais un sentiment, un quant-a-soi, une liberté et ils seront blessés d'identique maniere quelle que soit la nature de l'intervention envisagée”, en S. HENNETTE VAUCHEZ, “Kant contre Jehovah? Refus de soins et dignité de la personne humaine”, Rec. Dalloz, 2004, Chroniques, p. 3154. *Cursivas nuestras*.

15 *Convenio fue ratificado por España el día 5 de octubre de 1999, entrando en vigor el 1 de enero de 2000. Sus disposiciones forman parte pues del ordenamiento jurídico español.*

16 *Y a su vez a las diversas leyes autonómicas sobre la materia, con mayor o menor intensidad y alcance en su redacción. Acogido también en Estatutos de Autonomía recientemente reformados.*

17 *SSTC 126/1987, 22/88, 112/88, 61/1990, etc.*

jurídico califica como de sujeción especial. En virtud de esta situación de dependencia especial respecto de los poderes públicos quedan obligados, la administración penitenciaria en este caso, a una disposición activa en defensa de los derechos fundamentales de quienes a ella han sido encomendados. De tal modo que la omisión de una acción dirigida a impedir su muerte, supondría una infracción por parte de dicha autoridad del deber especial de custodia. En este supuesto, pero sólo en este supuesto, la asistencia médica forzosa es conforme con la Constitución. (STC 120/1990/12).

La doctrina constitucional asentada está contenida en el Fundamento Jurídico 7º de la STC 120/1990. Según ésta el derecho fundamental a la vida atribuye una facultad a su titular para imponer y exigir a los poderes públicos una actuación en defensa de su vida e integridad. Esta obligación, llega a decir el Tribunal, lo es de los poderes públicos sin necesidad de acto de voluntad previo del titular del derecho, e incluso cuando ni siquiera estamos ante un titular de un derecho (en referencia al *nasciturus* ex STC 53/1985). Lo que significa que el derecho a la vida incluye un derecho de protección positiva por parte de los poderes públicos; y que no incluye por tanto un *derecho fundamental a la propia muerte*.

Ahora bien, el Tribunal también afirma que no forma parte del deber de los poderes públicos invadir el espacio de la libertad personal situado más allá del derecho y del ordenamiento. Y, por ello, los poderes públicos carecen de legitimidad para impedir actos de disposición sobre la propia vida que pertenecen al ámbito de lo que queda inaccesible al derecho. Pero esta indisponibilidad de los poderes públicos produce un doble efecto: ni puede invadir dicho espacio, ni puede tampoco ver demandada su colaboración en aquéllos actos que se producen en el espacio de *agere licere*.

De ahí que la Constitución no garantiza, ni puede hacerlo, el derecho a la propia muerte.¹⁸

¹⁸ No obstante el TC advertirá de que los huelguistas no desean morir, sino sólo modificar una decisión de los poderes públicos a través de tal actitud puramente reivindicativa.

Dos pronunciamientos más reafirman la tesis de que efectivamente el rechazo al tratamiento, en los términos expuestos y sin que concurren circunstancias como las de tratarse de personas privadas de libertad, es conforme a la Constitución. Se trata de la STC 11/91, en la que el Ministerio Fiscal pretende instar al Juez y a la Administración penitenciaria a que proceda a la alimentación forzosa por vía oral. El juez de amparo precisará que el momento y las condiciones de la alimentación forzosa deberán ser decididos por la Administración penitenciaria y que, en cualquier caso, esta deberá hacerse con respeto al artículo 15 que veda expresamente, como parte del derecho a la integridad física y moral, la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. STC 11/91/4.

La segunda decisión a que nos referimos trata de un supuesto en el que un recluso solicita la excarcelación atendiendo a la grave patología que padece. La Administración no puede, dirá el TC, obligar a renunciar al derecho a la integridad física del solicitante de la excarcelación que prefiere afrontar una muerte segura sin tratamiento que someterse a una intervención quirúrgica que, al decir de la autoridad penitenciaria, podría corregir su patología. STC 48/1996.

Frente a esta libre capacidad de rechazo al tratamiento en el sentido dicho, el profesional de la medicina queda liberado de toda responsabilidad, al estar vinculado a la voluntad del paciente. Una voluntad que deberá en todo caso cumplir las condiciones de ser una voluntad informada, real, auténtica, unívoca, personal y actual. De no darse esta vinculación el profesional deberá actuar según su ciencia y conciencia.

Sin embargo, puede darse el caso de que el rechazo al tratamiento esté contenido en una manifestación de voluntad que, aún cumpliendo todas las anteriores condiciones, haya sido formulada previamente.

2. Las voluntades anticipadas

La posibilidad de que la autonomía del paciente se proyecte sobre determinados aspectos está ligada, como antes indicábamos, a un estadio altamente

evolucionado de los cuidados médicos. De ahí que no es casual que la primera regulación sobre la fijación de instrucciones en la que se contuvieran los deseos del paciente para los momentos finales, se contenga en una norma jurídica de una zona del planeta especialmente desarrollada y sea de 1976.¹⁹ Sin perjuicio del desarrollo posterior de este tipo de instrumentos, está fuera de duda que su origen y motivo guarda directa relación con la voluntad de los pacientes de instruir sobre los tratamientos a recibir en el tramo vital final, para el caso de no poder formular su voluntad en tales instantes.

Los problemas que plantea este mecanismo de actualización de una voluntad formulada previamente exceden el alcance de estas páginas. Sin embargo deberemos ocuparnos de su incidencia en relación con el rechazo de tratamientos.

El problema fundamental que plantea esta técnica de defensa de la integridad física, en su modalidad de voluntad anticipada, tiene que ver con el hecho de que sitúa en una posición de tensión al profesional de la medicina que debe de *tenerlas en cuenta*. Nótese que la finalidad del profesional es salvar la vida de los pacientes, y lo que el documento contiene *anticipadamente* son instrucciones de suspensión de tratamientos que previsiblemente abocan al final de la existencia. Es pues el profesional el que regularmente se encontrará en la tesitura de poner actualidad a indicaciones previas.

En efecto, las instrucciones son necesariamente abstractas en relación con la situación en que deberán ser aplicadas, son genéricas, expresadas en un tiempo pasado –más o menos pasado pero nunca actual- y seguramente con una gran diferencia de situación psicológica entre el momento de redacción y el de aplicación.

Además no será infrecuente la existencia de problemas relacionados con la terminología y el lenguaje utilizado por un lego en medicina y quién sabe si también en derecho. Ciertamente la oferta de

formularios normalizados salva alguno de estos problemas, pero no otros, como es notorio si se procede a una lectura de los modelos más al uso.

Por otro lado tampoco es fácilmente resoluble el problema de la subrogación de terceros en la expresión o explicitación de la voluntad del paciente. Ciertamente la Ley 41/2002 en su artículo 11.1 contempla la posibilidad de nombrar en dichas instrucciones un representante “...para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”, pero esto sólo palia el problema, o quizá, permite compartir responsabilidades entre profesional de la medicina y representante.

Y tampoco es escasamente problemático afrontar el alcance de dichas instrucciones. ¿Se refiere a todo tipo de atención o cuidado para el que en principio no parece extenderse la habilitación del equipo médico *stricto sensu*? O, por el contrario, éstas afectan sólo y estrictamente a los tratamientos sanitarios. La Ley 41/2002 parece abrir mucho el abanico pues alude a “...los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.” Art. 11.1.

En definitiva no es difícil imaginar situaciones en donde la decisión sobre la suspensión de alimentación e hidratación artificial en pacientes en estado vegetativo plantee problemas no siempre fácilmente resolubles. O que aparezcan dudas fundadas sobre la pertinencia de consultar a terceros o, incluso, sobre la oportunidad de re-construir la voluntad personal del paciente en tal situación.

Algo de todo ello hay en la prudente formulación del Convenio de Oviedo que afirma con sobriedad encomiable en su artículo 9 que “Serán *tomados en consideración* los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.” Como claramente se infiere de la expresión utilizada, se está afirmando que el ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y a la vida del paciente expresado en sus deseos previos *no vinculan* al profesional de la medicina. El vínculo se ajusta a que deberán ser tomadas en consideración, pero no a

¹⁹ Cfr.: Medical Staff Conference, “California’s Natural Death Act”, The Western Journal of Medicine, Abril, 1978, 128-4, pp. 318 ss. Contiene el primer modelo de documento con voluntades anticipadas que me conste.

que deberán ser seguidos en su íntegra totalidad, pues como se anticipó, dichos deseos pueden haber quedado obsoletos, incluso por relación a los avances científicos, lo que aconsejará no seguir los deseos del paciente en algunos casos. Se trata pues de tener en cuenta sus deseos y, en su caso, adaptarlos a la situación concreta.²⁰

Sin embargo esta modalidad de instrumento para rechazar tratamientos posee también unos límites. En el propio Convenio de Oviedo estos se presentan de modo genérico. En efecto el artículo 26.1 establece que “El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas”. Esta disposición posee, como se ve, un alcance general, pero es la que habilita limitaciones como las que reproduce el artículo 11 de la Ley 41/2002 en esta materia de instrucciones previas.

Se produce así una limitación del espacio auto-dispositivo pues determinados contenidos no pueden ser amparados por el ordenamiento jurídico por ser contrarias a éste o a la *lex artis*, artículo 11.3 Ley 41/2002.

EUTANASIA: ENTRE SUICIDIO ASISTIDO Y AUTODETERMINACIÓN

Es absolutamente imposible hablar de la eutanasia sin comenzar con unas consideraciones sobre el significado del término. Dejaremos a un lado, por obvia, su construcción lingüística que, como se sabe, está compuesta de dos términos de la lengua griega clásica, época en la que –se usara o no esta palabra– disponer de la propia vida era una práctica ni insólita ni contraria a los valores dominantes.²¹

Sin embargo, el seguimiento de la evolución del significado de la palabra eutanasia en lengua castellana creo que aporta enseñanzas nada despreciables, pues delata en cierto modo el cambio de circunstancias y hasta cultural en relación con la muerte y con la acción de poner fin a la vida humana en determinados casos.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española recogió el término por primera vez en su edición de 1947 y con una única acepción: como término médico y con el significado de “Muerte sin sufrimiento físico”, que se mantendrá hasta la última edición (avance de la 23ª ed) bien que ya como segunda acepción. En la edición de 1956 se introduce un añadido que revela ya las primeras consecuencias de los avances técnicos incipientes, “...y, en sentido restringido, la que así se provoca voluntariamente”. La “buena muerte” era no sólo un resultado natural posible sino que, además, podía verse ya como efecto o logro de la acción humana. Será en 1984 cuando, precisamente a la vista de esos avances técnicos, la posibilidad de “tener una buena muerte” se convierte en un deseo posible, lo que hará que el Diccionario se haga eco de ello mediante la introducción de una segunda acepción “*Doctrina que justifica la acción de facilitar la muerte sin sufrimiento a los enfermos sin posibilidad de curación y que sufren*”. Que el Diccionario había hecho una instantánea de un proceso de transformación en las convicciones sociales queda de manifiesto por el hecho de que en la edición de 1992 incluyó la siguiente acepción en segundo lugar: “Acortamiento voluntario de la vida de quien sufre una enfermedad incurable para poner fin a sus sufrimientos”. En la última edición que reseñamos, 2001, esta acepción dejará lugar, y además como primera acepción, a esta otra, “*Acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera su muerte con su consentimiento o sin él*”.

Esta somera descubierta en el terreno lingüístico revela que las últimas décadas han modificado radicalmente las percepciones sobre la muerte y sobre la forma de intervención de la propia voluntad en los momentos finales de la vida personal. Cambios que son a la vez culturales, científicos y, por ello, también necesariamente jurídicos.

²⁰ Cfr. Informe explicativo del Convenio, parr. 62.

²¹ De los vocablos griegos εὖ y θάνατος.

Hoy, la eutanasia incluye necesariamente una acción en el marco de una enfermedad terminal.²²

Pero esta es, por decirlo así, la primera dificultad que plantea este término. En efecto, además de tratarse de un vocablo con significado cambiante, es un término polisémico: se alude a cosas distintas con la misma palabra. Al menos a dos, si aceptamos la autoridad del Diccionario de la Real Academia.

A su vez esta polisemia cambiante está definitivamente oscurecida por el hecho de que sobre ella se proyectan construcciones valorativas distintas y enfoque metodológicos provenientes de varias ciencias, tanto sociales como de la vida.

Y, dadas las circunstancias, los juristas deberemos convivir con esta situación.

Desde un punto de vista jurídico la acción eutanásica es relevante en cuanto a los sujetos y en cuanto al escenario o marco en que se produce. Dejando a un lado las diversas clasificaciones imaginables, nos interesa poner de manifiesto los supuestos relevantes para la finalidad de estas páginas.²³ Y, en tal sentido, las acciones posibles serían tres.

La primera, perteneciente al ámbito de lo estrictamente privado, del *agere licere*, consistente en la práctica eutanásica individualmente decidida y puesta en práctica en el ámbito personal e íntimo.

La segunda, producida como consecuencia de la decisión personal del paciente de renunciar al tratamiento. Hablamos lógicamente de la renuncia consciente y válida que tiene como consecuencia la muerte y cuya relación de causalidad es conocida por el paciente.

Y, en tercer lugar, aquél supuesto en el que la privación de la vida por parte de una persona requiere de la cooperación activa con actos necesarios y directos, a petición del paciente que padece una enfermedad grave y terminal que le produce dolores y padecimientos.

Los tres supuestos son evidentemente diferentes y tienen distinto tratamiento jurídico y constitucional.

El primero es irrelevante para el ordenamiento en cuanto a la acción.

El segundo está habilitado por el ordenamiento y amparado por la autodeterminación del paciente que se incluye en el contenido esencial del derecho fundamental a la integridad física y moral.

El tercero se configura, a través de la actuación del legislador penal, como un ilícito penal regulado en el artículo 143.4 del Código Penal vigente: un tipo penal atenuado de auxilio al suicidio.

Es especialmente importante señalar que, en los primeros dos supuestos, la posición del facultativo es jurídicamente *neutral*, es decir, el ordenamiento jurídico no incluye ninguna obligación de hacer por su parte, salvo la de información para el caso de renuncia al tratamiento, que, al igual que el consentimiento, requiere de información previa.

De lo anterior se infiere que en nuestro ordenamiento *no existe un derecho a morir* como parte del derecho a la vida. Y, por lo mismo, no es exigible a los poderes públicos ni a terceros, la realización de actos de cualquier naturaleza dirigidos a poner fin a la propia vida *fundamentando dicha exigencia* en el derecho fundamental a la vida o a la integridad física del artículo 15 CE. De nuevo aquí podemos invocar la regla jurisprudencial de la STC 120/1990/7: “El derecho a la vida no incluye el derecho a la propia muerte”. No hay pues apoyo constitucional para ello y no es posible invocar un deber de asistencia dirigido al fin eutanásico.

Sin embargo nuestro ordenamiento tampoco contiene un deber de vivir. El derecho fundamental a la vida no contiene un deber absoluto e incondicionado de vivir. De ahí que el suicidio (en su fase de tentativa) sea penalmente irrelevante. Es más, no parece haber dudas de que un precepto que penalizara —o simplemente prohibiera— el suicidio o cualquier otra acción u omisión que causara la pérdida de la

²² Parejo Guzmán, María José, La eutanasia ¿un derecho?, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 47.

²³ Puede verse un reciente esfuerzo taxonómico y terminológico exhaustivo en Parejo Guzmán, op.cit., pp. 390 ss.

propia vida, sería difícilmente compatible con nuestra norma constitucional.²⁴

1.- El papel del legislador en las prácticas eutanásicas

Según se ha dicho el legislador penal español ha tipificado en el artículo 143.4 del Código Penal una variante del auxilio al suicidio que acoge el supuesto eutanásico. Se trata como dijimos de un tipo atenuado, es decir, un supuesto de realización del tipo delictivo al que el legislador ha adosado una mengua en el disvalor de la acción a la vista de la concurrencia de una serie de circunstancias: precisamente las que delinean el supuesto de la acción eutanásica.²⁵

La relevancia de este dato consiste en que nos pone en la pista de que la persecución de esta variante de auxilio al suicidio *no viene exigida por ningún mandato constitucional de derecho fundamental*, sino que pertenece al ámbito de la libre disponibilidad del legislador, es decir, que se trata de una cuestión de política legislativa y, más concretamente en este caso, de política criminal.²⁶

En esta línea creemos que es posible detectar posiciones similares en el derecho comparado, es decir, adaptaciones de política legislativa acordes con las tendencias de las respectivas sociedades y con los respectivos ordenamientos constitucionales.

Bélgica se rige por la *Loi relative à l'euthanasie* de 28 de mayo de 2002, (MB, 22-6-2002).

²⁴ Cfr. Romeo Casabona, Carlos M^a, El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 106 ss.

²⁵ Artículo 143:
“1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.
2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.
3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.
4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.”

²⁶ En este mismo sentido, Romeo Casabona, op. cit., p. 109

La *Oregon Death of Dignity Act* de 1995 contempla supuestos de igual naturaleza.

En Holanda, el Senado aprobó la Ley 26691 *Korthals-Borst* o *Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio* cuya entrada en vigor se ha producido el 1 de abril de 2002.²⁷

Más recientemente la *Australian Territories Rights of the Terminally Ill Act 2007* ha sido sometida al Senado australiano.

En otros casos, la ausencia de regulación expresa o la despenalización del auxilio al suicidio abre la vía a la privatización, divulgación e incluso comercialización de prácticas eutanásicas.²⁹

Los ejemplos de diversidad legislativa –dejaremos a un lado los procedimientos legislativos en marcha como el que se desarrolla desde hace años en la Cámara de los Lores– sirven como ejemplo de que la política legislativa de auxilio al suicidio está fundada, además de en las consideraciones ético-valorativas tal y como se ponen de manifiesto en la sociedad, en un juicio de oportunidad legislativa.

Esta línea de situar la regulación que castiga el auxilio al suicidio como una cuestión del política legislativa se pone de manifiesto en el reciente y conocido caso finalmente sustanciado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Pretty vs. United Kingdom*. En el supuesto que tratamos Dianne

²⁷ Cfr. Mora Molina, Juan Jesús, “Despenalización de la eutanasia en los Países Bajos: El proyecto de ley Korthals/Borst, Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n° 11, 2002, pp. 535-581. Del mismo autor, Holanda entre la vida y la muerte, Editorial Tirant Lo Blanch, 2002.

²⁸ En la actualidad dicha norma se aplica en el Northern Territory cuyo Parlamento la aprobó en mayo de 1995, entrando en vigor el 1 de julio de 1996

²⁹ Tal es el caso de Suiza tras la Sentencia dictada por el Tribunal Federal el 3 de noviembre de 2006, BGE 133 I 58, según la cual “el derecho a escoger el cómo y el cuándo de la muerte propia forma parte del derecho de autodeterminación proclamado por el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos...”

En el marco de esta sentencia han prosperado grupos como Dignitas, dedicado a proporcionar las condiciones para el suicidio a quien lo solicite mediante el abono de una cantidad de dinero. Cfr. <http://www.dignitas.ch/> (a. 15-XI-2007).

Una organización con similar finalidad aunque con un perfil no mercantil es Exit, <http://www.exitinternational.net/> (a. 1-11-2007).

Pretty, enferma de 43 años, padecía una neuropatía degenerativa incurable (ELA) que afectaba a todo su organismo manteniéndola inmóvil pero con plenas facultades intelectuales. La Sra. Pretty solicitó que su marido pudiera ayudarle a quitarse la vida y que no se le aplicara a causa de ello la *section 2(1)* de la *Suicide Act* de 1961 que persigue precisamente el suicidio asistido. La Sentencia, tan interesante como discutida, deja claro sin embargo que la limitación de la autodeterminación que supone impedir que la Sra. Pretty consiga su objetivo a través de su esposo, trae su razón de que la Ley inglesa prohíbe el suicidio asistido en estos casos *como garantía* de que no habrá lugar a casos donde, en realidad, no se esté produciendo un suicidio asistido sino figuras tales como el homicidio o el asesinato. De nuevo pues la consideración de la penalización del auxilio al suicidio como una cuestión de oportunidad técnico-legislativa.³⁰

2.- Un tema abierto

El problema de actuación legislativa en el supuesto eutanásico de auxilio al suicidio es, jurídicamente hablando, un tema abierto.

Desde el punto de vista constitucional no habría oposición a su regulación legal.

Cosa distinta es valorar si podría haber una regulación capaz de garantizar, en términos absolutos, la imposibilidad de actuaciones desviadas.

Sin embargo, lo anterior no debe de situarnos en la cómoda resignación de dejar las cosas como están. Sencillamente porque el *statu quo* no existe. El mantenimiento de las normas reguladoras no neutraliza los avances técnicos que están alterando el escenario de decisión. Mantener la situación jurídica como si nada estuviera pasando sitúa antes o después a los jueces, y antes a los profesionales implicados que pueden terminar ante los jueces, frente a la “fuerza del caso concreto”: es decir, ante un supuesto límite y conflictivo, en definitiva ante un caso difícil. Y ya se sabe que, en los casos difíciles, mala jurisprudencia. Este tipo de situaciones suele terminar

con una interpretación forzada de unas normas que ya no sirven para regular los casos problemáticos. Pero a veces, demasiadas veces, el órgano judicial se siente o se ve tentado a forzar los propios hechos...³¹

Si hubiera que levantar, de modo un tanto expeditivo, un acta de situación ésta podría quedar así:

1. En la actualidad es relativamente fácil mantener con vida a enfermos terminales sin ninguna posibilidad de cura y sin calidad alguna de vida. Lo que sitúa la decisión vida-no vida en el marco de una decisión personal.³²
2. Ello ubica en el espacio central de decisión el problema de en qué medida el derecho de autodeterminación, en un escenario técnico que lo posibilita, no convierte la muerte en un objeto de decisión que se inserta en el espacio vida.
3. Y abre el dilema: en qué medida el derecho a vivir con dignidad no incluye también el de no vivir cuando ya no es posible hacerlo sino indignamente.
4. Lo que lleva a la pregunta, de difícil respuesta, de en qué medida una vida percibida como no digna por su titular, puede ser vida en el sentido del derecho fundamental del artículo 15 CE.
5. Desde el punto de vista jurídico la diferencia entre actuación por omisión, suspender el tratamiento, y la actuación por acción, ayudar al suicidio del paciente terminal, supone pasar del ámbito de lo permitido expresamente por el ordenamiento a lo penalmente perseguido. Esta diferencia técnico-jurídica absolutamente correcta, puede ser vista co-

³⁰ §74 Pretty c. UK. 29 de julio de 2002

³¹ Pueden leerse al respecto las lúcidas apreciaciones de Veronesi, op. cit., pp. 273 ss

³² Por todos, Stefano Tomelleri, “L’ambivalenza della tecnologia nelle decisioni in fine vita”, Scelte sulla vita. L’esperienza di cura nei reparti di terapia intensiva (a cura de Guido Bertolini), Guerini Studio, Milán, 2007, pp. 143 ss.

mo un acto puramente hipócrita de ser trasladada al ámbito ético-valorativo.³³

6. Ciertamente existe una diferencia entre ayudar *en* morir y ayudar *a* morir. Moderar el sufrimiento de quien está agonizando, a riesgo de abreviar su muerte, es una cosa. Facilitar la muerte para poner fin al sufrimiento es otra. Pero la técnica posibilita que ambas líneas lleguen a converger en determinados supuestos. Y ahí es donde probablemente está el reto.

En la regulación del suicidio eutanásico o asistido hay unos riesgos que no deben ocultarse, como hemos tratado de poner de manifiesto. Pero también hay riesgos ciertos en declarar irrelevantes para el derecho la diversidad de percepciones, de concepciones del mundo y de la vida, especialmente de aquellas personas que desean hacerlas valer respecto de los últimos tramos de su propia y personal trayectoria vital.

Si se opta por esta vía bien pudiera ocurrir, como nos advierte Veronesi, que propiciemos desde el derecho situaciones en que la libertad consista únicamente en no ser libre; en donde, en nombre de la libertad, se termine negándola...³⁴

³³ Tripodina, Chiara, Il diritto nell'età de la técnica. Il caso dell'eutanasia, p. 128. En el mismo sentido, Algostino, Alessandra, "I possibili confini del dovere alla salute", Giurisprudenza italiana, 1996, p. 3219.

³⁴ Veronesi, op.cit., p. 281.