

EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL FINAL DE LA PROPIA VIDA (*)

RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA IDEA DE VIDA Y DE MUERTE.—3. LA VIDA Y LA MUERTE: 3.1. *El concepto de muerte clínica*. 3.2. *La muerte en las constituciones*.—4. MUTACIÓN (¿CONSTITUCIONAL?) DE LA REGULACIÓN DE LA VIDA Y DE LA MUERTE.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho es una ciencia articulada en torno a una serie de tesis y propuestas metodológicas de alcance limitado. Al fin y al cabo, y en cualquiera de sus presentaciones, es un instrumento de mediación social. Quizá su misma obvedad explique la frecuente postergación de cosa tan evidente. O quizá se trate de una manifestación de eso que denominábamos ideología o falsa conciencia, uno de los riesgos sobre los que somos advertidos en vano por filósofos y pensadores.

(*) «... o de la vida propia». La colocación del adjetivo en castellano jurídico tiene unas implicaciones desmedidas. La *propia vida* hace referencia a la vida de uno mismo. Y la vida propia posee indudablemente un potente sobrentendido, pues irremediamente invoca un dominio sobre lo que es de uno, que le acerca peligrosamente al término propiedad, con quien comparte raíz. Sin embargo la propiedad, en sentido jurídico, supone una especial relación con algo que es, o puede ser, ajeno, y de lo que uno se apropia. En definitiva, no es lo mismo la *propia casa* que la *casa propia*. Estas dudas, y otras que el lector extraerá sin duda del texto, han sido convenientemente estimuladas en el autor por la lectura benévola de este original hecha por Javier Jiménez Campo.

Este artículo es resultado de las investigaciones realizadas al amparo de los Proyectos Nacionales SAF2002-03693 y SEJ2007-60023 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Esta precariedad de nuestro arsenal epistemológico la solemos ocultar bajo la alfombra de enunciados formalmente indubitados y que reputamos consistentes. Y así es, hasta que topamos con problemas de los denominados, al menos desde Lukàcs, problemas finales: ese tipo de bretes para los que no tenemos solución, porque retan todos nuestros recursos técnico-jurídicos.

Ello no quiere decir que debemos rendir armas declarando formalmente nuestra impotencia. Se trata más bien de reconocer las limitaciones de la ciencia y la técnica jurídicas, que no son sino pura réplica de las limitaciones de su objeto. Al fin y al cabo, el Estado y el Derecho son productos construidos desde la idea de limitación. Nunca ha sido de otra manera, al menos desde que tendemos a pensar que el Estado y su Derecho son producto de nuestra voluntad creadora.

Reconocer las limitaciones significa declarar formalmente que hay objetos de decisión exorbitantes para el Derecho y el Estado. Declarar que, una vez más, los procesos políticos de decisión afectan a una parte de nuestra existencia, aunque condicionen gran parte de ella.

Hay, pues, problemas que no son para juristas, aunque seamos los llamados a construir el tratamiento preciso para hacerlos socialmente conllevables. Son problemas sin respuesta, es decir, sin respuesta jurídica. Y no hay por qué preocuparse por ello. Más bien habría que inquietarse si creyéramos, o llegáramos a desear, que tuvieran solución en el plano del Derecho. Estas limitaciones se convierten en serias dificultades metodológicas, que desembocan en argumentaciones y hasta conclusiones llamativamente confusas, cuando se pretende afrontar en clave contenciosa, en el marco de un proceso judicial, algunos problemas que daremos en denominar convencionalmente *biojurídicos*.

Los términos propios de la dialéctica procesal no son desde luego los adecuados para plantear jurídicamente determinados asuntos. Nótese que este tipo de articulación de los conflictos se presenta jurídicamente formalizada, y siempre según alineamientos de parte que sostienen determinadas posiciones jurídico-subjetivas. Todo ello a su vez en el marco de un conjunto de regulaciones objetivas y procedimentales. Se trata de un debate y de una decisión en base a categorías jurídico-legales que debería poner especial cuidado en eludir argumentaciones valorativas según criterios metajurídicos. Si a ello añadimos la extrapolación, tan recurrente, de pronunciamientos elaborados según reglas de *common law* a ordenamientos jurídicos de base continental, terminaremos de describir un escenario de logomaquia jurídica en que quienes mezclan va-

lores (propios) y normas jurídicas se encuentran en el mejor de sus mundos posibles (1).

Sería preciso por tanto evitar eso; al menos hasta donde el rigor metodológico del jurista lo exige.

Los ordenamientos están poblados de disposiciones que vedan, en determinados casos, la acción de privar de la vida a un congénere. Aunque admitamos que, paradójicamente, también están prestos a establecer la forma de quitársela, a veces de modo extremadamente minucioso, y en sociedades que se tienen —quizá con razón aunque no por ello— como avanzadas. Una acción que se tiene por legítima en algunas sociedades, si sólo ejercitable por el propio Estado. En otras ocasiones, hay minuciosos Tratados que regulan cómo se puede y cómo no privar de la vida a nacionales de otros países de modo masivo y de conformidad a Derecho: el Derecho bélico o de la guerra. Y hay también un conjunto de normas de policía «mortuoria», dirigidas a establecer criterios, entre otros, de higiene y sanidad.

Podemos, pues, afirmar que los ordenamientos contienen un, llamémosle por su nombre, Derecho de la muerte, que regula muchas de sus diversas y variadas manifestaciones.

En muchos de estos supuestos observará el lector que se trata de un Derecho de «gestión» de la muerte. En realidad de gestión de las consecuencias y circunstancias de la muerte. Lo que vale tanto como decir de su aceptación, de su inexorabilidad. No sólo en el sentido de final exigido por la naturaleza de todo ser vivo, sino en el menos aceptable de evento cuya causación se acepta como susceptible de realización conforme a Derecho.

Pues bien, las páginas que siguen tratan de un tema al que el Derecho, sin embargo, no ha dado nunca respuesta: la decisión sobre la vida y la muerte propias. Y pretende advertir sobre los cambios, de variado tipo y naturaleza, que han transformado el marco de referencia del Derecho de la muerte con carácter universal; en parte porque también lo ha sido el de la vida. Hasta el punto de que podemos anticipar que se trata de un ámbito regulativo en profunda crisis. Se sostendrá también que ello guarda directa relación con una suerte de mutación —quizá incluso constitucional— que ha cambiado el significado de algunos preceptos; una mutación en todo caso inocultable en el ámbito del ordenamiento jurídico globalmente considerado.

(1) Consideraciones muy atinadas en esta dirección pueden encontrarse en Barry R. SCHALLER, *Justice del Tribunal Supremo de Connecticut, Understanding Bioethics and the Law. The promises and the perils of the brave new world of biotechnology*, Westport-London, Praeger, 2008, págs. 28 y sigs., espec. pág. 161.

Esta suerte de mutación se ha producido, según sostendremos, por el cambio de la base material objeto de regulación. Han cambiado, y muy profundamente la propia vida humana en aspectos determinantes y, por lógica consecuencia, también la muerte como final de la existencia. Cambios no sólo debidos a avances técnicos, que en muchos casos no han hecho sino catalizar modificaciones incoadas en el pensamiento occidental en los dos últimos siglos, sino también cambios culturales y sociales más recientes. Ha cambiado también la propia idea de vida y de muerte, la concepción de ambas y, a su través, los valores sociales que arropan y amparan las regulaciones jurídicas de lo que, de un modo u otro, posee cierto aire de tabú en toda sociedad.

Proporcionar un ensayo de comprensión de todo esto es seguramente un buen comienzo para entender los vectores de transformación y, una vez más y como siempre, acompañar desde el Derecho a los nuevos tiempos, que no esperan a las leyes sino que las transgreden.

2. LA IDEA DE VIDA Y DE MUERTE

La muerte es un fenómeno biológico. O más bien lo contrario: la negación del hecho biológico vital. Es este dato último el que precisamente convierte la apreciación técnico-biológica en subsidiaria, elevando a principal la apreciación formal de cesación de la vida. A fuer de precisos habría que decir, pues, que la muerte, como la vida, es un concepto cultural y no, paradójicamente, un término estrictamente técnico. En efecto, la muerte sólo existe cuando se declara; cuando se declara la desaparición de la vida en un cuerpo humano. No cuando desaparece la vida, insisto, sino cuando se declara así. La vida, y por tanto su desaparición, es siempre una construcción cultural. Es por tanto una idea permanentemente confrontada con el acervo técnico y valorativo de una sociedad concreta.

La idea moderna de autoconciencia de la propia existencia arranca de la afirmación cartesiana de tan largo recorrido en la cultura contemporánea: pienso luego *existo*. Esta es la única y última certeza de la existencia propia que cada ser humano posee. No se trata por tanto de que los demás *crean* que vivimos, sino de que nosotros lo creamos. Esta autopercepción de la propia existencia está en el origen de toda evolución en la conciencia de la propia vida, y también por ello de la propia muerte. Y esta autoconciencia es rabiosamente personal. El ser humano construye a partir de ella su propio espacio de autodeterminación. La muerte, entendida como la pérdida de la capacidad de pensar la propia

existencia, puede así ser vista en nuestro entorno cultural como una suerte de «última libertad» (2).

Pero la afirmación de la muerte propia es desde luego un hecho de indudables consecuencias sociales. Cualquier orden social y jurídico necesita de unas reglas ciertas al respecto. Todo ordenamiento jurídico convive con esta dualidad de la autoconciencia individual y la *convención social* sobre la idea de muerte. Esta convención, apoyada en evidencias técnicas de las que trataremos después, es definitivamente una construcción cultural colectiva.

El ser humano sabe que vive y, de modo crecientemente preciso, sabe que muere. Ello hace que, consciente de su vida, se perciba dueño de su existencia; al menos en el sentido más obvio. Y este cambio cultural de fondo concurre con lo que, de múltiples maneras, se ha venido afirmando en todas las culturas humanas conocidas: la vida no obliga a ser vivida. Lo nuevo en los últimos tiempos es la presencia de una serie de factores que hacen que el ser humano alcance a tener una autopercepción crecientemente profunda, y novedosamente precisa, sobre el hecho de su propia muerte, es decir, sobre la pérdida de la propia existencia.

Este cambio es profundo porque supone la plasmación, perceptible en las representaciones sociales, de la irreversible individualización de la muerte. Un cambio histórico en nuestra cultura desde la tradicional práctica de la representación, pública y a la luz pública, de la muerte. La muerte es hoy —y tiende a serlo cada vez más— un hecho, y un acto, individual y hasta íntimo. Lo que se explica, entre otras razones, por la capacidad técnica adquirida respecto de su previsión.

Hoy el final de la vida se desarrolla en un entorno técnico. Y es, como veremos después, una decisión altamente tecnificada en las zonas más avanzadas de nuestro planeta. Y desde luego, indudablemente, en nuestro entorno cultural próximo.

Lo que se trata de saber ahora es si estos cambios están produciendo efectos sobre el significado de determinadas normas jurídicas ordinamentales, en la medida en que hayan podido sufrir una alteración de contenido relacionada con transformaciones de las bases sociales y culturales con arreglo a las cuales fueron enunciadas en su día. Intentaremos, en definitiva, determinar el impacto de tales cambios en el concepto de vida y muerte acogido en el ordenamiento jurídico.

(2) En Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, 2004, págs. 100-101.

La vida y la muerte son, según hemos dejado dicho, una construcción cultural que, en una parte, se corresponden con una idea social colectiva. Pero en otra parte, mayor o menor pero inderogable, responde a la idea personal, individual y subjetiva. Esta percepción singular de la muerte, intransferible si se quiere, está integrada en el derecho fundamental a la libertad ideológica, y forma parte de su contenido esencial. Difícilmente podrá encontrarse algo más personal e íntimo que la idea que una persona tiene de su propia vida y, por consiguiente, también de su final.

La determinación del final de la existencia propia supone una decisión que no es sólo estrictamente técnica o clínica, sino que incorpora un conjunto de valores (éticos, filosóficos, religiosos en su caso, sociológicos, etc.) y una idea global y personal de la vida, propia y ajena, de ser humano en definitiva (3). De ahí que a nadie pueda imponérsele una creencia —o no creencia—, de cualquier clase o naturaleza, en relación con estos temas.

Esta suerte de derecho a concebir la propia muerte, de la que hay un auténtico reguero en la historia del pensamiento occidental, desde Lucilio a Rilke, pasando por Tomás Moro, Francis Bacon, David Hume o Emile Durkheim, ha cobrado en nuestros días una especial relevancia en concurrencia con la tecnificación de la muerte en las sociedades avanzadas. La muerte ha transformado su naturaleza, desde la condición de *hecho natural*, a una especie de *proceso* en el marco del cual pueden tomarse decisiones. De modo que, si el ser humano no puede eludir la propia muerte, sí parece posible en determinadas circunstancias controlar relativamente su proceso. Y ello plasma en definitiva en el nacimiento de un *derecho a la propia muerte* que, como objeto de decisión limitado, existe en la realidad independientemente de lo que dispongan las normas vigentes (4). El instante de la muerte —entendido como momento decisional en el marco de un proceso— puede ser establecido hoy en un creciente número de situaciones. Y lo va a ser más en el futuro. Y nada ni nadie puede oponer a esa oportunidad de decisión ninguna limitación a la titularidad de esa facultad en el marco de los modernos Estados democráticos de Derecho (5).

(3) Al respecto, FERRANDO MANTOVANIM, voz «Morte (generalitá)», en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, Milano, 1977, pág. 82.

(4) Una descripción seguramente no superada de esta tesis en el siguiente fragmento de la *dissenting opinion* del juez Brennan, que también suscriben los jueces Marshall y Blackmun: «*Medical technology has effectively created a twilight zone of suspended animation where death commences while life, in some form, continues. Some patients, however, want no part of a life sustained only by medical technology. Instead, they prefer a plan of medical treatment that allows nature to take its course and permits them to die with dignity*». *U.S. Supreme Court, Cruzan vs. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

(5) HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi?*, *op. cit.*, págs. 93 y sigs.

Esto resulta de particular relevancia en relación con las normas constitucionales iusfundamentales. La Constitución, como categoría jurídico-normativa, puede ser vista como un sistema preceptivo. Ello incluye valores y orientaciones de actuación de los poderes públicos en relación con determinados objetivos previamente definidos. Pero no integra un orden absoluto de valores, sino sólo en lo relativo a la vida en común. Y, por ello, hay —debe haber— lo que daremos en denominar *silencios constitucionales*. En realidad esto no es sino consecuencia de la esencial naturaleza jurídica, y no ético-moral, de la norma constitucional. Ello quiere decir que, si bien la constitución compone un marco de reglas y opciones, en ningún caso alcanza a querer ser, ni proponer, ni mucho menos imponer, un ideal de vida personal.

De modo que entre la norma constitucional y el *agere licere* hay un espacio de oportunidad en el que se desenvuelve la mayor parte de la vida social: un espacio de valoración cambiante que sólo encontrará en la Constitución los perfiles contramayoritarios, tan necesarios, en materia de derechos fundamentales. En definitiva, la Constitución impide muchas cosas a los poderes públicos, pero es harto dificultoso pretender anclar en la Constitución prohibiciones de comportamiento de disposición sobre el propio cuerpo (6).

Otro derecho fundamental, además del mencionado de libertad ideológica, que está conociendo una ampliación de su proyección en esta materia es el derecho a la integridad física. Y probablemente está también experimentando una sensible transformación en su objeto. Aunque no podremos tratar aquí el problema en toda su complejidad será inevitable realizar algunas precisiones. En puridad el problema original es el mismo que plantea el derecho a la vida con el que comparte el artículo 15 CE. Ambos son derechos de reacción frente a los poderes públicos. Al menos hasta que se han abierto escenarios para los que, o contra los que, no habían sido construidos originalmente. Para el caso del derecho a la integridad física la grieta fundamental se manifiesta en el hecho de que se trata de atribuir facultades a una persona titular de un derecho que versa sobre el cuerpo propio. Pero tanto la persona, como el cuerpo, son dos constructos jurídicos. La persona de que hablamos no se identifica con el cuerpo físico. Ni siquiera el cuerpo jurídicamente conceptualizado es el cuerpo físico, sino una abstracción de la realidad corporal. De modo que una cosa es el estatuto de la persona jurídica individual y otra la del cuerpo físico soporte. De esta dualidad

(6) Un planteamiento que involucra a la Constitución de 1978 directamente en políticas legislativas desde posiciones iusfundamentales en esta materia, muy recientemente, en Fernando REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, *passim*, especialmente, entre otras muchas, págs. 81 y 153.

hay múltiples ejemplos en el propio ordenamiento, como la figura del consentimiento para una intervención clínica invasiva, que no hace sino formalizar la aceptación individual de un criterio colectivo (7).

El problema que hoy tenemos es que la persona jurídica individual no se identifica con el —su— cuerpo. Y el derecho a la integridad física se atribuye a la persona. Y el cuerpo físico reconocido por el ordenamiento jurídico es, de nuevo, una construcción jurídica. De ahí que el vínculo persona-cuerpo sea puramente convencional. Ello explicaría, por ejemplo, la imposibilidad de invocar el derecho de propiedad sobre el propio cuerpo, pues así lo ha decidido el ordenamiento. Pero deberíamos aceptar que la tradición jurídica al respecto hace aquí, definitivamente, agua.

Ello ha llevado al nacimiento de un nuevo plano dispositivo en los ordenamientos, que solemos designar como *estatuto jurídico del cuerpo*. Se trata de un régimen jurídico diferenciado respecto del de la persona individual que no hace sino subvertir el derecho a la integridad física tradicionalmente entendido. Es en virtud de este derecho, como decimos, que asumimos la figura del consentimiento. El mismo derecho fundamental que lo impide para las lesiones, pues su contenido incluye una facultad de rechazo, de oposición a lesiones de la integridad. Pero igualmente este consentimiento habilita automutilaciones, como ocurre en los trasplantes *inter vivos*.

El ámbito de los trasplantes plantea retos frontales al derecho a la integridad. De alguno nos ocuparemos después, pero debemos anticipar ya que la quiebra del orden jurídico tradicional se produce cuando el cuerpo y su, llamémosle titular, escinden su relación tras la muerte. Este quizá sea el problema fundamental: el de la extinción de la personalidad jurídica con la muerte, afirmación que hoy lleva a situaciones francamente difíciles de enmarcar jurídicamente, si lanzamos una ojeada a determinadas regulaciones pensadas evidentemente de un modo que no incluyen estas nuevas situaciones y escenarios (8).

(7) Sobre todo esto es inevitable citar la excelente obra de Xavier BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, París, Dalloz, 2003, pág. 737. La cita es a Dominique THOUVENIN, «Consentement et assujettissement», en François GROS y Gérard HUBER (dirs.), *Vers un anti-destin? Patrimoine génétique et droits de l'humanité*, París, Odile Jacob, 1992, pág. 478.

También, de Rohan HARDCASTLE, *Law and the human body: property rights, ownership and control*, Oxford, Hart, 2007

(8) A la hora de redactar estas líneas diversos medios de comunicación informan de que una ciudadana británica, Jayne Soliman, fallecida hace dos días, acaba de dar a luz a un bebé. *Times-on-line*, 13-I-2009 (a. 3-II-2009).

<http://www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/article5503544.ece?print=yes&randnum=1>

Este *estatuto del cuerpo* incluye supuestos en los que el propio ordenamiento rompe el nexo voluntad individual-cuerpo: riesgos epidemiológicos, supuestos de imposible manifestación de la voluntad, disposición sobre determinadas informaciones genéticas personales que involucran derechos e intereses de terceros...

La tradicional indisponibilidad del cuerpo humano como objeto diferenciado de la persona jurídica individual propone así una laminación de la idea de persona humana, y de unidad de la persona humana, que termina derivando en una limitación del derecho a la integridad física y moral difícilmente compatible con su enunciado constitucional (9).

En resumen, las actuales ideas sobre la vida y la muerte y la posición y naturaleza de determinados módulos o sectores ordinamentales proyectan, si lo decimos piadosamente, una puesta en entredicho del tradicional orden jurídico establecido.

3. LA VIDA Y LA MUERTE

Vida y muerte son también dos conceptos clínicos. Y ambos son objeto, directo e indirecto respectivamente, de un derecho cuya regulación constitucional es, como se sabe, muy reciente. Trataremos aquí de recoger un conjunto de consideraciones para fijar los términos de la relación y las recientes transformaciones experimentadas por el significado de dos vocablos que se revelan como extremadamente cambiantes.

Ya sugerimos en el apartado anterior que uno de los problemas centrales consiste en la evidente falta de identidad entre la desaparición de la persona jurídica individual, a través de la declaración de la muerte del cuerpo, y el concepto clínico de pérdida de la vida que sirve de soporte a aquella declaración habitualmente, aunque no siempre, si recordamos los procedimientos de declaración de fallecimiento recogidos en los artículos 192 a 197 del Código Civil.

La diferencia entre el concepto clínico y jurídico de muerte obviamente se mantendrá siempre porque aluden a dos cosas distintas. Pero se trata de dos afirmaciones que guardan una relación evidente, pues el ordenamiento jurídico así lo establece y, por ello, no cabe despreciar la interacción entre ambas ideas de

El día 1 de enero de 2000 nació en el hospital de Cabueñes, en Gijón, un niño que fue alumbrado por su madre, cadáver desde mediados de noviembre, mantenida sólo en sus constantes biológicas, que no vitales.

(9) En esta misma línea, BIOY, *op. cit.*, págs. 488 y sigs.

muerte. La imposibilidad de identificación responde al hecho de que se fundamentan en un distinto criterio epistemológico. Esta diferencia es la responsable de lo que podríamos denominar grieta o escisión básica en la regulación jurídica del derecho a la vida (y a la muerte) propia: persona jurídica, persona humana y cuerpo humano son efectivamente realidades conexas, pero distintas.

El escenario actual nos sitúa ante el hecho, cada vez más frecuente, de que, aun tratándose de muertes distintas, podríamos afirmar que con frecuencia es el equipo médico el que determina la muerte en sentido clínico y jurídico. Y tampoco es insólito asistir al escasamente ejemplar espectáculo de ver cómo un órgano jurisdiccional se adentra en consideraciones acerca de la presencia de vida humana (o de su ausencia) (10).

(10) Para el primero de los casos recuérdese el bochornoso espectáculo de algunas autoridades persiguiendo, incluso judicialmente, a unos clínicos que simplemente habían ejercido sus funciones en relación con enfermos terminales según el estado actual de los conocimientos especializados en cuidados paliativos.

De lo segundo tenemos el de nuevo poco ejemplar calvario de los familiares de Eluana Englaro, una joven italiana muerta desde hace diecisiete años a la que algunos tribunales italianos le atribuyen vida. Posición recientemente reiterada, *contra legem*, por el propio Gobierno italiano impidiendo, mediante un ejercicio desviado de su poder, la suspensión del tratamiento de sostenimiento artificial acordado por la Corte de Casación.

En relación con el último episodio aludido en relación con el caso *Englaro* puede leerse, de Leonardo BRUNETTI, «Osservazioni a prima lettura sul recente «Atto di indirizzo» ministeriale avente ad oggetto «Stati vegetativi, nutrizione e idratazione»», *Forum di Quaderni Costituzionali*, http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/temi_attualita/diritto_liberta/0009_brunetti.pdf (a. 22-I-2009). De Carmela SALAZAR, «Riflessioni sul «Caso Englaro»», http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0101_salazar.pdf.

En fase de corrección de pruebas se ha producido, el día 9 de febrero a las 20.25 horas la pérdida de las funciones biológicas que mantenían el cuerpo de Eluana Englaro en estado vegetativo, como resultado de la suspensión del soporte clínico en ejecución de una decisión judicial. En ese mismo instante se estaba produciendo el debate en el Senado italiano de un proyecto de ley cuyo texto íntegro se transcribe: «Art. 1.1. In attesa dell'approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita, l'alimentazione e l'idratazione, in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi. 2. La presente legge entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*».

El debate parlamentario del mismo día 9 de febrero en <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer?tipo=BGT&id=393387>. Transcurrido un mes el procedimiento legislativo permanece paralizado.

Muy agudas consideraciones de carácter general sobre este tipo de situaciones en la reciente y excelente monografía de Paolo VERONESI, *Il corpo e la costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, págs. 211 y sigs.

3.1. *El concepto de muerte clínica*

La muerte clínica es un concepto científico que ha ido evolucionando históricamente al hilo de los progresos científicos y tecnológicos; al ritmo, en definitiva, del estado *actual* del conocimiento.

Hoy no sólo es posible determinar el momento de la muerte clínica, siquiera relativamente. Se trata también de tener en cuenta que esas mismas tecnologías posibilitan modificar el momento de la muerte. Dicho en breve: en la actualidad es perfectamente posible en un número creciente de situaciones mantener una situación de «muerte suspendida».

El fundamento de todas estas posibilidades es estrictamente técnico y, todavía más precisamente, tecnológico. Aunque también cultural. Y hasta característico de los Estados sociales avanzados dotados de instalaciones hospitalarias adecuadas.

De modo que no es excepcional, sino más bien crecientemente habitual, situarnos en un escenario en que es posible mantener vivo un cuerpo humano sin la menor posibilidad de que vuelva, en el estado actual del conocimiento, a vivir, es decir, a pensarse a sí mismo como existente. Lo que abre un conjunto de nuevos escenarios que abrigan variadas posibilidades.

De un lado estas técnicas permiten mantener con la calidad adecuada órganos destinados a ser implantados en otros seres humanos. Pero esta misma tecnología permite un alargamiento de la vida, protegido por el ordenamiento jurídico, que posibilita la creación y ampliación de nuevos espacios de agonía (11).

El problema en definitiva consiste en aceptar estos escenarios como un nuevo dato de hecho a ponderar en los ordenamientos jurídicos. Este dato no es otro que el de aceptar que la muerte clínica es un concepto técnico y, por ello, cambiante. Es, en resumen, un concepto de base convencional.

En efecto, hasta la década de los sesenta la muerte clínica se vinculaba a la parada cardio-respiratoria, que a su vez había sustituido con anterioridad al criterio de cesación de la circulación sanguínea. Pero el comienzo del desarrollo de la técnica de los trasplantes así como los avances en resucitación cardíaca arrumbaron con aquel criterio en base a la evidencia de tener que reconocer que había personas vivas que habrían estado muertas (12).

(11) Comitè Consultiu de Bioètica de Catalunya, *Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio*, Barcelona, Departament de la Salut, 2006, pág. 84.

(12) La técnica de resucitación se ha popularizado hasta tal punto que no es infrecuente ver en lugares públicos aparatos de emergencia cardíaca que pueden llegar a ser manejados por un profano.

Ello llevó al establecimiento de nuevos criterios de muerte clínica vinculados a la ausencia de actividad cerebral, conocidos comúnmente como *criterios de Harvard* al haber sido elaborados por un Comité de la *Harvard Medical School*; criterios rápidamente aceptados y generalizados con carácter universal en los protocolos clínicos (13).

La determinación neurológica de la muerte no es tampoco un criterio preciso, aunque sí cierto. Y no lo es porque adolece de los mismos problemas que los anteriores. Se trata de criterios sujetos al avance de los conocimientos. Y hoy la determinación neurológica de la muerte no es, más allá de su enunciado, un criterio pacífico en cuanto a los elementos a considerar para declararla (14).

Esto es lo que explica posiciones crecientemente extendidas como la de Bagheri, que sugiere adoptar el criterio de Japón, que da a escoger a la persona individual si desea que se adopte respecto de él el criterio cardio-respiratorio o neurológico (15).

La posible existencia de *varias muertes clínicas* produce una apertura objetiva del ámbito de decisión de las personas implicadas. Y, singularmente, inviste a las personas responsables del tratamiento de una responsabilidad que llega en realidad a situarles ante la decisión del momento de la muerte. Es precisamente este desplazamiento el que está generalizando las *instrucciones previas* como instrumento de reequilibrio de los términos de la decisión, reubicando la decisión en un terreno en el que clínico y paciente codeciden (16).

Se trata, como se ve, de un foco de problemas cuya única reducción es posible a partir del rechazo del casuismo como método de tratamiento de sus aspectos jurídicos.

(13) «A Definition of Irreversible Coma», Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, *The Journal of the American Medical Association*, núm. 205, 6, 1968, págs. 337-340.

(14) Entre la literatura técnica pero relativamente comprensible para un jurista, véase «Brief review: History, concept and controversies in the neurological determination of death», *Canadian Journal of Anesthesia*, núm. 53, 6, 2006, págs. 602-608. Muy recientemente, sobre los problemas para unificar criterios en tan delicada materia, de Eun-Kyoung CHOI, Valita FREDLAND, Carla ZACHODNI, J. Eugene LAMMERS, Patricia BLEDSOE y Paul R. HELFT, «Brain Death Revisited: The Case for a National Standard», *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Health Care, Winter, 2008, págs. 824-836.

(15) A BAGHERI, «Individual choice in the definition of death», *Journal of Medical Ethics*, núm. 33, 2007, págs. 146-149.

(16) Carlo CASONATO, «Il malato preso sul serio: Consenso e rifiuto delle cure in una recente Sentenza della Corte di Cassazione», de próxima aparición en *Quaderni Costituzionali*, núm. 3, 2008. Acceso al original por cortesía del Profesor Casonato.

3.2. *La muerte en las constituciones*

La regulación constitucional de la vida y de la muerte es, en general, escasa en las constituciones. Y, también en general, obsoleta.

Históricamente la vida, y la posibilidad de privar de ella a una persona, ha sido algo permitido al Estado y prohibido a los particulares, salvo previa habilitación estatal. La capacidad de disponer sobre la vida de los súbditos nace unida al propio Estado como institución y, frecuentemente, simboliza la soberanía como poder supremo. Privar de la vida es la acción que separa el poder soberano de los poderes subordinados a él. Es, desde Hobbes al menos, una de las renunciaciones de los súbditos a cambio de su seguridad. Hasta el punto de que el precio de la seguridad es la vida propia: el Estado dispone de la vida de sus súbditos y, por consiguiente, de la capacidad para privarles de ella.

Tampoco puede, pues, verse como sorprendente que ni la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, ni la del Hombre y del Ciudadano de 1789 se ocupen de la vida ni del derecho a ella. En la primera porque es la propia Declaración la que recoge la pena capital en el dispositivo VIII, es decir, un reconocimiento expreso de su legitimidad en el espacio de derechos ciudadanos que diseña. En el caso de la Declaración francesa también es posible deducir que el derecho a la vida no es ni inalienable ni imprescriptible, si hemos de dar crédito a la enumeración contenida en el artículo 2.

La recepción constitucional del derecho a la vida es, pues, reciente, muy reciente (17). Se trata de una recepción deficientemente definida y de muy limitado alcance. Las causas son de diversa naturaleza y no podremos extendernos mucho en ello, pero es preciso apuntar algunas.

El derecho a la vida no puede ser concebido, en un escenario iusfundamental clásico, como un derecho reaccional frente a los poderes públicos. Obliga a expresar una renuncia del propio Estado a la posibilidad de privar de la vida a toda persona. La dificultad de dicha renuncia puede evidenciarse en el hecho de que ningún Estado es obligado a ello. Nuestra Constitución acoge expresamente la competencia estatal de privación de la vida humana, habilitación de la que por supuesto el legislador puede o no hacer uso, tal y como ha ocurrido.

De ahí que el derecho a la vida, desde su tardío nacimiento en las constituciones, se haya visto sometido a una evolución para la que no estaba ni concebido ni preparado. Lo que es evidente que plantea dificultades no menores.

(17) El Protocolo número 6, de abolición de la pena de muerte, del Convenio de Roma es de 28 de abril de 1983, con entrada en vigor el 1 de marzo de 1985.

Y desde luego, no está concebido como un derecho ejercitable por un titular respecto de su propio cuerpo; en ningún sentido, ni habilitante ni restrictivo. A su vez el concepto jurídico-constitucional de vida no puede quedar desmentido por la realidad. Y la realidad dice que con un fin o sin él, con motivos o sin ellos, los seres humanos disponen de su propia vida y van a estar en condiciones de hacerlo cada vez más. Esto choca, manifiestamente, con un derecho a la vida concebido como puramente reaccional en el sentido que después veremos.

Propiamente el surgimiento constitucional del derecho a la vida como un derecho fundamental puede ser visto como una de las reacciones frente a los Estados totalitarios de la Europa de los treinta (18). Quizá por ello el derecho a la vida así formalizado resulta hoy de escasa utilidad para los nuevos escenarios sobrevenidos. De ahí que se esté pasando en varios ordenamientos desde un *derecho a la vida* a un *derecho a vivir*, lo que no es evidentemente lo mismo. Esta transformación está en la base del nuevo *bioderecho* concebido como un derecho *de* la vida y, por consiguiente, como un derecho a vivir en unas condiciones respetuosas con una idea de vida mucho más amplia y exigente. Una idea de vida que incluye la idea de sostenibilidad, de medio ambiente y de regulaciones dirigidas a impedir manipulaciones lesivas de las condiciones esenciales de la vida presente y futura. El derecho a la vida no resulta adecuado, ni parece ofrecer indicios de amparar este nuevo conjunto de bienes jurídicos. Quizá por ello su progresivo enquistamiento e, indirectamente, apertura del espacio a favor de la ampliación del derecho a la integridad física (19).

En este marco no es extraño que todas las constituciones que contienen en su enunciado el derecho a la vida en nada ensayen precisar, de modo directo ni indirecto, cuándo comienza la vida (humana) y cuándo termina (20). Esta prudencia es altamente recomendable. Porque de lo que se trata es de proteger el derecho a vivir dignamente: un adjetivo que remite a una construcción cultural colectiva y por ello cambiante según circunstancias de tiempo y lugar.

El derecho a la vida que figura en las constituciones está asociado a la prohibición de la pena de muerte, de acuerdo a un enunciado que podríamos denominar

(18) Indicación que encuentra cierto respaldo en los debates constituyentes de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial. Para el caso italiano resulta muy aleccionadora la posición del jovencísimo diputado Aldo Moro. En Roberta DAMENO y Massimiliano VERGA, *Garantire i diritti. Le innovazioni biomediche e biotecnologiche e le opinioni degli operatori*, Milano, Guerini Studio, 2008. La alusión a Moro en la «Presentación» de Valerio Pocar, pág. 11.

(19) Una tendencia que creo ver incoada en los artículos 2 y 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(20) Que son más bien pocas. Alemania, artículo 2.2; España, artículo 15; Finlandia, artículo 7, y Portugal, artículo 24.1. Italia se ajusta a prohibir la pena de muerte, 27.4.

No contienen especificación al respecto Francia, Grecia, Suecia, Holanda, Austria, Bélgica...

clásico, aunque ya hemos visto que sólo muy recientemente. Privar a los Estados del derecho de disposición de la vida de los ciudadanos es un avance indudable allí donde se ha producido. Pero de un derecho así concebido no pueden deducirse, frente a nuevos escenarios como los que estamos describiendo, facultades jurídicas nuevas. Ni *no-facultades*. Al hacerlo, y cuando se hace, se está ignorando expresamente el hecho de que el momento de inicio y final de la vida no se determinan ya «naturalmente»; se está afirmando que en un mundo de tanta complejidad biotecnológica los contenidos de los derechos no están sufriendo profundísimas transformaciones. Definitivamente hoy los derechos fundamentales están intensamente expuestos a la incidencia de los avances científicos y tecnológicos. No considerar tal circunstancia es una manifiesta elusión del rigor científico exigible (21).

Están emergiendo nuevos campos de ejercicio de los derechos fundamentales que someten a nuevos riesgos los bienes y valores constitucionales al hilo de los avances técnicos. Es, por tanto, preciso establecer las relaciones entre las nuevas capacidades y los derechos constitucionales y ello supone una profunda novación, innovación, renovación o quizá mutación de algunos derechos (22).

En resumen, no disponemos de un concepto de muerte clínica razonablemente estable, fiable y de validez universal. Y tampoco estamos en condiciones de afirmar que la vida a la que se refieren las escasas constituciones que la proclaman como derecho fundamental o constitucional sea, en todos los casos y para todas las situaciones, la misma idea o concepto de vida jurídicamente requerida por estos nuevos escenarios.

4. MUTACIÓN (¿CONSTITUCIONAL?) DE LA REGULACIÓN DE LA VIDA Y DE LA MUERTE

El problema central actual de nuestra Constitución en este ámbito se centra en lo que un tanto imprecisamente se viene denominando la *indisponibilidad* de la propia vida: una afirmación ciertamente desmedida. Lo es en primer lugar porque en el artículo 15 se habilita al Estado para disponer de la vida de los ciudadanos «en tiempo de guerra», una circunstancia por cierto extremadamente imprecisa y no precisada hasta donde conozco con la certeza que sería

(21) Roberto BIN, «La Corte e la Scienza», *Relazione* para el Seminario «Bio-tecnologie e valori costituzionali il contributo della giustizia costituzionale», Parma, 19 de marzo de 2004, www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=content&task=view&id=790 (a. 22-I-2009).

(22) Manuel CARRASCO DURÁN, «Constitutionalising Biolaw», en *Life, Technology and Law*, *op. cit.*, pág. 43. En sentido similar ya Stefano RODOTÀ en *Repertorio di fine secolo*, Roma, Laterza, 1999, págs. 222 y sigs.

deseable (23). Y lo es también porque el ordenamiento jurídico califica como legítima la privación de la vida entre particulares en el supuesto, por ejemplo, de «El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos...» del artículo 20.4 del Código Penal vigente.

No hay, pues, una indisponibilidad absoluta de la vida de las personas en nuestro ordenamiento.

Sí tenemos en cambio una situación que podríamos denominar de *hipostatización* del derecho a la vida del artículo 15 CE. Esta nos parece la deducción lógica si atendemos a la pretensión de negarle su condición de derecho por elevación, en la medida en que de un modo u otro se le pretende situar en la posición de derecho fundamental que *se impone* a los demás derechos así catalogados en nuestra norma fundamental.

Propiamente hablando se trata de una suerte de degeneración progresiva de la naturaleza de este derecho que tiene sin duda una explicación, que además es preciso exponer porque es la clave de la actual desnaturalización de su potencialidad como derecho fundamental.

En la redacción original de nuestra Constitución, una de las pocas como se ha dejado dicho que formula este derecho, se trata de un derecho concebido como un derecho de resistencia, o reaccional si se quiere (24). Un derecho que sin embargo será prontamente reivindicado para fundamentar decisiones para las que no fue concebido. Frente al Estado español los ciudadanos poseemos un derecho inalienable e imprescriptible que nos faculta para neutralizar la destrucción de nuestra propia vida. Se trata de un derecho, es decir, un conjunto de facultades sujetas a una delimitación. Por eso sabemos que se trata de un derecho que en determinadas ocasiones no podemos hacerlo valer. Por ejemplo, en tiempo de guerra si lo disponen las *leyes penales militares*, otro caso de remisión harto imprecisa por cierto.

(23) El término «tiempos de guerra» que el artículo 15 refiere como circunstancia temporal habilitante es escasamente satisfactorio desde el punto de vista de la seguridad jurídica exigible. Y no parece que se trate exactamente del estado de sitio a que alude la Constitución en el artículo 116 y la legislación de desarrollo.

La Ley Orgánica 11/1995, de 27 noviembre, procedió a la reforma de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que aprobó el Código Penal Militar, suprimiendo los veinticuatro supuestos en los que se establecía la pena de muerte, al tiempo que el preámbulo de la citada disposición recuerda que establecer la pena de muerte no es una obligación sino una posibilidad abierta al legislador por la Constitución.

(24) Sobre esta cuestión sigo las tesis de Gonzalo ARRUEGO en «La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de “urgencia vital”», *REDC*, núm. 82, 2008, págs. 53-82.

Sin embargo, no ha sido esta la vía seguida en nuestro ordenamiento. Se trata probablemente del único caso en que se proclama un derecho fundamental que, en contra de lo que el término derecho implica, se concibe sin límite ni delimitación alguna. Se dirá que no es así y que la propia Constitución establece una clara delimitación del derecho. Y se dirá bien. Pero no es esa la doctrina constitucional todavía tenida como ortodoxa.

La tendencia ha sido más bien a reforzar los perfiles reaccionales del derecho con la finalidad de cerrar cualquier fisura que habilitara un supuesto de disposición del derecho por su titular. Pero esa misma posición o tendencia es la que progresivamente le ha ido privando al derecho de su eficacia, más allá de lo que una interpretación estricta del mero enunciado constitucional propone.

Ciertamente no es fácil, como vemos, proclamar en una constitución el derecho a la vida como un derecho fundamental. Y menos todavía en una constitución normativa. Se trata de un asunto extremadamente complicado. Y más todavía en los actuales escenarios biomédicos.

El Estado nace como institución para defender la vida de quienes lo establecen, pero ello no incluye un compromiso de respeto de la vida concreta de todos y cada uno de los ciudadanos. La recepción de la pena de muerte no significa otra cosa y este perfil es el que alimenta las mayores dificultades para una configuración iusfundamental no problemática del derecho a la vida.

La estructura del derecho a la vida y sus dificultades de encaje constitucional nos dan cabalmente razón de su lento pero inexorable desplazamiento como vector regulativo de los nuevos escenarios biomédicos.

En nuestro ordenamiento, de acuerdo a la doctrina constitucional actual, la negación o rechazo de los intentos de un ciudadano de disponer —en determinadas circunstancias— de su vida descansa en el derecho a la vida de ese mismo ciudadano. Se niega cualquier tipo de disposición de la propia existencia desde el derecho del mismo ciudadano a su existencia. Nos encontramos así paradójicamente ante un derecho fundamental que incluye en su contenido esencial una no-facultad, una prohibición. Y, alternativamente, una habilitación a los poderes públicos para obligar a un ciudadano a ejercer un derecho cuyo objeto rechaza.

Tan patética situación está en el origen, junto con otros factores concurrentes, de una tendencia del ordenamiento subconstitucional a la búsqueda de nuevos anclajes iusfundamentales para las nuevas situaciones biomédicas. Este es el caso del desarrollo de un derecho de autodeterminación individual respecto del propio cuerpo como soporte vital de la propia existencia. Y el derecho-diana que soporta los nuevos desarrollos está también ubicado en el artículo 15, se trata del derecho a la integridad física.

Estamos ante una tendencia presente, de un modo u otro, en todos los ordenamientos. Pero en nuestro caso nos parece que se trata más bien de un conculso desplazamiento —más que de una tendencia— acelerado por la inercia de una doctrina *ad hoc* sentada en la STC 53/1985. Esta suerte de desplazamiento o reajuste constitucional es debido fundamentalmente a algunos perfiles de aquel pronunciamiento sobre el que se advirtió con admirable precisión en la doctrina alternativa que disintió del fallo y de su argumentación (25).

En efecto, las circunstancias de aquel proceso propiciaron la necesidad de recrear parcialmente el significado del derecho a la vida del artículo 15 CE. La fórmula adoptada consistió en trasladar al plano del derecho el plano de la lógica factual. Más allá de que no se trata de una creación del Tribunal Constitucional español, hay que decir que ha sido sin embargo en nuestro caso donde aquella doctrina ha tenido a nuestro parecer peores efectos colaterales. Según un argumento tópico y manido, y falso como generalización, la vida es un presupuesto para el derecho. De ahí se infiere que el derecho a la vida es, de algún modo, el primero de los derechos. Sin embargo, esta argumentación es falaz, incluso en el plano ético, si atendemos a aquellas creencias que estiman como un valor superior dar la vida por ellas (26).

Sea de ello lo que fuere, a partir de esa lógica, que calificaremos como menor, se ha construido el *flatus vocis* de la vida como valor superior del ordenamiento STC 53/1985/3; es sabido, sin embargo, que sólo cuatro gozan de esa naturaleza según el incólume enunciado del artículo 1.1 CE. Hoy sabemos, disipados ya casi totalmente los humos de aquellos fuegos, que inferir del derecho a la vida, en base a su perfil más reaccional, un *deber de vivir* era en realidad sólo necesario para fundamentar la decisión de protección a favor de una no-persona-jurídica-física a la que, por este tipo de atajos, se le venía a proporcionar una protección similar a la iusfundamental mediante la absoluta hipostatización del derecho.

Pero esta construcción, cabalmente diseñada para construir una sobreprotección en el supuesto del inicio de la vida, no opera igual en su final. A pesar de

(25) Para las consecuencias de esta sentencia en otros sectores de la regulación jurídica pero de aplicación a este supuesto, véase Ricardo CHUECA RODRÍGUEZ, «Nuovi strumenti normativi nell'ambito della biomedicina e della genética in Spagna», *Revista de Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2007-IV, pág. 1706.

(26) «Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 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». STC 53/1985/3. Cursivas nuestras.

la soltura con la que sin embargo el juez constitucional derrama consideraciones que, gratuitas para el caso objeto de pronunciamiento, debiera haber ahorrado y, de hecho, ha ignorado en sus posteriores argumentaciones. En efecto, en el FJ 5, a), se afirma que «la vida humana *es un devenir*, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; *es un continuo* sometido por efectos del tiempo a *cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital*».

Esta alambicada tesis jurisprudencial delata sus problemas, y a fe que lo viene haciendo de modo cada vez más notorio, cuando se sitúa ante el supuesto de personas físicas titulares del derecho a la vida frente al final, cierto y preciso, de sus días. Un supuesto del que sólo cabe esperar su generalización progresiva por razones estrictamente técnicas. Y ello sitúa al sujeto titular del derecho, dotado de un poder de decisión sobre su propia existencia, en el marco de un proceso de pérdida de la vida propia. La persona titular del derecho a su autodeterminación individual, amparado y contenido en su derecho fundamental a la integridad física... y moral, se ve así investida de la capacidad de decidir sobre el proceso de pérdida de la propia existencia.

Las regulaciones subconstitucionales de nuestro ordenamiento incluyen ya espacios de decisión inevitables en la moderna relación terapéutica. El consentimiento informado frente a cualquier intervención, la renuncia al tratamiento o la recepción de la figura de las instrucciones previas suponen la universalización jurídica de la capacidad de disposición y autodeterminación sobre el propio cuerpo y la propia existencia (27). Una tendencia a la afirmación de un espacio personal de decisión que se encuentra ya generalizada en nuestro estándar de derechos, pues no debe olvidarse que las regulaciones citadas proceden de la transposición al Derecho español de las estipulaciones del *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con res-*

(27) Sobre el *consentimiento informado*: «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado...». Artículo 8.1 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.

Sobre la *renuncia al tratamiento*: «El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento». Artículo 8.5 de la Ley 41/2002.

Sobre *instrucciones previas*: «Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, *sobre 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». Artículo 14 de la Ley 41/2002.

pecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, elaborado al amparo del Consejo de Europa (28).

Este espacio de autodeterminación es, como decimos, creciente, tanto por razones ligadas a los avances clínicos como por las transformaciones de toda clase ya aludidas. El propio ordenamiento se hace eco progresivamente de ello de modo inexorable, como puede comprobarse en la regulación del consentimiento en las lesiones del artículo 156 CP para los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones, etc. Incluso sin consentimiento en este último caso si se tratare de un incapaz (29). Pero donde es más perceptible la dilatación de este espacio a favor del despliegue de los elementos de autodeterminación ligados a los derechos a la integridad física y moral es en el efecto objetivo de desaparición de los supuestos de lo que, con viejas palabras, se denominaba *eutanasia pasiva* (30).

Es evidente la creciente convergencia de los ordenamientos de nuestro entorno en la progresiva estandarización jurídica y técnica de prácticas médicas, con sus correspondientes coberturas jurídicas, dirigidas a acortar la vida del paciente terminal según su voluntad. Derecho de rechazo a los tratamientos, instrucciones previas, legitimidad de la oposición del paciente a prolongar su vida y corrección clínica y jurídica de los tratamientos denominados *de doble efecto* son algunas de sus expresiones formales (31).

(28) Firmado por España en 4 de abril de 1999, Instrumento de Ratificación de 23 de julio de 1999 (BOE núm. 251, 20 de octubre), con Depósito del Instrumento de Ratificación el 1 de setiembre de 1999 y entrada en vigor con fecha 1 de enero de 2000. Véase artículo 5 para el consentimiento informado y para los rechazos a tratamientos y artículo 9 para instrucciones previas allí denominados, en frase mucho menos compulsiva jurídicamente, «*deseos expresados anteriormente*». El estándar nacional es como se ve superior en este punto al mínimo fijado por el Convenio; no sólo en este sino en otros aspectos.

(29) Precepto recogido en el artículo 428 del Código Penal anterior y que fue objeto de Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994 en cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la esterilización de incapaces.

(30) Para la dilución del concepto de eutanasia pasiva, Ricardo CHUECA RODRÍGUEZ, «Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia», *Derecho y Salud*, vol. 16, págs. 1 y sigs.

(31) Se trata de aquellos tratamientos paliativos que se sabe que, a cambio de confortar física y moralmente al enfermo, producen necesariamente un efecto clínico de acortamiento del proceso terminal y una anticipación del momento del fallecimiento. En definitiva, un tipo de situación que algunos quieren ver como una suerte de muerte provocada. Una posición que no se comparte, pero que tiene cierto eco, en Charles DOUGLAS, Ian KERRIDGE y Rachel ANKENY, «Managing intentions: the end-of-life administration of analgesics and sedatives, and the possibility of slow euthanasia», *Bioethics*, 1467-8519 (*on line*), 2008.00661.x (a. 25-I-2009).

Todos estos elementos configuran un conjunto de prácticas concurrentes que están abriendo inexorablemente un nuevo espacio de decisión hasta ahora inexistente.

El supuesto tenido como *leading case* es aquel de que tuvo conocimiento la Cámara de los Lores, *Airedale N.H.S. Trust vs. Bland* (32). El tribunal autorizó la realización de las acciones dirigidas a desconectar los aparatos de mantenimiento artificial de la vida de quien habían desaparecido las funciones cerebrales de modo irreversible. En dicho fallo, *Lord Goff of Chieveley* desarrolla una argumentación que nos parece de especial calidad y ajuste a los nuevos escenarios del final de la vida y por ello recomendamos su lectura íntegra (33).

Pero en concreto llama la atención en aquella fecha la argumentación sobre el ajuste de los tipos penales a las nuevas situaciones y, por derivación, la impropiedad del derecho a la vida (*sanctity of life*) como único referente regulativo. «*I wish to add that, in cases of this kind, there is no question of the patient having committed suicide, nor therefore of the doctor having aided or abetted him in doing so. It is simply that the patient has, as he is entitled to do, declined to consent to treatment which might or would have the effect of prolonging his life, and the doctor has, in accordance with his duty, complied with his patient's wishes*» (34). Con posterioridad, en 2002, tendrá mucho más eco y será más conocido el caso *Ms. B. vs. An NHS Hospital Trust* (35).

Junto a estos casos suele alinearse el de *Diane Pretty* (36). La diferencia que la justicia británica aprecia entre este último caso y el anterior estriba en

Para este supuesto de *Medical Behaviour That Potentially Shortens Life (MPBSL)*, John Griffiths, Heleen WEYERS y Maurice ADAMS, *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford and Portland, Oregon, 2008, 595 págs., *passim*. Esta voluminosa obra reproduce con gran precisión la situación en Europa, a la fecha, de todos estos aspectos.

(32) Supuesto de un joven de 17 años en situación de «estado vegetativo persistente» irreversible como consecuencia de un accidente en un campo de fútbol. El padre solicitó que se le retirara el tratamiento de mantenimiento. La Sentencia de la Cámara de los Lores es de 4 de febrero de 1993.

(33) *Airedale N.H.S. Trust vs. Bland*, A.C. 78 at 860 a 867.

(34) Cit. A.C. 78 at 864.

(35) *High Court of Justice, Family Division, Ms. B., Claimant, and An NHS HOSPITAL TRUST*, Defendant, 22-III-2002. *Miss B.*, tras una larga lista de complicaciones a partir de una patología de carácter neurológico terminal, tras dos años de tratamientos y complicaciones de todo tipo y en un escenario próximo al encarnizamiento terapéutico (tetraplejía, respiración por ventilador...) anclado en las discrepancias psiquiátricas sobre su capacidad para rechazar el tratamiento, interpuso una reclamación judicial contra el hospital en que le atendían para conseguir hacer valer su voluntad de renunciar al tratamiento (que ya constaba en instrucciones previas), lo que sería causa inmediata y directa de su muerte.

(36) *House of Lords, The Queen on the Application of Mrs. Dianne Pretty vs. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department*, 29 de noviembre de 2001.

que, mientras que en el primero la mera suspensión del tratamiento causaba la muerte, aquí se trataba de que la paciente no podía valerse por sí misma para poner fin a su vida, pues tal objetivo no podía producirse mediante una decisión de abandono de tratamiento. Como ha puesto de manifiesto muy recientemente Casonato resulta así que, como en este segundo caso, la patología, siendo no obstante causa de importantes padecimientos físicos y psíquicos, no precisaba sostenimiento vital, llevaba necesariamente a quien la padecía a soportar una progresiva y cierta prolongación de un sufrimiento al final del cual sólo le esperaba la pérdida de la vida. Tal diferencia fáctica era la que situaba una ayuda de su esposo para alcanzar la muerte dentro del supuesto del suicidio asistido penado por la sección 2(1) de la *Suicide Act* de 1961 (37). Esta distinción está ligada a una regulación concebida en base a una idea de vida y de muerte, y a un entorno de conocimientos científicos y técnicos, que podremos piadosamente calificar de obsoletos. Una distinción que, si puramente legal y perfectamente coherente con el escenario de los años sesenta, se torna ahora en causante de una lesión en los aspectos esenciales de la idea de integridad física y moral, es decir, de un derecho fundamental. Se llega así a una idea de *vida como valor superior* o de *sanctity of life* cuya indisponibilidad se vincula directamente no a la defensa de la vida, sino a la dificultad estrictamente clínica e instrumental (necesidad o no de auxilio externo) para poner fin a ella. En un caso, legítima renuncia a tratamiento; en otro, supuesto de hecho delictivo (38).

Lo importante de la comparación propuesta no es el parangón entre dos supuestos límite, sino la advertencia, que no cabe sino hacer con toda formalidad, de que los cambios científicos han llegado para quedarse y que los ordenamientos jurídicos deben revisar los instrumentos legales para poder seguir siendo eficaces en la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

Ciertamente las evidencias del derecho a disponer de la vida propia y del propio cuerpo se van abriendo paso en todos los ordenamientos, al ritmo que cada sociedad estima oportuno. Y se trata siempre, habida cuenta del tema objeto de regulación, de normas jurídicas dinamizadas por una suerte de sentido

(37) Carlo CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, Università di Trento, 2006, págs. 142-143, 245 y sigs. También en *Progetto BioDiritto*: http://www.jus.univr.it/biodiritto/publicazioni/01_publicazioni.html (a. 24-I-2009). «Il punto di vista del giurista e del medico legale», Carlo CASONATO y Fabio CEMBRANI, en P. FUNGHI (a cura di), *Curare e prendersi cura. Temi di bioetica e biodiritto per studenti e professionisti della salute*, Milano, Franco Angeli, 2009.

(38) Toda esta problemática ha sido objeto de un profundo estudio en la Asamblea Nacional francesa. *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, 2 vols., 23-XI-2008. Para este tema en concreto, págs. 122-123.

común ampliamente generalizado, respaldado por evidencias empíricas inderogables y axiológicamente no cuestionadas de modo significativo. Sin embargo, esta especie de coherencia global no alcanza a obtener la réplica precisa en lo que se refiere a su encaje lógico-jurídico. Algo, si se me permite, hace que los poderes públicos no acaben de situarse como poderes activos en el despliegue de estos cambios.

Sin embargo, no nos parece que se trate de una carencia. Se trata más bien de una manifestación más del carácter limitado de la intervención estatal. Por decirlo en breve, no parece de sentido común acudir a los poderes públicos para obtener el amparo de su derecho cuando un ser humano decide poner fin a sus días: una decisión por cierto irreversible. Los seres humanos aceptamos como bueno el derecho a la vida planteado como una prohibición frente al Estado que le impida privarnos de ella. Pero no es un derecho que pueda ir mucho más allá. Ni deba.

Frente a él está naciendo un derecho a vivir de estructura mucho más compleja y de encaje probablemente fragmentado en varios títulos iusfundamentales. El derecho a vivir incluye, como ya indicamos, una variada gama de compromisos de los poderes públicos, porque el ser humano está construyendo una nueva autopercepción de su vida en el marco del universo. Y ese derecho a vivir incluye aspectos medioambientales, normas rígidas en la manipulación genética no sólo humana sino de animales y plantas, racionalidad en el uso de los recursos energéticos no renovables y un largo abanico de nuevos escenarios en el que se incluye una declaración sobre la rabiosa individualidad de la construcción de la propia dignidad en relación con el proyecto vital personal (39).

Por todo ello el rechazo a tratamientos no debe ser visto como una mera facultad individual sino como manifestación de un nuevo espacio, que avanza hacia el reconocimiento más general del derecho a la autodeterminación en el ámbito de decisiones profundamente personales. Y que incluye el derecho a proyectar la idea de dignidad propia en el último acto de la existencia individual.

Las dificultades que plantea cualquier intervención legislativa en este tipo de temas no deben ocultarse. La posición de los profesionales clínicos, la fijación de criterios ciertos, de «escrutinio estricto» si se nos permite la expresión, que eviten y disuadan de cualquier posibilidad de manipulación o alteración de la voluntad cierta e indubitada del sujeto, junto a la indisponibilidad del derecho

(39) Robert ETIEN, «La constitutionnalisation de droit à la vie, de droit de vivre, du bio droit dans les constitutions européennes», en Carlo CASONATO (ed.), *Life, Technology and Law*, op. cit., pág. 51.

a la vida, son criterios que delimitan un ámbito de actuación para el legislador mayoritario.

Pero debe recordarse que la necesaria legislación penal dirigida a criminalizar determinados supuestos de inducción o cooperación al suicidio, o a su despenalización en otros casos, son meras opciones de —por usar las palabras propias de la ciencia penal— política criminal compatibles con el artículo 15 CE. Y que, por tanto, nada hay en nuestra Constitución que cierre estas vías para realizar el necesario acompañamiento regulativo de las nuevas situaciones clínicas del final de la vida (40).

Evidentemente se trata de una actividad legislativa sujeta a criterios de oportunidad y libre apreciación del legislador, que a su vez deberá ajustar su intervención a las grandes corrientes de opinión existentes en nuestra sociedad. No se trata por tanto de compelerle a su realización, sino de declarar que el espacio constitucional para ello existe y es franco.

Sin embargo, y mientras tanto, hay otra intervención legislativa sobre la que quizá no sería ocioso sugerir cierta diligencia. Nos referimos a la necesaria regulación de los supuestos en los que se produzca lesión de la autonomía del paciente como consecuencia de la vulneración de su voluntad por parte de terceros, cuando éste desea ejercerla en los términos precisados por la legislación vigente. No debe olvidarse que también en estos casos se está tutelando el ejercicio de derechos fundamentales de máxima sensibilidad respecto de personas que se encuentran en una situación de especial indefensión, incluso el del derecho a la vida propia y a la integridad física y moral.

Mientras reflexionamos sobre cómo ajustar el ordenamiento en temas de tan dificultosa regulación, evitemos al menos el peligro de que la inacción se intérprete como una suerte de patente de corso para lesionar derechos de igual nivel y procedamos, también por vía penal si es preciso, a perseguir aquellos ilícitos que se ensañan con el modo en que cada ser humano desea poner fin a su existencia en el ejercicio de sus legítimos derechos constitucionales y legales.

RESUMEN

La regulación jurídica de la vida y de la muerte debe acompañar a los avances científicos y los cambios culturales. Esta relación ha sufrido importantes alteraciones en las

(40) Carlos ROMEO CASABONA, «Los delitos contra la integridad corporal y la salud», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999, págs. 939 y sigs.

últimas décadas. Las constituciones también han acusado el impacto. La Constitución española de 1978, y el resto del ordenamiento jurídico, está experimentando serias dificultades en este aspecto. La velocidad de los cambios sugiere reajustes y revisiones. Los derechos fundamentales del artículo 15, entre otros, comienzan a proponer interpretaciones más adecuadas y conformes a los nuevos escenarios. Todos estos factores han dilatado el espacio del legislador, que debe afrontar los nuevos retos.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la vida. Derecho al final de la propia vida. Derecho a la integridad física y moral. Concepto clínico de muerte.

ABSTRACT

The juridical regulation of the life and death must accompany to the scientific advances and the cultural changes. This relationship has suffered important alterations in the last decades. The constitutions have also accused the impact. The Spanish Constitution of 1978, and the rest of the juridical regulation, is experiencing serious difficulties in this aspect. The speed of the changes suggests readjustments and revisions. The fundamental rights of the article 15, among others, begin to propose more appropriate and according interpretations to the new framework. All these factors have dilated the space of the legislator, who has to confront the new challenges.

KEY WORDS: Right to life. Right at the end of the own life. Right to physical and psychological integrity. Clinical concept of death.