

FRONTERAS DE LA DIGNIDAD HUMANA

ANDRÉS OLLERO TASARA

Catedrático de Filosofía del derecho URJC; Magistrado del Tribunal Constitucional

La dignidad humana está con frecuencia presente en los textos constitucionales. Desgraciadamente su fecundidad práctica deja a veces mucho que desear. Si nos limitamos a nuestro propio ordenamiento jurídico, no deja de resultar elocuente la peripecia del artículo 10.1 de la Constitución: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". A la hora de la verdad, sin embargo, no se la reconoce como derecho fundamental ni goza de la consiguiente protección por vía de amparo, reservada a contados artículos del 14 hasta el 30. Esto llevó a quien fuera presidente del Tribunal Constitucional a quejarse de que, siendo la dignidad el tronco del árbol de los derechos fundamentales, no gozara de protección similar a la de sus ramas¹.

Cobra precisamente actualidad en estos días lo relativo a los derechos y a la dignidad de la persona ante el proceso final de la vida. Las propuestas de legalización de la eutanasia encuentran en este comienzo de curso motivo para ocupar los medios de comunicación. Lo curioso es que el término eutanasia se ha convertido hace tiempo en palabra tabú, a la que no es fácil encontrar en los textos positivos vigentes ni en el nascente texto legal. El artículo 143 del Código Penal, por ejemplo, tiene buen cuidado de no mencionar el término prohibido cuando aborda en sus tres primeros epígrafes la cooperación al suicidio. Señala una pena de cuatro a ocho años de prisión a su inductor y de dos a cinco años a quien coopere con actos necesarios; mientras reserva una de seis a diez años "si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte". Sin embargo, en el epígrafe siguiente, a quien realice conducta similar "por la petición expresa, seria e inequívoca" del suicida, "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" del mismo artículo.

A la espera de una posible reforma legal, se constata que los intentos de legislar sobre el particular, sustituyen el término eutanasia por la alusión a una eufemística muerte digna. Así ocurrió ya con el iniciado por el acuerdo de la Mesa del Congreso de 14 de junio de 2011. Un nuevo intento tuvo lugar siete años después como fruto de una doble proposición de ley de los grupos socialista y ciudadanos que,

¹ M. JIMÉNEZ DE PARGA en su voto particular a la STC 116/1999, de 17 junio.

aun siendo aprobado por el Congreso de los Diputados, murió en el Senado por la disolución de las cámaras. En estos días va arrancando un nuevo proyecto de ley.

No han faltado precedentes en la jurisprudencia constitucional, provocados por el periclitado grupo terrorista GRAPO. Diseminados sus integrantes en diversas prisiones, realizaron una rigurosa huelga de hambre para forzar su reagrupamiento. Cuando, como consecuencia de su ayuno, perdían la conciencia, eran alimentados por vía parenteral. Esto les llevó a recurrir en amparo invocando un supuesto derecho a la muerte. La respuesta del Tribunal Constitucional fue doblemente relevante. Por una parte, hace constar el rechazo del Abogado del Estado a la existencia de una presunta dimensión negativa del derecho a la vida, equiparable a la existente en otros derechos fundamentales; por ejemplo, la libre afiliación a un partido o sindicato se ve acompañada por la no menor libertad para no afiliarse a ninguno; igualmente el derecho a vivir se vería acompañado de un derecho a dejar de hacerlo.

Acercándose más bien al suicidio, el Tribunal descarta que exista un derecho a todo lo no prohibido. Entre una y otra categoría existe la de un *agere licere* o actuar lícito, "en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho"².

Resulta llamativo que hayan ido a la vez proliferando leyes autonómicas sobre una presunta buena muerte, pese a que sean competencia exclusiva del Estado las cuestiones penales. Surge así una de las fronteras, meramente formal, en la defensa de una dignidad particularmente protegida. Para salvarla, todo ha consistido en evitar la palabra prohibida y centrarse en diseñar un digno final de la vida sin entrar en sanciones. Es normal que las exposiciones de motivos de las leyes expliquen y alaben lo que norma dice; pero en este caso la norma andaluza, que inició esa cadena, consideró obligado exponer lo que no quiso decir. Aclara que "resulta obligado hacer referencia a un término tan relevante como el de *eutanasia*". Le preocupa que "esta palabra se ha ido cargando de numerosos significados y adherencias emocionales, que la han vuelto imprecisa y necesitada de una nueva definición. Para deslindar sus diversos significados se han introducido adjetivos como activa, pasiva, directa, indirecta, voluntaria o involuntaria". El resultado final ha sido "la confusión

² STC 120/1990 de 27 de junio, FJ 7. Planteamientos similares en la STC 137/1990, de 19 de julio, de contenido prácticamente idéntico, y la STC 11/1991, de 17 de enero, ya que, aun analizando el problema desde una distinta perspectiva, el Tribunal declara explícitamente que se mantiene la misma línea doctrinal.

entre la ciudadanía". Más abajo explica atípicamente tal excursus: "La presente ley no contempla la regulación de la eutanasia"³.

Termina abordando, sin motivo conocido, una definición de la eutanasia: "en cuanto al objeto de la ley, cabe reiterar que ésta se ocupa del proceso del final de la vida, concebido como un final próximo e irreversible, eventualmente doloroso y lesivo de la dignidad de quien lo padece". Se suscribe pues que el dolor es algo indigno del hombre. Nos encontramos ante una nueva frontera. Aun rechazando tajantemente el encarnizamiento terapéutico, quizá quepa más bien considerar como muestra de dignidad ante la muerte la capacidad de afrontarla, después de poner todos los medios para paliar el dolor. La ley por tanto pretende, "asumir legalmente el consenso generado sobre los derechos del paciente en el proceso final de su vida, sin alterar, en cambio, la tipificación penal vigente de la eutanasia o suicidio asistido, concebido como la acción de causar o cooperar activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, aspecto ajeno a los regulados en la presente ley". La insistencia quizá invite a maliciar que algo tendrá que ver la ley en cuestión con la omnipresente eutanasia.

Nos encontramos en efecto ante otra zona fronteriza. Se trataría de sugerir que la dignidad nos obligaría a solicitar la muerte antes que sufrir dolor, en vez de recurrir a medios paliativos proporcionales.

La citada ley andaluza 2/2010, de 8 de abril, fue la primera de las autonómicas. A partir de entonces se han multiplicado otras; no muy autonómicas, si nos atenemos a su contenido. Todo invita a pensar en la existencia de unos laboriosos promotores, que habrían ido colocándolas por doquier, como el mismísimo Jeremy Bentham difundía sus códigos utilitaristas en los viejos tiempos. Así han ido aflorando las de Canarias, País Vasco, Asturias, Valencia...

Rebosan todas ellas de pretensiones didácticas, dando paso a lo que cabría calificar como *leyes diccionario* que, a modo de real academia bioética, van estableciendo el significado canónico de los términos que considera decisivos. Así encontramos el de dieciocho voces en la ley andaluza, diecinueve en la ley canaria, trece en la del País Vasco y Asturias, llegando a veintidós en la valenciana. A la vez, la andaluza dedica su disposición adicional segunda a la "difusión de la ley" estableciendo que la "Consejería de Salud habilitará los mecanismos oportunos para dar la máxima difusión a la presente ley entre los profesionales y la ciudadanía en general".

El conjunto delata una ingeniería social destinada a dar paso libre al juego de una presunta autonomía individual destinada a eliminar un predominante papel del médico, considerado *paternalista*. Entre los últimos episodios de esta proliferación

³ Ley andaluza 2/2010 de derechos de la persona en el proceso de la muerte -Exposición de motivos, epígrafe 11. Cursivas propias; entrecorridas en el original.

autonómica cabe señalar la declaración de inconstitucionalidad de la ley catalana de voluntades digitales anticipadas; por afectar a relaciones entre particulares, que son competencia exclusiva del Estado⁴.

Por su parte el nonato proyecto de ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida de 14 de junio de 2011 pretendía, en su artículo 19, que las administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias garantizaran, entre otros cometidos, "la información a los ciudadanos sobre la posibilidad de otorgar instrucciones previas, así como de las formalidades necesarias para su otorgamiento y de los requisitos para su registro". Había entrado ya en vigor la ley 41/2002 de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En su artículo 11.1 establece que, "a través de las instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, dentro de los límites legales, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre el tratamiento de su salud y los cuidados o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. Igualmente, podrá designar un representante y determinar sus funciones, a las que éste deberá atenerse".

La exposición de motivos de la ley andaluza reconoce en su epígrafe décimo que, "sin embargo, la práctica ha puesto de manifiesto que los principales problemas de interpretación de la declaración de voluntad vital anticipada y del papel de la persona representante surgen cuando las situaciones clínicas no han sido previstas (...), al ser casi imposible prever todas y cada una de ellas. Además, son gran número los testamentos vitales en los que las personas autoras se limitan a expresar cuáles son sus valores y al nombramiento de una persona representante, sin especificar ninguna instrucción o situación clínica determinada".

Este acercamiento a experiencias prácticas del final de la vida nos acercará a otra frontera de su dignidad. Todo parece indicar que no casa con la realidad el modelo justificativo elegido, protagonizado por ciudadanos que en plenitud de facultades practican el consentimiento informado. A estas alturas es obvio que con este nuevo planteamiento la autonomía de la voluntad se convierte en principio hegemónico en el trato al enfermo, sustituyendo al clásico principio de beneficencia. Las experiencias sobre la situación de los internados en residencias ante la llegada del coronavirus invitan al escepticismo.

La beneficencia no se impone por decreto, por muy buena voluntad que se derroche. No parece suficientemente convincente el presupuesto de que el designado "actuará siempre buscando el mayor beneficio de la persona que representa y con

⁴ STC 7/2019, del 7 de enero.

respeto a su dignidad personal, se dispone que para las situaciones clínicas no contempladas explícitamente en el documento deberá tener en cuenta tanto los valores vitales recogidos en la declaración, como la voluntad que presuntamente tendrían los pacientes si estuvieran en ese momento en situación de capacidad"⁵. Con ello atravesamos, que no es poco, otra frontera: del gobierno de una voluntad autónoma al de una voluntad meramente presunta. Para restar importancia a tal situación se requieren generosas dosis de un angelismo no demasiado responsable.

El artículo 9.5 de la ley andaluza ahonda en esta situación. "Para la toma de decisiones en las situaciones clínicas no contempladas explícitamente en la declaración de voluntad vital anticipada, a fin de presumir la voluntad que tendría la persona si estuviera en ese momento en situación de capacidad, quien la represente tendrá en cuenta los valores u opciones vitales recogidos en la citada declaración". El artículo 10.4 continúa la tarea: para "la interpretación de la voluntad de los pacientes se tendrán en cuenta tanto sus deseos expresados previamente, como los que hubieran formulado presuntamente de encontrarse ahora en situación de capacidad". Los deseos presuntos no parecen precisamente un homenaje a la seguridad jurídica.

El problema ha dejado de ser cosa de dos: médico y paciente; el tercero intérprete será el que en realidad decida basándose en suposiciones. La opción por la autonomía se ha convertido así en un regalo envenenado. La "emergencia del valor de la autonomía personal ha modificado profundamente los valores de la relación clínica, que debe adaptarse ahora a la individualidad de la persona enferma"⁶; pero en las condiciones expuestas...

También el proyecto legal nonato insistía en situar como centro de gravedad esa cuestionable autonomía. El Tribunal Constitucional habría "reconocido el derecho de las personas a rechazar un tratamiento, aun a sabiendas de que ello puede hacer que peligre su vida (así, las SSTC 120/1990, 119/2001, y 154/2002)". El principio de beneficencia ha desaparecido. La primera de las sentencias citadas es la ya comentada sobre los GRAPO; la segunda no parece tener mucho que ver: intimidad vulnerada por ruidos; la tercera nos muestra a unos testigos de Jehová que niegan el consentimiento a una transfusión de sangre a su hijo que, también renuente, acaba falleciendo... Se nos añade que el Tribunal "ha afirmado, en su reciente Sentencia de 28 de marzo de 2011" -en la que el recurrente denuncia secuelas por mala praxis médica recibiendo información insuficiente- que forma parte del artículo 15 de la Constitución "una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéu-

⁵ Ley andaluza 2/2010 de derechos de la persona en el proceso de la muerte -Exposición de motivos, epígrafe X.

⁶ Ley andaluza 2/2010 de derechos de la persona en el proceso de la muerte -Exposición de motivos, epígrafe II.

ticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas"⁷.

La ley andaluza, en su artículo 18, presenta como el primero de sus deberes que "el médico o médica responsable, antes de proponer cualquier intervención sanitaria a una persona en proceso de muerte, deberá asegurarse de que la misma está clínicamente indicada, elaborando su juicio clínico al respecto basándose en el estado de la ciencia, en la evidencia científica disponible, en su saber profesional, en su experiencia y en el estado clínico, gravedad y pronóstico de la persona afecta. En el caso de que este juicio profesional concluya en la indicación de una intervención sanitaria, someterá entonces la misma al consentimiento libre y voluntario de la persona, que podrá aceptar la intervención propuesta, elegir libremente entre las opciones clínicas disponibles, o rechazarla".

La situación del enfermo no es precisamente óptima. Sobre los allegados que puedan asistirle recaerá todo el penoso peso de la situación; el enfermo se convierte en una carga personal. Un presidente de la República Federal de Alemania la describió con agudeza: "cuando el seguir viviendo se reduce sólo a una entre dos opciones legales, todo aquél que imponga a otros la carga de su supervivencia estará obligado a rendir cuentas, a justificarse"⁸. Una actitud muy poco digna...

Por su parte, aquel ya citado proyecto de ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, también en su artículo 18, abordaba el "respeto a las convicciones y creencias del paciente" en estos términos: "Todos los profesionales sanitarios tienen la obligación de respetar las convicciones y creencias de los pacientes en el proceso final de su vida, debiendo abstenerse de imponer criterios de actuación basados en las suyas propias". De ello cabe derivar algunas conclusiones; entre otras, dado que se reconoce que los profesionales sanitarios tienen convicciones, que no deben imponer al paciente, y dada la simetría de la justicia, tampoco se las podrán imponer indignamente a él. La consecuencia obvia habrá de ser el reconocimiento de su derecho a la objeción de conciencia.

Entre los últimos episodios de esta proliferación autonómica cabe señalar la declaración de inconstitucionalidad de la ley catalana de voluntades digitales anticipadas, por afectar a relaciones entre particulares que son competencia exclusiva del Estado⁹.

⁷ Proyecto de ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida -Exposición de motivos, epígrafe 12.

⁸ Johannes RAU *¿Irá todo bien? Por un progreso a escala humana*, epígrafe XII de su Discurso Berlínés pronunciado en el salón de actos Otto-Braun de la Biblioteca Nacional el 18 de mayo de 2001.

⁹ STC 7/2019, de 17 de enero.

La ley andaluza -en el segundo epígrafe de su exposición de motivos- señala, con toda razón, que el "uso inadecuado de medidas de soporte vital, esto es, su aplicación cuando no tienen otro efecto que mantener artificialmente una vida meramente biológica, sin posibilidades reales de recuperación de la integridad funcional de la vida personal, es contrario a la dignidad de la vida humana. Por eso, no iniciar o retirar dichas medidas es algo que solo aspira a respetar dicha dignidad de forma plena. Una segunda afirmación no es tan clara: "ninguna de estas prácticas *puede* ser considerada contraria a una ética basada en la idea de dignidad y en el respeto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, antes al contrario, *deben* ser consideradas buena práctica clínica y actuaciones profesionales plenamente conformes a la legalidad vigente"¹⁰. Esa conclusión deberá más bien ser evaluada, al moverse en un terreno no tan firme...

El recurso al término *deber* en relación a dicha evaluación, que suena bastante dogmático, puede llevar a ignorar otra frontera de la dignidad: la entrada en juego de la práctica de la sedación y la finalidad de sus dosis. De nuevo es la ley andaluza -en el epígrafe segundo de su exposición de motivos- la que nos interpela: "el rechazo de tratamiento, la limitación de medidas de soporte vital y la sedación paliativa no deben ser calificadas como acciones de eutanasia". Hacerlo en efecto sería tan absurdo como dar por hecho que serán utilizadas para tal fin, como si otro no *pudiera* darse nunca.

"Dichas actuaciones nunca buscan deliberadamente la muerte, sino aliviar o evitar el sufrimiento, respetar la autonomía de los pacientes y humanizar el proceso de la muerte. Aceptar el derecho de las personas enfermas a rechazar una determinada intervención sanitaria no es sino mostrar un exquisito respeto a la autonomía personal, a la libertad de cada cual para gestionar su propia biografía asumiendo las consecuencias de las decisiones que toma. El Dictamen núm. 90/2007, del Consejo Consultivo de Andalucía, al analizar una solicitud de suspensión de tratamiento con ventilación mecánica, vino a respaldar esta decisión al considerar que 'se trata de una petición amparada por el derecho a rehusar el tratamiento y su derecho a vivir dignamente' y que 'resulta exigible la conducta debida por parte de los profesionales sanitarios para que sea respetado el derecho de la misma a rehusar los medios de soporte vital que se le aplican'.

Parece referirse al caso de la señora Inmaculada Echevarría, que falleció con 51 años poco después de retirárselos. El dictamen fue suscrito por dos de los miembros del Consejo, mientras el tercero suscribía un voto particular discrepante. Hospitalizada en la granadina Clínica de San Rafael, dirigida por la Orden de San Juan de Dios, a escasos metros de sus restos mortales, fue trasladada a un centro del Servicio Andaluz de Salud para consumir tal operación.

¹⁰ Cursivas del autor.

La prudencia, inseparable de toda razonable actividad jurídica, invita a tomar conciencia de las múltiples fronteras que no pueden atravesarse sin medida, si se pretende realmente respetar la dignidad de la persona. Cualquier intento de ingeniería social destinado a dar paso libre al juego de una dudosa autonomía individual destinada a eliminar un predominante papel del médico, considerado *paternalista*, debería tenerlo presente.

**RAFAEL JUNQUERA
ANA M^a. MARCOS
M^a. EUGENIA GAYO
JESÚS AYLLÓN
(Dirección y Coordinación)**

**NUEVOS CAMINOS DEL DERECHO:
DEL PENSAMIENTO JURÍDICO, DE LOS DERECHOS
HUMANOS; DE LA ÉTICA, BIOÉTICA Y DEONTOLOGÍA;
ALGUNAS PROPUESTAS DE LAS CIENCIAS SOCIALES**

**LIBER AMICORUM
"Amicitia. De legibus. Scientia"**

**ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
NARCISO MARTÍNEZ MORÁN**

VOLUMEN II



EDITORIAL UNIVERSITAS, S.A.



**FUNDACIÓN CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA**

UNED

UNED

**Facultad
de Derecho**

Universidad Nacional de Educación a Distancia

**NUEVOS CAMINOS DEL DERECHO: DEL PENSAMIENTO JURÍDICO, DE LOS DERECHOS HUMANOS;
DE LA ÉTICA, BIOÉTICA Y DEONTOLOGÍA; ALGUNAS PROPUESTAS DE LA CIENCIAS SOCIALES.
Estudios en homenaje al Profesor Narciso Martínez Morán**

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Cualquier sugerencia o error observado rogamos nos sea comunicado mediante email a comtip@universitas.es

© Rafael Junquera , Ana M^a. Marcos, M^a. Eugenia Gayo, Jesús Ayllón

© EDITORIAL UNIVERSITAS, S.A.
C/ Sor Ángela de la Cruz, 43 - 28020 Madrid
Tel. 91 563 36 52
[HTTP://www.universitas.es](http://www.universitas.es)
E-mail. universitas@universitas.es

ISBN (Obra completa): 978-84-7991-549-0
ISBN (Volumen I): 978-84-7991-550-6
ISBN (Volumen II): 978-84-7991-551-3
Depósito Legal: M-3058 - 2021

1^a Edición: 2021

Imprime:

Solana e hijos, A.G., S. A. U. San Alfonso, 26 - La Fortuna (Leganés) - Madrid
Impreso en España / Printed in Spain



EDITORIAL UNIVERSITAS, S.A.

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

UNED

UNED

Facultad
de Derecho

Departamento de Filosofía Jurídica