

Entre los Países Bajos y Oregón: eutanasia, garantías y suicidio asistido. Notas sobre la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia y su tramitación parlamentaria

MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA

Catedrático (emérito) de Derecho Constitucional UCH-CEU

La política democrática no va solo de sumar votos: va de comparar razones, de escuchar a todos los afectados por las decisiones, de compartir certezas, miedos e inseguridades, de ir construyendo hábitos del corazón e ir consensuando, entre todas y todos, un horizonte común mejor para todas y todos.

Martinez Urianoberrenetxea DSS.Pleno.10/3/2021. p. 125

Resumen

El trabajo analiza la tramitación y el debate parlamentario de la Ley orgánica 3/2021, que ha legalizado, en determinados supuestos, la eutanasia en España, profundizando en la posición mantenida por los distintos partidos políticos, así como en las carencias y resultados de la ley.
Palabras clave: eutanasia, tramitación parlamentaria, debate.

Resum

El treball analitza la tramitació i el debat parlamentari de la Llei orgànica 3/2021, que ha legalitzat, en determinats supòsits, l'eutanàsia a Espanya, i aprofundeix en la posició mantinguda pels diferents partits polítics, com també en les mancances i resultats de la llei.

Paraules clau: eutanàsia, tramitació parlamentària, debat.

Abstract

The paper analyzes the processing and parliamentary discussion of Organic Law 3/2021, which has legalized, in some cases, euthanasia in Spain, deeping into the position by the different political parties, as well as the shortcomings and results of the Law.

Keywords: euthanasia, parliamentary procedure, discussion.

Sumario

- I. En el escenario de las guerras culturales. Una nota previa
- II. Lo que está: una tramitación parlamentaria de inusual rapidez (con perdón de la pandemia)
- III. Lo que no está: ni dictámenes, ni audiencias, ni consultas, ni expertos
- IV. Una mirada a los debates parlamentarios. Entre la voluntad garantista y el temor al suicidio asistido
- V. El sistema resultante: buscando un derecho subjetivo fundamental llegamos a una propuesta que exige siempre el concurso material y la voluntad concurrente del Estado
 1. El presupuesto
 2. El procedimiento
 3. La prestación
 4. La objeción de conciencia
- VI. La hipocresía es el homenaje que el vicio rinde a la virtud
- VII. Pero ¿puede el Estado matar (legítimamente) al peticionario?
 1. ¿Configura la ley orgánica un derecho subjetivo?
 2. ¿El sistema establecido puede entenderse compatible con la ley fundamental?
 3. Sentada la naturaleza del régimen establecido ¿puede entenderse compatible con el art. 2. CEDH?
- VIII. Bibliografía

I. En el escenario de las guerras culturales. Una nota previa

Bajo la hegemonía neoconservadora que se forma en los años setenta y se impone como tal con claridad a fines de los ochenta una buena parte de la izquierda moderada europea ha registrado una silenciosa sustitución de fines pasando de una estrategia preordenada a potenciar las políticas basadas en el principio del primado del trabajo (que son la razón de ser de las formaciones más o menos socialistas) a otra que centra su acción política en las políticas basadas en el conflicto de valores. A mi juicio un buen termómetro es la tendencia a un cambio de contenidos de términos tradicionales como conservadurismo, progresismo, reforma social, estado social, etc. Así el primero deja de significar primariamente la voluntad de mantener y reproducir un capitalismo de consumo de masas dirigido por un tejido empresarial en el que son dominantes las grandes corporaciones, para pasar gradualmente a significar la voluntad de sostener políticas sociales basadas en el humanismo (sea cristiano o laico) y en el concepto de responsabilidad social, tras el cual se halla las más de las veces una concepción comunitarista del cuerpo político, en tanto que su inverso especular, el progresismo, pasa de designar los proyectos y políticas públicas que traen causa de la voluntad de procurar una redistribución en sentido igualitario de los recursos socialmente producidos a referirse a políticas públicas inspiradas en un individualismo riguroso de orientación hedonista que, paradójicamente, resulta altamente funcional respecto del capitalismo oligárquico de consumo de masas. Las contradicciones culturales del capitalismo, que analizó en su día Bell, siguen ahí, pero han venido cediendo protagonismo en el debate social frente a las contradicciones culturales de una definición progresista que viene a proporcionar un imaginario de sustitución en el que las políticas orientadas a la procura de la igualdad material y la redistribución de los recursos socialmente producidos dejan de tener preferencia (se ha llegado a acuñar expresiones críticas al respecto, como «izquierda caviar»). Sin ir más lejos en el diario acabo de leer un juicioso artículo sobre el recientemente electo presidente del Perú, el sr.

Castillo, un político de la izquierda radical y convicciones comunistas, que es descrito como radical en lo económico y como conservador en lo social, porque no respalda algunas de las medidas propias del progresismo al uso (como la respuesta al problema del aborto, por ejemplo). El español no es un caso desviante respecto de esa tendencia: la autodenominada «mayoría progresista» no ha propuesto ni adoptado hoy en día medida alguna que suponga una seria redistribución del poder económico y social –y por ende político– y en cambio alza la bandera a favor de las políticas propias del individualismo radical en el terreno cultural. El conflicto de clases, cuya extinción se ha decretado, cede su primacía al conflicto de valores, y si la realidad no resulta congruente con dicha sustitución peor para la realidad. El fenómeno señalado afecta primariamente a la socialdemocracia porque la estrategia de marginación de las políticas que traen causa del principio del primado del trabajo en favor de las propias del conflicto axiológico afecta directamente al núcleo mismo de su rol político y social.¹

En nuestro caso esa estrategia se introdujo en un escenario en el que se sostenía un sistema de partidos de corte bipartidista en el que se operaba de acuerdo con un riguroso recurso a la política de adversarios por parte de ambos partidos turnantes. Para el sostenimiento de esta resulta necesario establecer una relación antagónica con el otro partido turnante, y, por extensión, con los posibles socios del mismo, y para ello las políticas que traen causa del conflicto de valores se prestan admirablemente bien. Ejemplo señero de tal modo de proceder lo proporciona el precedente de la vigente ley de despenalización parcial del aborto (la «Ley Aído»), y ese ejemplo sienta el precedente de la elaboración y adopción de la vigente ley de eutanasia, de la que vamos a tratar.

¹ El fenómeno no es unidireccional: mientras los partidos de afinidad socialista siguen ese camino, otros como los ecologistas hacen el camino de inverso: del individualismo radical al comunitarismo, porque sin incorporar una ética que podríamos llamar «neostoica» la austeridad necesaria para combatir el cambio climático va a carecer de solidez.

Ahora bien, a diferencia de lo sucedido con la «ley Aído», la LO 3/2021, opera en un contexto político en el que el bipartidismo imperfecto ha colapsado, en el que ha emergido un sistema de partidos nuevo, y en el que se hacen necesarios acuerdos parlamentarios de amplio espectro y gobiernos de coalición,² alterado el contexto se alteran también los rendimientos: en el caso que nos ocupa el intento de cavar una trinchera entre «las derechas» y la mayoría parlamentaria quedó deslucido: Ciudadanos rompió la imagen del «trifachito» votando afirmativamente la ley vigente.

La estrategia de la confrontación tiene en nuestro caso un problema adicional: el diseño del sistema institucional del «Régimen del 78» está configurado para procurar, y regir, una democracia consociativa, de la que la misma figura de la «ley orgánica» es un componente destacado. El sistema institucional está pensado para regir una democracia de consenso tanto en lo que afecta al nivel nacional de gobierno, como en lo que toca al nivel autonómico, como en lo que a la relación entre ambos niveles de gobierno afecta, como la pandemia ha venido a poner de relieve. La necesidad de decisiones supermayoritarias, que exigen una concurrencia más allá de la mayoría que sostiene al Gobierno correspondiente, es uno de los instrumentos necesarios preordenados a la procura de una gobernanza de amplio espectro. La configuración negocial de la adopción y reforma de los estatutos de autonomía o la exclusión de las leyes sensibles del ámbito de decisión de la mayoría ordinaria tienen sentido en ese contexto. El resultado es que las estrategias de confrontación y la lógica propia del sistema institucional entran en conflicto, produciendo en consecuencia desajustes y problemas que inevitablemente vienen a erosionar el sistema institucional mismo.

El recurso a las políticas propias del conflicto de valores ni tienen porque encaminarse a la «construcción de identidad» ni están condenadas necesariamente a entrar en colisión con las exigencias de

² Para ejemplo un botón: los presupuestos de 2021 exigieron un gobierno de coalición (155 escaños) y el concurso adicional de al menos ocho formaciones políticas distintas.

una democracia consociativa, pero se encaminan por esa ruta cuando se usan para definir no ya divisorias partidarias, sino bloques políticos que se entiende antagónicos, como entre nosotros está sucediendo. Eso sí, lo que no pueden evitar es incurrir en contradicciones abiertas, como lo muestra el hecho de que en un país como el nuestro en el que el suicidio se ha convertido en la primera causa de muerte no accidental y supone un problema de salud pública de alto bordo las mismas fuerzas políticas que están llamando la atención sobre el tal problema son también aquellas que impulsan la regulación de la «muerte dulce». Entiéndase bien, la contradicción se puede dar aun cuando ambas políticas sean plenamente constitucionales –que es de lo que aquí se va a tratar– pero la compatibilidad con la Constitución (que no la conformidad con la misma) no excluye la posibilidad de contradicciones, a la postre la ley fundamental reposa, entre otros, con el presupuesto del pluralismo y este, por su naturaleza misma, está abierto siempre a la posibilidad de la contradicción.

A la hora de afrontar el problema de la regulación de la autodisposición sobre la propia vida en lo que a los supuestos de limitar el sufrimiento del paciente,³ el legislador tenía a su disposición cuanto menos tres posibles modelos a seguir: en primer lugar, el camino del suicidio asistido (o el «modelo Oregón»), en segundo lugar una regulación flexible en la que prima la iniciativa individual revisada en su caso mediante un control *a posteriori* (el «modelo holandés»), en tercer lugar la revisión de este último buscando evitar las fisuras que la práctica ha mostrado se dan en el anterior, articulando un procedimiento previo a la intervención de orientación garantista. La proposición de ley no ha querido seguir el primer camino, pese a ser el de regulación más simple y la que mayor capacidad de decisión otorga al sujeto paciente, ha querido evitar el riesgo inherente al segundo de los supuestos en los que se practica la eutanasia sin consentimiento del

³ La exposición de motivos (I) lo dice muy claro «con el objeto de evitar un sufrimiento»

paciente,⁴ y ha querido asimismo configurar a la eutanasia en términos de derecho subjetivo con pretensión de fundamentalidad.⁵

Lo que podríamos denominar el «modelo holandés revisado» es el escogido por los autores de la proposición de ley al efecto de formular su diseño, y es el que conserva el texto definitivo que publica el BOE el 25 de marzo de 2021.

La regulación de la eutanasia sea cual sea su concreta instrumentación, plantea problemas de legitimidad constitucional ya que por su propia naturaleza consiste en alguna clase de «homicidio piadoso». Estos problemas son especialmente agudos en los casos en los que se da la combinación de un reconocimiento constitucional de los derechos a la vida y a la integridad personal y un sistema efectivo de justicia constitucional, a día de hoy ningún tercer estado que contenga en su ley fundamental esa combinación cuenta con un pronunciamiento favorable. Por ende, en nuestro caso la cláusula hermenéutica del art. 10.2. nos obliga a tomar en consideración a estos efectos la jurisprudencia del TEDH, y esta no es precisamente amigable con propuestas del tipo de que vamos a considerar, por un lado porque la doctrina en cuestión (por todas *Pretty vs. UK*) niega que el derecho del art. 2.CEDH (referente del art. 15 CE) comprenda una facultad de disposición sobre la propia vida, del otro porque la única decisión de alguna manera menos restrictiva (*Gross vs. Suiza*), se refiere a un supuesto de eventual suicidio asistido, como veremos bien distante del sistema seguido por nuestra ley. Es más, contando como contamos con un sistema de derechos fundamentales sumamente riguroso, que pivota en torno al nuclear principio de dignidad, y que, por ello, es tributario de dos tradiciones ideológicas –el kantismo y el humanismo cristiano– caracterizadas por su elevado nivel de exigencia y que, debido a ello, tienen una visión claramente negativa de la autodisposición sobre

4 Y la vulnerabilidad al riesgo de pendiente deslizante.

5 La exposición de motivos (I) lo dice con claridad:

«En definitiva, esta ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia»,

la propia vida, no parece *prima facie* que nuestra ley tenga muy fácil superar el correspondiente escrutinio.

En todo caso el presupuesto necesario para plantear el eventual problema de legitimidad constitucional pasa por el examen de lo que nuestra ley ha venido a establecer. Con todos los respetos ni las bendiciones ni las maldiciones *a priori* pueden tener la posibilidad de afectar de algún modo el juicio del que aquí se trata.

II. Lo que está: una tramitación parlamentaria de inusual rapidez (con perdón de la pandemia)

La LO 3/2021 trae causa de una proposición de ley presentada nada más comenzar la Legislatura por el Grupo Parlamentario Socialista,⁶ proposición que no es rigurosamente original toda vez que la misma trae causa de otra similar presentada en la efímera Legislatura anterior. Así el texto de la proposición de ley adquiere estado oficial con su publicación en el BOCG, serie Congreso, el 31 de enero de 2020, esto es al comienzo de la Legislatura y a poco más de veinte días de la votación de investidura y de la consiguiente formación del gobierno, ahora bien la proposición de ley viene suscrita tan sólo por uno de los partidos de los dos partidos de la coalición del gobierno, y, por tanto, no es una propuesta de la minoría mayoritaria que gobierna, sino sólo de una de las formaciones que lo integran (el PSOE), por más que la proposición está diseñada al efecto de atraer apoyos más allá del grupo que inicialmente la plantea. La proposición de ley supera el trámite de la toma en consideración, mediante el cual el Pleno de la Cámara hace suya la propuesta, el 11 de febrero de 2020 (BOCG 17/2)⁷ y, en consecuencia, se inicia la tramitación en un triple escenario: Ponencia, Comisión y Pleno. Empero la tramitación se ve obstaculizada por la

⁶ BOCG. Congreso 31/1/2020 nº 46-1.

⁷ El texto obtiene un apoyo muy amplio: 203/140 y dos abstenciones, solo los Grupos Parlamentarios del PP y VOX votan negativamente. Merece hacerse notar que el texto recibe un apoyo transversal que se sitúa a siete votos del quorum de decisión de la reforma constitucional ordinaria.

incidencia de la pandemia, y , como consecuencia de su impacto sobre el propio funcionamiento del Congreso, la emisión del Informe de la Ponencia, creada en la Comisión de Justicia, se va a demorar hasta finales de año, vigente ya el estado de alarma de noviembre del mismo, el BOCG no publica el Informe de la Ponencia hasta el 10 de diciembre de 2020, a partir de ahí el trámite se acelera el 17 del mismo mes se da a conocer el Dictamen de la Comisión de Justicia y el texto resultante de los trabajos de Ponencia y Comisión, más las enmiendas que permanecen vivas se someten al debate y aprobación del Pleno del Congreso con fecha 17/12/2020⁸ siendo publicado el correspondiente acuerdo el 30 de diciembre de 2020.

Tras la aprobación inicial el texto acordado por el Congreso pasa al Senado. Abierto el primer período de sesiones del año 2021 en febrero el texto se remite a la Comisión de Justicia (25/2/21) la Ponencia emite su Informe el 4 de marzo, y ese mismo día la Comisión produce el consiguiente Dictamen, el 10 de marzo el Pleno del Senado aprueba las enmiendas⁹ y se devuelve el texto al Congreso, que aprueba las mismas y produce la adopción definitiva del texto el 25 de marzo. En otras palabras, en tiempo parlamentario hábil la proposición de ley se tramita y convierte en ley orgánica en algo menos de tres meses.

Si la duración de la tramitación es insólitamente breve ello no se debe a que el texto original se mantenga con escasas variaciones a lo largo de la tramitación, antes bien, viene a suceder todo lo contrario, las modificaciones del texto original de la proposición de ley son extremadamente numerosas, especialmente si se tiene en cuenta que nos hallamos ante un texto legal que cabe calificar de breve, apenas doce páginas del BOE,¹⁰ constandingo de 19 artículos, siete disposiciones adicionales, una transitoria y cuatro finales. Si dejamos de lado la exposición de motivos y las modificaciones entendibles en términos de corrección de errores y/o omisiones una lectura detenida del

8 DSCD 17/12/20 pp. 3 y ss.

9 DSS 10/3/21 pp. 93 y ss.

10 Vide BOE 25/3/21 pp. 34.037 y ss.

texto definitivo permite apreciar un mínimo de 65 modificaciones, de las cuales 43 traen causa del texto adoptado por la Ponencia del Congreso de los Diputados, seis se deben a la Comisión de Justicia de la Cámara Baja y 16 a la intervención del Senado. No pueda haber duda: las Cámaras han trabajado el texto original. Desde una perspectiva material tan solo el art. 2. (ámbito de aplicación), el art. 9 (procedimiento en caso de incapacidad de hecho), el art. 19 (deber de secreto de los miembros de las Comisiones de Garantía y Evaluación) y las disposiciones transitoria y derogatoria, coinciden con la versión original de la Proposición de Ley, todos los demás artículos han sufrido modificaciones más o menos profundas. Así proceden de la tramitación parlamentaria el segundo párrafo del art. 1. (deberes del personal sanitario y obligaciones de las administraciones públicas), la redacción definitiva de lo que sea el consentimiento informado, el padecimiento grave, crónico e imposibilitante, la enfermedad grave e incurable o la situación de incapacidad; en lo que toca a las definiciones legales del art. 3, se han modificado dos de los tres apartados del art. 4. que regulan el derecho a la solicitud de la prestación, los dos apartados del art. 5 sobre los requisitos del solicitante, dos de la regulación que el art. 6 establece para los requisitos de la solicitud, dos de los tres apartados del art. 7 que prevé la denegación de la solicitud, todos los apartados del art. 8 que regula el procedimiento a seguir cuando recibe la solicitud el médico responsable, cuatro de los cinco apartados del art. 10, que regula la verificación previa por parte de la Comisión, uno de los tres del art. 11 que regula la realización de la prestación, y así sucesivamente. No es sólo que las modificaciones sean muy numerosas en relación con el tamaño del texto que se debate, es que las modificaciones abarcan la práctica totalidad de las cuestiones importantes que son objeto de disciplina, y aun buena parte de las que lo son menos. No cabe hablar, pues, de un texto improvisado que ha habido que tramitar velozmente sin cuidarse en exceso de las implicaciones. El trabajo parlamentario ha sido de breve duración, pero intenso y profundo. No siempre nuestro Parlamento trabaja mal, como usualmente se le imputa, y no siempre

los diputados y senadores afectados trabajan poco, como con frecuencia tenemos que escuchar. Otra cosa es que el acierto se corresponda con el esfuerzo.

Obviamente unas modificaciones tan extensas e importantes se producen por razón de las deficiencias del texto original, esto es, de la proposición de ley que abre el procedimiento legislativo, y eso nos lleva al tema, en buena medida previo, de considerar aquello que en la tramitación se echa en falta.

III. Lo que no está: ni dictámenes, ni audiencias, ni consultas, ni expertos

La Constitución reserva a un tipo particular de ley reforzada, la ley orgánica, la regulación de las cuestiones cuya redacción se presume más delicada, y por ello más importante, para la que exige un procedimiento diferente al ordinario: primero, la orgánica es una ley reservada al Parlamento Nacional; segundo, la orgánica es una ley que no se puede tramitar como ley de comisión, es necesariamente una ley de Pleno;¹¹ tercero, la orgánica es una ley destinada a regular asuntos objeto de un reserva específica; cuarto, la orgánica es una ley que exige un procedimiento de tramitación parcialmente distinto al propio de la ley ordinaria; quinto, la orgánica es una ley reforzada: su adopción exige una mayoría reforzada, pensada para que resultara ordinariamente mayor que la necesaria para sostener al Gobierno, está pensada para ser una norma supermayoritaria, prolongando de esta manera y para cuestiones sensibles un parte de las técnicas consensuales que inspiraron el diseño constitucional.

Vistas así las cosas se entiende sin especial dificultad que las leyes orgánicas vengán precedidas en su proceso de producción por una

¹¹ Cosa que suele pasar desapercibida porque la previsión del Reglamento del Congreso según la cual el procedimiento usual de proyectos y proposiciones de ley es precisamente la ley de comisión, salvo que el Pleno avoque su debate y votación ha dado lugar a una práctica en la que el Pleno reclama para sí la competencia deliberativa de modo poco menos que sistemático.

serie más o menos amplia de consultas previas, informes y dictámenes que no son exigibles en el caso de las ordinarias. Así un proyecto de ley orgánica, además de los trámites de consulta preceptivos para el caso de las leyes ordinarias, exige otros específicos, especialmente exigentes cuando, como es el caso, se trata de textos que afectan de modo importante o directamente regulan el ejercicio de derechos fundamentales. En el caso un proyecto de ley que afecte a derechos fundamentales tiene una tramitación parlamentaria que tiene que ir precedida de informe técnico del CGPJ, del Consejo de Estado y, en algunos casos como el presente, del Comité de Bioética.¹² Ahora bien, ni los procedimientos ordinarios de consulta a los afectados (cf. art. 22 LG), ni los informes de otros órganos constitucionales que prevé la legislación son de aplicación cuando en lugar de mediante un proyecto de ley la propuesta de iniciativa reviste la forma de proposición de ley.

Prima facie esa laguna parece razonable, toda vez que es la proposición de ley la vía mediante la cual los grupos parlamentarios no integrados en la mayoría de la que procede el Gobierno puede exponer sus propuestas, sea estas alternativas a las que postula la mayoría o se trate iniciativas mediante las cuales los partidos impulsan las propias. Pero esa razonabilidad se debilita, cuanto menos, en los casos en los que son el partido y/o los partidos que integran la mayoría de gobierno los que hacen uso del instrumento que consideramos, y ese debilitamiento es aún mayor en el caso de que recurra a la figura el partido de la mayoría y/o el partido principal de una coalición, especialmente si se tiene en cuenta que en la política española realmente existente las direcciones de los partidos principales tienen tal grado de control sobre el correspondiente partido parlamentario que este deviene sencillamente el comité legislativo de la dirección partidaria y, en su caso, del Gobierno y su Presidente. Una consecuencia de esa situación de hecho consiste en que el Gobierno o, en su caso, el partido de mayor peso en el Gobierno puede eludir los trámites,

12 Y así se hizo en la tramitación de la «Ley Aído», por cierto.

informes y consultas que la legislación establece para el caso de los proyectos de ley recurriendo para esa a la propuesta de iniciativa por parte del partido parlamentario, eludiendo así el cumplimiento de los trámites y consultas a los que estaría legalmente obligado si la iniciativa se ejerciera sin intermediarios.¹³

Ahora bien, esa práctica tiene un coste directo: como el partido parlamentario no tiene ni los medios, ni el personal entrenado, ni el *savoir faire*, ni muchas veces el tiempo, que tiene la Administración se corre el riesgo de que el uso de la proposición de ley comporte la presentación de diseños legislativos defectuosos tanto por error como por omisión. Sin ir más lejos la redacción original del art. 1 de la ley orgánica de la que tratamos no incluía en el objeto de la misma la regulación de los deberes y obligaciones del personal sanitario, y, en su caso, de las administraciones públicas concernidas, defecto que hubo de sanarse en la tramitación parlamentaria.

En el caso que tratamos al escoger la vía de la proposición de ley para ejercer la iniciativa legislativa el principal partido del Gobierno ha eludido, de un lado, los trámites de consulta a instituciones afectadas (como los colegios médicos, por ejemplo) como los de informe de otros órganos constitucionales, pagando el precio de una regulación inicial, la del texto de la proposición, claramente defectuosa, y eludiendo con ello dos riesgos políticos: el de abrir un mayor debate en la sociedad civil sobre una iniciativa que se sabe divisiva y el de suprimir el riesgo de informes críticos que se sabe pueden ser bien documentados y dotados por ello de autoridad.

Con todo, la mayor carencia que la tramitación registra no tiene que ver con los eventuales riesgos ya señalados, sino más bien con un defecto estructural de nuestro sistema de gobierno, con un vicio de la organización autonómica realmente existente. En nuestro caso la sanidad

¹³ En el caso se llegó a negociar la introducción de un turno de comparecientes entre el PSOE y el PP, sin embargo, tal posibilidad no se materializó porque el partido proponente decidió no abrirla. Vide DSCD, Comisión de Justicia, 10/12/2020, intervención de Echániz Salgado (PP), que apunta el veto a las propuestas de comparecientes pp. 1/12 y reprocha al PSOE su cambio de opinión, DSCD 10/12/20 pp. 11/12.

constituye un supuesto de materia objeto de compartición competencia (*vide* art. 18.1. EAPV; Art. 162 EAC o Art. 54 EACV, entre otros), de tal modo que mientras las competencias sobre la regulación son en su mayor parte objeto de competencia estatal, las que afectan a la ordenación de las instituciones sanitarias y sus servicios son responsabilidad de los gobiernos autonómicos. Esa realidad tiene un reflejo en la ley orgánica que comentamos, ya que no sólo el complejo sistema de estudio y otorgamiento o denegación de la prestación es responsabilidad de los gobiernos autonómicos, sino que, además, compete a estos la regulación de detalle, el establecimiento de las Comisiones de Garantía y Evaluación (*vide* art. 17 de la LO 3/2021) y la responsabilidad de su funcionamiento. Nos hallamos, pues, ante una regulación de una prestación que se inserta en un marco de compartición competencial entre el nivel nacional y el nivel territorial de gobierno.

Siendo el reparto competencial como es, resulta de sentido común, señalar que resulta problemático establecer una regulación sobre una prestación sanitaria sin contar con los criterios, opiniones y propuestas de quienes, a la hora de la verdad, van a tener que hacerse responsables de la ordenación, gestión y control de otorgamiento de la prestación de que se trate. Como no existe conexión institucional regular que ligue el nivel nacional y el territorial de gobierno el sistema institucional deviene defectuoso: se puede legislar sin contar con los criterios, intereses y opiniones de quienes son responsables de la organización y prestación del servicio, lo que no parece sea algo digno de elogio. En el caso que nos ocupa el problema no es menor toda vez que buena parte del contenido de la ley (arts. 4 a 12) están dedicados a configurar los procedimientos mediante los cuales se otorga la prestación, pues bien, los responsables directos de su aplicación (las administraciones autonómicas) no han tenido ni voz ni voto en la configuración de los mismos. No han tenido lo uno porque no hay en el sistema una vía que permita a las autoridades autonómicas participar en la toma de decisiones del nivel nacional de gobierno que afectan directamente a su organización y ejercicio de competencias; no han tenido lo otro porque

no ha habido consultas, ni informales ni formales a quienes tienen que administrar unos procedimientos que un tercero diseña e impone. Muy buena idea no parece.

Si a ello se agrega que ese defecto general ha generado una dinámica conflictual entre ambos niveles de gobierno, que en casos como el presente en los que hay un disenso profundo sobre la prestación misma esa dinámica conflictual se va a ver reforzada, que en el momento de su implantación al menos cinco comunidades autónomas están regidas por partidos políticos que en el Parlamento nacional se han opuesto a la prestación misma, y que dichas comunidades suponen más de veinte millones de personas no parece que el éxito de la implantación de la prestación sea sencillo, ni siquiera que esté asegurado.

Lleva la razón Lipjhart: el federalismo y la descentralización son propios de una democracia de consenso y ajenos a la lógica de la democracia mayoritaria. Y a la propia de la «política de adversarios» que el bibloquismo y la polarización están imponiendo.

IV. Una mirada a los debates parlamentarios. Entre la voluntad garantista y el temor al suicidio asistido

Si del Boletín pasamos al Diario de Sesiones conviene decir de entrada que el debate en las Cámaras viene lastrado por unos reglamentos que parecen diseñados para evitar que los parlamentarios efectivamente debatan. A diferencia del procedimiento tradicional, que se remonta a la imitación de la práctica inglesa del reglamento de 1810, en la que se interviene en turnos alternativos a favor y en contra, en su caso con un máximo de turnos y posibilidades reglamentarias de aumentar o disminuir el número de turnos según el supuesto,¹⁴ el procedimiento

¹⁴ El reglamento del Congreso de 1934, usualmente considerado como el mejor de nuestra historia parlamentaria, contemplaba tres turnos alternativos con posibilidad de prolongar la discusión con nuevos turnos si la primera ronda se entendía insuficiente, y de abreviarlo si fuere necesario.

normal impone intervención por el portavoz de cada Grupo Parlamentario, en principio única, según un orden predeterminado (casi siempre por el tamaño del Grupo) independiente del tema a debatir , de la posición de la formación política sobre el punto concreto se discute y por un tiempo limitado que es siempre fijo.¹⁵ En consecuencia, el sistema seguido no facilita el diálogo al no hacerlo desde su base, facilitar el intercambio de opiniones, desliga el orden de intervención tanto del tema a tratar como de la posición del partido correspondiente, facilita la práctica, nada ortodoxa, de la lectura de discursos escritos previamente elaborados y, con ello, el recurso al argumentario. Casi un ejemplo de cómo no debe ser un debate parlamentario, al punto que la designación peyorativa de la Asamblea empleada en el pasado (el «Charlamento») devendría hoy incomprensible, porque en nuestros Parlamentos se declama, no se charla. En fin.

La existencia de un Parlamento nacional bicameral comporta la existencia consiguiente de una duplicación de órganos parlamentarios intervinientes que, de ser un máximo de tres, pasan a ser un máximo de siete, como en este caso sucede. Esa duplicidad acarrea la necesidad de recurrir a unos procedimientos que obligan a duplicar el proceso deliberativo, y a hacerlo de tal modo que la misma dualidad comporta el riesgo de que las mayorías políticas existentes en cada Asamblea disten de ser idénticas, como en este caso asimismo sucede. La combinación entre pluralismo y procedimiento deliberativo abre la posibilidad de que se produzca lo que en el mundo real sucede: los textos legislativos se negocian, y escenario preferente de esa negociación son precisamente los órganos parlamentarios. Negociar significa aquí, de una parte, que la tramitación parlamentaria de los diseños legislativos permite ajustar las diferencias que pueda haber derivadas de la propia pluralidad interna de la mayoría parlamentaria,¹⁶ y de la otra que la mayoría parlamentaria

¹⁵ Interesa señalar que el Reglamento del Congreso vigente excepciona de ese modelo de ordenación del debate y adopta uno más próximo al tradicional en dos cuestiones importantes: investidura y censura, de un lado, y reforma constitucional del otro.

¹⁶ Pluralidad que se da siempre, si bien es probable que sea más pronunciada cuando la mayoría agrupa a dos o más de dos formaciones políticas.

busque la ampliación de sus apoyos parlamentarios caso por caso negociando modificaciones de los diseños originarios con alguna o algunas formaciones opositoras. Es cierto que en tiempos de bibloquismo ese proceso negociador comprende un espectro más reducido que cuando se dan otras configuraciones políticas, pero aun así se da siempre. Ahora bien, hablar de negociaciones supone hablar de costes de transacción: un resultado positivo de la negociación será tanto más probable cuanto menores sean los costes, y ello depende esencialmente de dos factores: el grado de publicidad material del proceso negociador y la dificultad de las relaciones (políticas y personales) de los actores que negocian. En nuestro caso eso significa que una negociación exitosa será más probable cuando se da en instancias en las que el grado de publicidad es más reducido, como la instancia parlamentaria típica en la que se da ese supuesto es la deliberación en Ponencia,¹⁷ no debe extrañar que ese sea el escenario primario de acuerdos entre fracciones parlamentarias. Si las otras instancia parlamentarias tienen un grado de publicidad material y formal elevado –como sucede en el Congreso– no debe extrañar que el resultado sea el que es: los acuerdos se adoptan esencialmente en Ponencia, y se publicitan bien en el Informe de esta, bien en trámites parlamentarios posteriores, de tal modo que la negociación real en los demás órganos parlamentarios es reducida y en ellos la formalización de acuerdos tiene un fuerte componente de representación (en el sentido escénico del término).¹⁸

No obstante, lo dicho la situación material es diferente en el Senado que, en el Congreso, y ello no se debe a la posición constitucional de la Cámara Alta, que es muy débil como todo el mundo sabe y la mayoría de la doctrina sostiene, con razón. Ello se debe a dos factores materiales: de un lado el grado de atención y/o publicidad material que

17 Recuérdese que en Ponencia se delibera sin sujeción a procedimiento, sin publicidad formal y con un grado de publicidad material muy bajo.

18 Téngase en cuenta que las enmiendas transaccionales que puedan surgir a lo largo de la deliberación pública solo pueden ser admitidas a trámite bien si lo autoriza el Presidente del órgano, bien si son suscritas por todos los grupos parlamentarios. (cf. art. 118.3. RCD o arts.115 y 125.1. RS)

atraen los trabajos del Senado es mucho menor que el de publicidad material que se registra en el caso del Congreso; del otro las relaciones entre fracciones políticas y representantes son más fáciles y fluidas en la Cámara Alta exactamente por la misma razón. El resultado es que en la Cámara Alta los costes de transacción son más bajos y, por lo mismo, llegar a acuerdos es más sencillo que en el Congreso. Lo que explica que el peso del Senado en la determinación del contenido de las leyes sea mayor que el que podría deducirse de la mera contemplación de sus poderes constitucionales, de hecho, casi la mitad de las leyes que se publican en el BOE lo hacen en la redacción dada por el Senado. Como el que comentamos mismamente.

El debate en el Congreso de los Diputados fue desgraciadamente poco ilustrativo: la práctica totalidad de los intervinientes lo fueron con exposiciones de escasa calidad, abundantes en tópicos y acusada dependencia del correspondiente argumentario, lo que de por sí revela el limitado interés que el debate mismo despertaba en sus señorías. Dos argumentos se reiteraron *ad nauseam* en el debate: el objeto de la proposición de ley es generar un nuevo derecho, este nuevo derecho se instituye con todas las garantías y su introducción se basa en la autodeterminación personal, así Carcedo Roces dice que

Esta ley lo que pretende sencillamente es regular un nuevo derecho [...] quien quiera que lo ejerza y quien no quiera no tiene obligación de ejercerlo.¹⁹

Ese derecho está rodeado en su ejercicio de un amplio espectro de garantías, pues

se hace con muchas garantías. No sólo existe el médico responsable, tiene que haber una segunda opinión del médico consultor, y, finalmente, la comisión de evaluación y control.

19 Carcedo Roces (PSOE). DSCD 11/2/20 p. 27 reitera p. 28

Y su introducción, como es propio de un derecho de libertad apodera a los titulares, pero a nadie obliga en punto a su utilización, como ejercicio de autodeterminación personal que es:

Esta decisión, el ejercicio de este derecho, la toma la persona libremente. No hay delegación en terceros, no es responsabilidad de quien le atiende, de quien le ayuda; no, es la libre voluntad de la persona afectada la que decide, única y exclusivamente, de una forma personal, consciente, informada, meditada, mantenida en el tiempo, ratificada y libre de cualquier presión social, económica o familiar.

La señora exministra no es ciertamente oscura e introduce una serie de tópicos de frecuente uso,²⁰ otra cosa es que el texto que se va a estudiar sea congruente con esa toma de posición previa.

En el debate de toma en consideración la oposición explícita queda reducida al PP y a VOX, siendo de notar que mientras la formación de derecha radical centra su oposición a razones de fondo:

Lo que ustedes tratan en esta proposición es de invertir los valores en los que se asienta la cultura occidental. Este derecho a morir se configura como un derecho subjetivo en contra del valor objetivo superior de la vida en contra de nuestra Constitución, y se convierte en una obligación del Estado el matar a quien lo pida.²¹

El portavoz del partido conservador se limita al argumento de la «pendiente resbaladiza» sin apenas argumentos de fondo, fuera del de la crítica al uso de la proposición de ley como medio para introducir el debate en el Parlamento, uso al que se llega a calificar de fraudulento en una intervención no precisamente afortunada.²²

20 Argumento del derecho de libertad que a nadie obliga en DSCD 11/2/20 en Quevedo Iturbe (G.Mx.) p. 34, Bertrán Pahissa (G. Mixto) p. 34, Ruiz de Pinedo (Bildu) p. 35, Agirretxea (PNV) p. 36, Gimeno Gimenez (Cs) p. 38, Errejón Galván (MP) p. 39, Telechea i Lozano (ERC) pp. 40/41. Echenique Robles (UP) pp. 41/42.

21 Méndez Monasterio (VOX) DSCD 11/2/20 p. 43. No deja de tener su aquel que un parlamentario de un partido «fuera del arco constitucional» y que sostiene tesis tan congruentes con los valores de la cultura occidental como el supremacismo los invoque.

22 Fraude de la vía de la proposición de ley Echániz Salgado (PP) DSCD 11/2/20 pp. 29/30

Si el debate de la toma en consideración no es muy fructífero tampoco va mucho más allá el debate en la Comisión de Justicia del Congreso.²³

Por de pronto si bien sigue en el escenario el argumento del derecho individual, por ejemplo:

Que este es un derecho inalienable de la persona que debemos garantizar,²⁴

en ocasiones justificándole no tanto por el tradicional argumento de la *pietas*, cuanto en una interpretación del principio de libertad que conduce a postular directamente un derecho a disponer de la propia vida:

No es, incluso, el sufrimiento inaguantable lo que justifica la eutanasia, ni siquiera la compasión; la justificación básica, a nuestro entender, se encuentra en el reconocimiento de la condición de la persona, que es la que exige el respeto a su libertad individual de disponer de la propia vida.²⁵

Algo que sitúa claramente fuera del ámbito de la doctrina jurisprudencial, tanto española (a partir de los «casos de los GRAPO»), como europea, lo que abre el campo al argumento que de ella trae causa en boca de la derecha radical:

El art. 15, que desarrolla el derecho a la vida, si bien reconoce la disponibilidad sobre la propia vida no admite que garantice el derecho a la propia muerte, mientras existe la obligación del Estado de proteger la vida no cabe defender el deber contrario.²⁶

En tanto que el portavoz de la formación conservadora prefiere incidir en las contradicciones del partido gubernamental en razón de la cambiante posición socialista sobre la celebración, previa al debate, de

23 DSCD Comisión de Justicia 10/12/20 p. 2 y ss.

24 Telechea i Lozano ERC DSCD 10/12/20 p. 8.

25 Ruiz de Pinedo (Bildu) DSCD 10/12/20 p. 2.

26 Méndez Monasterio (VOX) DSCD 10/12/20 p. 9.

una ronda de comparecientes, al tiempo que señala la hipocresía que caracteriza a la previsión sobre la inscripción registral del resultado de la prestación.²⁷

Empero en el debate comienza a hacer acto de presencia una observación crucial para entender el sistema de la proposición de ley, esto es, que la prestación y la decisión sobre la misma no pueden entregarse a la exclusiva voluntad del solicitante:

Hay otra transaccional sobre enmiendas del Grupo Vasco a la exposición de motivos que, como bien anunciaba su portavoz explica que este proceso se regula en el ámbito sanitario y no es un acto que uno pueda celebrar arbitrariamente o a su libre albedrío.²⁸

La parquedad argumental del debate en la Comisión de Justicia del Congreso no debe extrañar si se recuerda la escasa incidencia cuantitativa que su intervención produce en la fijación del texto definitivo de la ley, a lo que ya se ha hecho referencia.

El trámite en la Cámara Baja se cierra el 17 de diciembre, en cuyo Pleno se incluye el debate y aprobación del proyecto de ley.²⁹ En esta sede el debate se aleja de las cuestiones de detalle para retornar a las grandes palabras fijando posición de cara a la galería, o, si se prefiere, recuperando la versión libertaria del argumentario, así el portavoz de ERC:

Somos dueños de nuestra vida y también lo debemos ser de nuestras muertes. Nadie tiene derecho a decirnos como debemos morir.³⁰

O la portavoz de Ciudadanos:

Hoy no hablamos de imponer creencias ni de imponer decisiones; hablamos de cada uno respete las decisiones y las demás creencias individuales, así como del

27 Vide Echániz Salgado DSCD 10/12/20 pp. 11/12 y 13.

28 Carcedo Robles. DSCD 10/12/20 p. 14.

29 Pleno del Congreso DSCD 17/12/20 p. 3 y ss.

30 Vallaguer Belazá. (ERC) p. 6.

derecho a poder vivir nuestras vidas hasta el último momento de nuestras vidas o del derecho a poner fin a nuestra vida según nuestras propias convicciones individuales, las de nadie más.³¹

No muy distinta es la posición socialista:

Una ley que avanza en derechos civiles; es un nuevo derecho civil para nuestro entramado legislativo y es un derecho que nos hace libres.³²

O la reiteración del portavoz de Bildu:

La justificación de la asistencia médica a morir no debe estar basada únicamente en la compasión, aunque sea este un elemento de empatía importante y necesario. El reconocimiento de este derecho debe fundamentarse en la consideración de que la vida impuesta contra la voluntad de su titular no puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido.³³

Lo que, viniendo de donde viene, se agradece. Y como hay luz y taquígrafos no podía faltar ni la sugerencia anticlerical:

No es una buena idea imponer la moral y la fe a los ciudadanos, por lo menos no lo es en una democracia, no lo es en una sociedad avanzada y no lo es en un Estado aconfesional;³⁴

ni la de abolir la objeción de conciencia, sin duda porque se prevé va a ser frecuentada.³⁵

Al otro lado de la trinchera la voz crítica de la derecha radical señala agudamente la escasa credibilidad de un discurso libertario que se compadece poco y mal con las previsiones del texto que se debate:

31 Arrimadas DSCD 17/12/20 p. 11.

32 Carcedo Rocés (PSOE) DSCD 17/12/20 p.

33 Ruiz de Pinedo (Bildu) p. 10.

34 Miquel i Valentí DSCD 17/12/20 p. 4.

35 vide Rego Condamiel (BNG) Loc. Cit. p. 3.

Si lo que dicen fuera verdad, señorías, hubieran utilizado la fórmula de la despenalización cuando quisieron eliminar al enfermo antes que su dolor, pero, nunca, nunca se hubiera configurado como un derecho obligando al Estado a matar». ³⁶

Porque, efectivamente, la proposición contiene un expreso rechazo de la admisibilidad del suicidio asistido, en la exposición de motivos (párrafo quinto) podemos leer:

No basta simplemente con despenalizar las conductas que impliquen alguna forma de ayuda a la muerte de otra persona, aun cuando se produzca por expreso deseo de esta.

Y se puntualiza:

Tal modificación legal dejaría a las personas desprotegidas respecto de su derecho a la vida que nuestro marco constitucional exige proteger.

Argumento cuanto menos curioso en el contexto en el que se configura el diseño legislativo, porque de un lado se nos afirma que se trata de crear un nuevo derecho subjetivo, y del otro se nos dice que la forma más efectiva de realizar tal objetivo, dado que la misma no exige intervención necesaria de tercero, no resulta compatible con el «*marco constitucional*». Cosas del argumentario.

Tras el Congreso el texto pasa a la Cámara Alta, y es aquí donde nos espera una agradable sorpresa: pasamos de una discusión en la que apenas aparece nada que no sea reconducible a los argumentos estandarizados propios del argumentario a otra en la que el nivel de la discusión sube porque aparece una discusión real, no es que los primeros desaparezcan, es que quedan desplazados a un segundo plano por la aparición en la escena de discursos sólidos y bien contruidos,

³⁶ Méndez Monasterio (VOX) DSCD 17/12/20 p. 14.

dotados de un nivel intelectual que se echa de menos en el debate en la Cámara Baja.

El debate en la Comisión de Justicia se abre el 25 de febrero, y lo hace con la irrupción en la escena de argumentos, críticos unos, favorables otros, que están dotados del nivel de racionalidad indispensable a la hora de tratar asuntos tan delicados. Intervenciones como las de Roman Jaseneda (PP), De Lucas (PSOE) o Martínez Urianoberrenetxea (Geroa Bai) elevan considerablemente el nivel de una discusión hasta entonces de muy bajo vuelo.

De entrada, el portavoz de VOX ataca a fondo el ítem de la eutanasia como «muerte digna», toda vez que la misma comporta la cualificación como «vida indigna» la que acarrea sufrimiento:

Una sociedad que acepte la terminación de la vida de algunas personas en razón de la precariedad de su salud y por la actuación de terceros se infringe a sí misma la ofensa que supone considerar indigna la vida de algunas personas enfermas o intensamente disminuidas.³⁷

Empero la crítica fundamental corresponde en el caso al portavoz popular.³⁸ Este utiliza de entrada la acerada crítica a la proposición que obra en el Informe de la Comisión de Bioética de septiembre de 2020, dando tanto más acerado cuanto la citada Comisión es ideológicamente plural y el mismo se adopta por unanimidad:

A lo largo de este Informe hemos visto que existen sólidas razones para rechazar la transformación de la eutanasia y/o el auxilio al suicidio como un derecho subjetivo y una prestación pública.

37 DSS. Comisión de Justicia 25/2/2021 p. 3. La observación tiene su aquel en cuanto que contiene una remisión implícita al ítem «vida indigna de ser vivida», que aparece en Alemania en los años veinte en boca de algunos penalistas próximos al liberalismo político y que será usada andando el tiempo por el régimen nazi para justificar su política de la «Aktion T 4» esto es, la eutanasia forzosa de disminuidos.

38 Roman Jaseneda loc.cit. pp. 5 y ss.

La propuesta del senador conservador señala a renglón seguido la incongruencia que se da entre una política sanitaria que entiende como un serio problema de salud pública las muertes por suicidio, y el sistema de la proposición de ley planteando si no sería más acertado buscar una solución de consenso que evitara la existencia de políticas públicas contradictorias:

Igual que una persona que ante situaciones que considera insuperables toma la decisión de suicidarse, considero que hay consenso también para ayudar y prevenir las causas de una muerte violenta ahora en el país –más de 3500 personas mueren por suicidio– Estamos de acuerdo también para prevenir ante estas personas que deciden poner fin a su vida. Me pregunto por qué no planteamos este consenso y estos cuidados paliativos ante una situación similar provocada por la ausencia de salud de aquellas personas que quieren pedir su muerte.³⁹

La oferta de búsqueda de una solución de consenso está diseñada para poner de relieve que la razón primaria de la proposición no es tanto dar una solución al problema cuanto trazar con nitidez las divisorias del «babloquismo» estableciendo la frontera que separa a la «mayoría progresista» de «las derechas», con lo que sitúa a la mayoría en la incómoda posición de defensora de una polarización política no precisamente popular.

Ahondando en la misma línea se señalan los vicios de tramitación, en especial la ausencia de dictámenes y consultas, con especial dedicación al caso de los disminuidos, a los que, se argumenta, la propuesta legislativa deja en posición de vulnerabilidad, lo que sitúa a la misma en línea de colisión con los compromisos internacionales derivados de nuestra participación en los acuerdos de ese ámbito de protección de un sector de la población que se siente vulnerable.⁴⁰ Tras lo cual se incide en que la solución propuesta como salida al sufrimiento es ineficaz con respecto a fines:

³⁹ Roman Jaseneda loc. cit. p. 7.

⁴⁰ Y cuyos representantes han contactado con los grupos parlamentarios para comunicarles su preocupación, como se dice expresamente.

Esta ley aboca al enfermo, al vulnerable, a una muerte prematura y no a mitigar su sufrimiento existencial, su dolor físico, ni su angustia vital.

Para finalizar señalando la incongruencia de la figura misma de la eutanasia con la ética profesional:

Voy concluyendo. El provocar la muerte es un acto que va contra la ética profesional. Contra la deontología profesional de las profesiones sanitarias.

Lo que aboca a un escenario de conflicto en el que la viabilidad de la aplicación de la ley es cualquier cosa menos clara.

Por su parte Martínez Urianoberrenetxea critica el que se haya escogido un vía de acción errónea que conduce inevitablemente a una regulación compleja ,confusa y a veces contradictoria, por no haber optado por la opción de mayor claridad: si se desea que la eutanasia sea consecuencia de la voluntad del solicitante la vía a seguir es la del suicidio asistido, lo que evitaría, además, riesgos como el de estigmatización del personal sanitario que es consecuencia probable del sistema de registro de objetores.⁴¹

La defensa fundada de la proposición corre a cargo de De Lucas (PSOE)⁴² que se dirige directamente a tratar de construir una argumentación consistente a favor de la legitimidad constitucional de la propuesta, con invocación en su caso de los posibles precedentes en la jurisprudencia constitucional alemana, la italiana y en la del TEDH (caso *Gross*). Aunque la exposición es larga y detallada (deformación profesional de profesor, probablemente) aborda una cuestión siempre latente a la que hasta ese momento no se había hecho frente directamente: a saber, como puede ser compatible con la Constitución (arts. 10 y 15, esencialmente) una medida que comporta posible lesión de bienes constitucionalmente protegidos mediante

41 Martínez Urianoberrenetxea loc. cit. p. 8 y ss. Por cierto, el argumento de la estigmatización también se halla en la intervención del portavoz popular loc. cit.p. 7.

42 De Lucas. Loc. cit. pp. 10 y ss.

derecho fundamental, y que trata de configurar dicha intervención en términos de derecho subjetivo. La solución propuesta es elegante en su sencillez, toda vez que hace posible resolver con un único instrumento dos problemas distintos: el de la legitimidad constitucional de la intervención y el de la consideración de esta última como ejercicio de un derecho. El senador socialista⁴³ parte de la aceptación de la jurisprudencia de valores, de un lado, y de la jerarquización de los mismos que se sigue de las normas de principio del apartado primero del art. 10 CE, la articulación de dichas normas de principio puede cambiar a lo largo del tiempo en razón de los cambios que se puedan producir en la sociedad, y esa evolución, que en nuestro caso se ha producido, se traduce en el desplazamiento a la posición prioritaria de lo que el precepto constitucional describe como el «libre desarrollo de la personalidad», de tal modo que

por el valor axiológicamente prioritario constitucionalmente hablando en nuestro ordenamiento de la libertad.

Se produce el efecto de reordenar el sistema de derechos a favor de la libre determinación individual de tal forma que, en el supuesto de eventual concurso entre ese principio general del sistema de derechos y un derecho fundamental concreto (para el caso los del art. 15 CE) el principio de libertad tiene de salida la posición más fuerte. No sólo eso, la mencionada prioridad hace posible que, para el caso de existencia de vacíos regulatorios, la primacía del valor «libertad», haga posible el surgimiento de nuevos derechos, incluso fundamentales⁴⁴ y, en consecuencia, cabe sostener que:

43 DSS, Comisión de Justicia loc.cit. pp. 10 y ss.

44 El senador no lo dice expresamente, pero hay en su intervención en este punto una referencia tácita a la creación del derecho fundamental a los propios datos a partir de la combinación entre legislación (nacional y europea en el caso) y jurisprudencia.

La eutanasia, de acuerdo con esta interpretación, puede ser presentada como un derecho, incluso fundamental, en el sentido de un derecho complejo, que combina la libertad negativa con una prestación.⁴⁵

Lo que permite sostener, en consecuencia, la legitimidad constitucional de principio del diseño legislativo que se está discutiendo.

Por su parte Martínez Urianobarrenetxea⁴⁶ incide en lo que constituye el núcleo de sus intervenciones: que la regulación que se propone intenta combinar suicidio asistido y eutanasia rogada, que esa combinación es inconsistente en sí misma porque el primero es «*sustancialmente distinto*» al segundo, lo que augura una complicada aplicación, e incide como ejemplo extremo en la regulación propuesta para el caso en que el afectado no esté en el pleno uso de sus facultades. De otra parte, la apresurada tramitación del proyecto en el seno de la Comisión (se pretende se haga en sesión única) suscita su crítica, que en ese punto es compartida por grupos políticos tanto de la mayoría como de la oposición, premura que dificulta la producción de una deliberación auténtica.⁴⁷ A todos los efectos las intervenciones relevantes en esta sede se agotan con la del portavoz popular, cuyo juicio es bien duro: hay indeterminación del presupuesto habilitante, es tan incomprensible como reveladora la asimilación del resultado de la prestación y la muerte natural, y, sobre todo, no es sostenible la tesis de la primacía general del valor libertad:

Yo creo que sin vida no hay esa libertad. Si no hay vida no hay autonomía personal. Si no hay vida no hay libertad.⁴⁸

45 De Lucas, loc. cit. p. 11.

46 Loc. cit. pp. 17 y ss.

47 Cuestión en la hay acuerdo entre el senador de GBai (loc. cit. p. 18), del portavoz de ERC en la comisión vide Castel Fort (loc. cit. pp. 21/22) o el conservador Roman Jaseneda (loc. cit. p. 22)

48 Loc. cit. p. 23.

Apuntando que la única vía que haría posible la legitimidad constitucional de un diseño como el que se contemplaba sería la de proceder a la correspondiente reforma constitucional.

De la Comisión el debate se traslada al Pleno del Senado.⁴⁹ Este dedica al debate y votación de las propuestas de veto y enmiendas una parte de la sesión del 10 de marzo de 2021. A diferencia de lo sucedido en la Cámara Baja, en la que el debate en el Pleno tiene un interés argumentativo más bien escaso, como ya se señaló, en el caso del Senado no sucede así, entre otras cosas porque en él se pronunció el que me parece el mejor discurso en defensa del proyecto y algunas exposiciones de crítica sistémica al mismo que no se dieron, o no se dieron suficientemente, con anterioridad.

Mientras que en el caso de VOX su portavoz apenas va más allá de la invocación de la dignidad como cualidad inherente a los miembros de la especie,⁵⁰ que, al parecer, aquí sí comprende a musulmanes, «menas» e inmigrantes sin papeles, el portavoz popular efectúa una reseña crítica de los defectos del proyecto que se trata de enmendar, así nos hallamos ante una revisión que parte del uso de la vía de la proposición de ley, que se estima fraudulenta por usarse para eludir los controles previos que resultan necesarios en el caso de los proyectos de ley,⁵¹ la ignorancia u olvido de las críticas suscitadas desde la sociedad civil,⁵² hace un uso intensivo de las críticas del CERMI sobre la erosión de la posición jurídica de los discapacitados por la regulación propuesta,⁵³ señala la escasa calidad técnica del texto que se va a votar y cierra contra la calificación de la muerte por prestación con el fallecimiento por causas naturales.

49 DSS Pleno.10/3/21 pp. 93 y ss.

50 La dignidad humana es el valor intrínseco que posee todo ser humano; la condición digna de la vida humana es invariable desde el nacimiento hasta la muerte, e independiente de las condiciones cambiantes a lo largo de su existencia. Marín Garzon (Vox) p. 94.

51 Roman Jaseneda loc. cit, p. 97.

52 El senador se centra en las procedentes de las instancias médicas y en el Informe del Comité de Bioética, pero conviene advertir aquí que la doctrina constitucional previa suscitada en torno a la propuesta es hostil o, en el mejor de los casos, reticente.

53 Loc. cit. p. 98.

El peso de la defensa va a recaer en De Lucas (PSOE), que trata de construir un discurso que de soporte intelectual al diseño y rebata al menos las críticas más sustantivas al texto que se enmienda. La defensa se articula en torno a las «tres confusiones» que se imputan a los críticos. La primera de ellas tiene que ver con la filosofía del proyecto, los críticos no son conscientes de que la proposición descansa sobre lo que denomina la «política de la laicidad», lo que le sirve para deslizar contra sus críticos el reproche de confesionalidad:

La filosofía de esta es la de la política de la laicidad, que toma en serio la igual libertad de los ciudadanos, sin tutelas, daños ni privilegios, y, a mi juicio... ese rechazo de la política de la laicidad que se desprende de los vetos.⁵⁴

Donde se trata de ligar laicidad y primacía del principio de libertad. La segunda confusión radica en la inclinación de los críticos a contraponer la protección de la vida humana como bien jurídico protegido ex art. 15 CE con el principio de libertad:

La segunda confusión consiste en pretender que esta ley suponga una contraposición entre la defensa de la vida y la libertad o la autonomía de la voluntad. Señorías, en esta ley no hay tal contraposición; es más, precisamente porque tenemos el más firme de los respetos por el bien jurídico que es la vida, respetamos el generoso derecho a decidir dejarla, que corresponde al propio sujeto, a nadie más.⁵⁵

Sosteniendo que la facultad de abandonar la vida cuando el sujeto titular del derecho lo decida es consecuencia necesaria del derecho a la misma vida, argumento que, implícitamente, admite la disponibilidad de los derechos fundamentales como contenido propio del derecho fundamental mismo.

La tercera confusión en que incurren los críticos es la transformar el derecho a la vida en un deber constitucional:

⁵⁴ Loc. cit. p. 99.

⁵⁵ Loc. cit. pp. 99/100.

Los vetos incurren en una tercera confusión, que consiste en mantener una noción del derecho a la vida como algo sagrado, que se torna en realidad en un deber, un deber para el propio sujeto e, incluso, un deber para el Estado, y no es así⁵⁶.

Junto a estas críticas de principio agrega el interviniente uno pragmático: el sistema del diseño legislativo persigue poner al alcance de todos los ciudadanos una oportunidad que si el mismo no existiere quedaría reservada solo a los estratos más pudientes de la población, que de este modo devendrían privilegiados. Por el contrario, el diseño mismo, en cuanto configura la prestación en términos de derechos permite el acceso universal a la misma:

El propósito de esta ley es hacer asequible a todos, sean cuales sean sus medios y sus posibilidades, el derecho a decidir tener una muerte propia, pero al alcance de todo el que los necesite el ejercicio de este derecho.⁵⁷

Y al configurar como derecho el acceso a tal posibilidad el derecho individual mismo acarrea el derecho a la prestación.

En términos distintos, pero no distantes Castel Fort (ERC), sostiene que:

En otras palabras, los derechos fundamentales de la persona emanan de la proclamación de su dignidad como fundamento del orden político y de la paz social y de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico proclamado en el artículo de la propia norma fundamental; una interpretación que debe ser integradora de la vida y de la libertad y, en consecuencia, una interpretación del art. 15 del derecho a la vida a la luz del libre desarrollo de la personalidad, y obliga a considerar que la vida impuesta contra la voluntad de su titular nunca puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido.⁵⁸

56 Loc. cit. p. 100. La apreciación es sin duda materialmente correcta: si los derechos fundamentales son el «*fundamento del orden político y la paz social*», como reza el art. 10.1. CE y, por ende, constituyen por ello el «*orden público*» los derechos fundamentales son portadores en sí mismos de un deber constitucional, deber que se impone tanto al Estado como al titular del derecho: el de su conservación. Lo que ocurre es que, en tal caso, no parece calificar la apreciación en términos de «confusión» sea muy acertada.

57 Loc. cit. p. 100.

58 Castel Fort (ERC) p. 105.

Sin que falte en el discurso la nota anticlerical (que acredita dicho sea de paso un cierto primitivismo):

«La concepción del derecho a la vida que implique su mantenimiento, incluso contra la voluntad de su titular, debe ceder el paso a concepciones más acordes con la de un Estado aconfesional».⁵⁹

A partir de aquí el nivel del debate desciende y los argumentos ceden el paso a los tópicos debidamente encadenados,⁶⁰ a intervenciones tópicas que delatan el muy escaso entusiasmo que la iniciativa despierta al partido liberal.⁶¹

El debate de detalle sobre las enmiendas abre paso a un escenario de mayor complejidad, en el que las críticas de detalle afloran tanto entre quienes rechazan el diseño como entre los que de alguna manera lo apoyan. Así el portavoz popular señala que la redacción dada al presupuesto habilitante hace posible una interpretación que permita proyectar la aplicación de la ley a cualquier supuesto de enfermedad crónica:

Creemos que la introducción de término padecimiento grave, crónico e imposibilitante que cause sufrimiento supondrá una brecha en la que se introducirá cualquier padecimiento crónico».⁶²

O que el profesional médico puede verse situado en la poco favorable situación de sustituir de hecho a la voluntad del paciente:

59 Loc. Cit. p. 104.

60 vide Mulet García pp. 102/03.

61 Marcos Arias (Cs), que trasparenta su muy escaso entusiasmo pp. 103/04 o Sanchez Lopez que efectúa una intervención de signo crítico no muy congruente con el sentido de su voto pp. 114/15.

62 Loc.cit. Roman Jaseneda (PP) p. 106.

[el profesional] no sólo va a informar de las alternativas de tratamiento, sino que se le obliga a informar de que también puede con la vida del paciente mediante la administración de una dosis letal de un fármaco, y en situaciones en las que el paciente no es consciente ni capaz puede deslizar la incapacidad de hecho y proceder a la eutanasia».

Lo que entraña violación de la neutralidad del profesional, al tiempo que se sorprende de la total ausencia de profesionales de la siquiatria tanto en la fase de asesoramiento como en la comisión de revisión.⁶³ Del mismo modo el portavoz de Ciudadanos, tras calificar la norma como «ley de cuarto de hora» critica el riesgo de dispersión a la hora de la aplicación, consecuencia de la elusión de una regulación unitaria del sistema de supervisión.⁶⁴

Mientras que ERC señala la inexistencia de regulación del problema del eventual silencio administrativo o el efecto disuasorio que imputa a necesidad de los objetores de conciencia de inscribirse en un registro.⁶⁵ En tanto que Geroa Bai señala la escasa calidad del texto, la huida en el mismo del suicidio asistido, que se pretende ignorar, el vacío regulatorio que afecta a la comisión de garantía, o la incongruencia de que sea posible solicitar la eutanasia por mera solicitud del médico, lo que resulta incongruente con la pretendida naturaleza de la prestación:

Estamos radicalmente en contra de que se permita al médico presentar solicitud de eutanasia en algún caso –extremos, es verdad– porque es absolutamente discordante con la afirmación del derecho personalísimo sobre el que se funda la ley.⁶⁶

O critica el error de acumular en un plazo muy reducido la necesidad de instrumentar hasta 25 medidas en el término de un año.⁶⁷ Del mismo modo que Plaza Martín (PP) apunta la incompatibilidad del proyecto no solo con la Constitución, sino también con el Convenio

63 Loc. cit. p. 106.

64 Sanchez Lopez Loc.cit. pp. 114/15.

65 Castel Fort .Loc. cit. pp. 116/17.

66 Martinez Urionberenetxea Loc.cit. pp. 111 a 113, en especial p. 112.

67 Loc.cit. pp. 123/25.

de Oviedo.⁶⁸ Como puede verse las críticas provienen no sólo de las formaciones de oposición, sino también de representantes de grupos políticos que en principio son favorables a la regulación e incluso forman parte de la base parlamentaria del Gobierno. La negativa a aceptar la mayor parte de esas observaciones puntuales induce a pensar que la proposición de ley más que de la coalición gubernamental o de su mayoría parlamentaria es, sencillamente, una norma de partido. No es de extrañar que el senador de GB acabara por pronunciar las palabras que figuran en el encabezamiento de este trabajo.

Aprobadas las enmiendas por el Senado el texto vuelve al Congreso que, tras un trámite poco menos que insustancial, aprueba las mismas dando lugar al texto definitivo.⁶⁹

V. El sistema resultante: buscando un derecho subjetivo fundamental llegamos a una propuesta que exige siempre el concurso material y la voluntad concurrente del Estado

Llegado es el momento de pasar de las musas al teatro y examinar cual es la regulación adoptada y en qué medida se corresponde con los propósitos y configuración inicialmente proclamados, base previa e indispensable para poder producir un juicio de legitimidad constitucional mínimamente fundado.

Por de pronto hay que señalar que el legislador, adoptando una técnica propia de la legislación de la Unión Europea, abre su regulación con la configuración de una batería de conceptos («definiciones» les llama el art. 3. primer inciso) que tratan de concretar los conceptos jurídicos de los que el legislador se sirve para configurar su diseño. No es el primer caso, ni seguramente será el último, en el que se trata de reducir a la mínima expresión la indeterminación que es inherente a la figura misma de tales conceptos. Lo que ciertamente tiene sentido en el caso de la legislación de la Unión, porque las normas de la misma se

⁶⁸ Loc. cit. pp. 117/18.

⁶⁹ DSCD 18/3/2021 pp. 1 /22.

dirigen a estados y otros operadores jurídicos que cuentan con sistemas jurídicos distintos, en los que no subyace una cultura jurídica común suficiente para definir previamente los conceptos y el mapa que estos forman sin necesidad de formalización, no parece que lo tenga mucho cuando de legislación rigurosamente nacional se trata. Pero veamos:

1. El presupuesto

Lo configura el art. 5.1 d) de la ley y comprende dos supuestos de hecho distintos: de un lado

Sufrir una enfermedad grave e incurable;

del otro sufrir

Un padecimiento grave, crónico e incapacitante.

Empero no basta con la concurrencia de alguno o algunos de tales supuestos, para que estos puedan operar es indispensable una certificación médica, sin la cual el presupuesto no concurre y el procedimiento no pueda ponerse en marcha. Para determinar si esas exigencias concurren acude en nuestro auxilio la batería de definiciones que contiene la misma ley (cf.art. 3), a la luz de las mismas se entiende que nos hallamos ante una enfermedad del tipo descrito cuando la misma causa un sufrimiento físico o psíquico contante e insoportable, que no se puede paliar por inexistencia de alivio tolerable y que sitúa al paciente ante una perspectiva de vida limitada que puede venir asociada a una fragilidad progresiva. De otro lado nos hallamos ante el padecimiento al que se ha hecho mención si el paciente no puede valerse por sí mismo, con la consiguiente limitación de su autonomía personal, que viene asociado a un sufrimiento físico o psíquico

constante e insoportable, que tenga gran posibilidad de persistir sin que existan posibilidades de mejora o curación.⁷⁰

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que las mentadas definiciones no eliminan en modo alguno el amplio margen de incertidumbre que es propio del concepto jurídico indeterminado por la sencilla razón de que las mismas nos remiten a juicios íntegramente subjetivos que, como tales, son necesariamente variables por razón del sujeto, así, por ejemplo la insoportabilidad del sufrimiento será necesariamente variable por la sencilla razón de que la sensibilidad al dolor lo es, lo que en la práctica obstaculizará el recurso a los precedentes. Del mismo modo conviene tener en cuenta que cosa sea «una perspectiva de vida limitada» es en el mundo real una variable dependiente del estado de conocimientos y técnicas existente en cada momento, lo que conduce a la misma dificultad. El amplio margen de indeterminación en la definición del presupuesto nos lleva así a la necesidad de tener que admitir que el margen de apreciación de los profesionales a los que la ley encomienda la apreciación de su concurrencia será muy grande, siendo en todo caso esa apreciación constitutiva.

2. El procedimiento

El derecho a la prestación «*de ayuda para morir*» pende de la satisfacción previa de determinados requisitos que operan como presupuesto de la prestación misma, y sin cuya concurrencia el «*derecho a la prestación*» (vide art. 4.1) sencillamente no surge. Es el art. 5.1. de la ley orgánica el que configura el procedimiento. Este tiene una composición compleja ya que comprende, en primer lugar, requisitos de forma y procedimiento de naturaleza esencialmente administrativa; en segundo lugar, de la concurrencia de requisitos de índole médico-asistencial; en

⁷⁰ Conviene señalar aquí que el presupuesto configurado por la ley es una variable dependiente del estado de los conocimientos y técnicas disponibles en cada momento y que, por ello, configuran necesariamente un presupuesto de «geometría variable».

tercer lugar, de requisitos médicos de fondo. Así para poder acceder a la prestación se ha de ser, ante todo, persona que posea la nacionalidad, o que cuente con residencia legal, o que no contando con ninguno de ambos si figura en el padrón con al menos doce meses de antigüedad, además se debe contar con plena capacidad de obrar (cf. art 5.1.

a). A renglón seguido debe «*disponer por escrito*» de la información existente sobre su «*proceso médico*», que debe incluir las posibilidades y alternativas de actuación, en las que deben comprenderse necesariamente la posibilidad de «*acceder a cuidados paliativos integrales*»⁷¹ y, en su caso, de los medios preordenados para atender a la dependencia, medios que deben figurar en la cartera de servicios del Servicio Nacional de Salud. Por último, debe satisfacerse el presupuesto ya señalado. Como la prestación de la «*ayuda a morir*» se integra en la cartera de servicios del SNS (cf. art. 13) la ley exige que para producir constancia de esos requisitos materiales es necesaria la emisión de certificado médico emitido por el galeno responsable (art. 5.1 d) *in fine*), sin cuya firma no hay procedimiento, ni, por lo tanto, prestación.⁷² Si mediante la emisión de esa certificación emitida por facultativo del SNS se abre el procedimiento, sin ella no le hay. En otros términos, no hay procedimiento sin la concurrencia de la voluntad del Estado, la voluntad del paciente por sí misma puede ser necesaria, pero nunca es suficiente por sí sola para poner en marcha el procedimiento mediante el cual se alcanza la prestación. En consecuencia, cabe sostener que la ley no ampara en ningún caso el suicidio asistido, como se advirtió en el debate de la ley, según se señaló.

Cumplidas las exigencias vistas el paciente que solicita la prestación debe presentar una doble solicitud de la misma separada entre sí, cuanto menos, quince días (cf. art. 5.1 c) la presentación debe ser voluntaria y preferentemente de forma escrita, de no serlo la ley exige

⁷¹ Lo que convierte a estos en presupuesto de la prestación, por lo que los mismos deben hallarse establecidos y operativos para que la prestación misma sea factible.

⁷² Se presupone que la certificación se hace según las reglas de la *lex artis*, de otro modo no tendría sentido. De no hacerse así se daría lugar a responsabilidad.

que se efectúe por medio que produzca constancia de la solicitud, no obstante, si el médico responsable entiende que el paciente puede perder de forma próxima la capacidad de decidir por sí misma, puede abreviar los plazos. En todo caso debe haber constancia del consentimiento informado (cf. art. 5.1 e). El derecho a la prestación «*de ayuda para morir*» pende de la satisfacción previa de determinados requisitos que operan como presupuesto de la prestación misma, y sin cuya concurrencia el «*derecho a la prestación*» (vide art. 4.1) sencillamente no surge. Es el art. 5.1. de la ley orgánica el que configura tal presupuesto. Conviene insistir en que este tiene una composición compleja como hemos visto. Así para poder acceder a la prestación se ha de ser, ante todo, persona que posea la nacionalidad, o que cuente con residencia legal, o que no contando con ninguno de ambos si figura en el padrón con al menos doce meses de antigüedad, además se debe contar con plena capacidad de obrar (cf. Art 5.1. a). A renglón seguido debe «*disponer por escrito*» de la información existente sobre su «*proceso médico*», que debe incluir las posibilidades y alternativas de actuación, en las que deben comprenderse necesariamente la posibilidad de «*acceder a cuidados paliativos integrales*» y, en su caso, de las medidas de atención a la dependencia, finalmente debe hallarse en alguno de los dos supuesto de fondo que ya se han mencionado: la enfermedad en las condiciones señaladas o el padecimiento en las que condiciones que hemos visto. Ese es, en principio, lo que podemos entender como el «*procedimiento ordinario*», pero cabe otro, en principio excepcional, el regulado por el apartado segundo del art. 5 de la ley.

Esta segunda vía, que no figuraba en la redacción original, afronta el problema del procedimiento a seguir cuando un paciente reúne la exigencias del art. 5.1.d), esto es se halla en condiciones de satisfacer el presupuesto, pero el paciente o bien no se halla en pleno uso de sus facultades, o no está en condiciones para plantear las solicitudes y esas carencias las certifique un médico en aplicación del protocolo que al efecto determine el Consejo Interterritorial del SNS y, además, hubiere

manifestado con anterioridad su voluntad de solicitar la prestación mediante

documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos,

en tal caso «*se podrá*»⁷³ atenderla solicitud preestablecida por decisión del representante del paciente, si lo hubiere, y en caso contrario por decisión del médico responsable. Lo que ciertamente no es una redacción ni precisa ni afortunada.⁷⁴ En dicho supuesto, y de acuerdo con lo que previene el art. 6.4. de la ley,⁷⁵ si no hubiere persona legalmente habilitada para presentar la solicitud por no haber representante designado la facultad de presentarla corresponde «*al médico que lo trata*», a cuyo efecto la ley le habilita para disponer de los documentos mediante los cuales el (presunto) solicitante hubiere manifestado su voluntad.

Debe advertirse que la prestación debe incluirse en la cartera común de servicios del SNS y, en consecuencia, es siempre financiada con fondos públicos (cf. art. 13.1), además la prestación debe realizarse en centros públicos, privados o concertados o en el domicilio (cf. art. 14 *in principio*) ello acarrea que cuando la prestación, y las actividades que son su presupuesto, se realizan en centros públicos lo serán por personal estatutario, cuando se realice en centros privados, concertados o no, lo serán por personal cuya intervención en los procedimientos correspondientes está financiada por las administraciones públicas y que, en consecuencia, el personal interviniente en el proceso actúa o bien como personal directamente al servicio del Estado⁷⁶ (caso del personal estatutario y del que presta servicio en centros concertados), o

73 Obsérvese que estamos ante una facultad que, como tal, puede ejercerse o no.

74 Llama la atención que en este supuesto al parecer no existen ni la eventual pareja del paciente ni sus familiares próximos.

75 Precepto introducido por la Ponencia del Congreso y modificado por el Senado.

76 Entendido en el sentido del conjunto de los distintos niveles de Gobierno, para entendernos, en el sentido del art. 1. CE.

bien como personal cuya acción en el procedimiento es sostenida por el Estado. De este modo toda intervención del personal sanitario en todas las fases del proceso es imputable al Estado. Con las consecuencias que son de rigor.

La petición formulada abre el paso a un «*proceso deliberativo*» (cf. art. 8 de la ley) mediante el cual se debe proporcionar al solicitante la información relevante para el caso, de la que es contenido necesario la exposición de las alternativas a la prestación disponibles y sus consecuencias previsibles. La petición puede ser aceptada o denegada. Si es aceptada se desarrolla en toda su extensión el citado proceso y, tras la presentación de la segunda solicitud, y proporcionada la información complementaria que se solicite, se sitúa al solicitante ante la tesitura de escoger, bien la reafirmación del propósito inicial o bien desistir del mismo (cf. art. 8.2). En el primer supuesto se comunica al equipo asistencial que debe encargarse de la prestación, se exige la firma de documento de consentimiento informado y, si el paciente lo pide, se comunica la decisión a familiares y allegados.

Pero la solicitud puede ser denegada por la administración sanitaria, y esa denegación puede producirse en dos momentos distintos que se sitúan uno antes del «*proceso deliberativo*» y otro después (*vide* art. 7.2 y art. 8.3. y 4). En el primer caso denegación se hace mediante escrito motivado y en el plazo de 10 días a contar desde la solicitud inicial, la ley exige que a la motivación se agreguen los documentos de índole sanitario-asistencial a que se refiere el art. 12 de la ley, la denegación es susceptible de reclamación ante la Comisión de Garantía y Verificación,⁷⁷ que debe decidir en el plazo de veinte días (cf. art. 18 a), aplicándose al caso el silencio administrativo negativo. La confirmación de la denegación abre el camino para el correspondiente recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En el segundo

⁷⁷ En la redacción original la Comisión lo era de «control» y verificación, pero advertido que el término «control» chocaba con la concepción de la prestación como derecho se sustituyó «control» por «garantía», eso sí, sin que se alterara de modo significativo el rol asignado a la misma. Pero el control sigue viviendo como veremos enseguida.

caso la denegación puede proceder cuando, celebrado el «*proceso deliberativo*» y confirmada la voluntad del paciente de proseguir, el médico responsable traslada el expediente al «*médico consultor*», este está facultado para, una vez examinado el expediente, que incluye el historial clínico, pueda emitir informe favorable (lo que hace posible la prestación), o desfavorable. Si se da lo primero el médico responsable da traslado a la Comisión a los efectos previstos en el art. 10 de la ley, si el informe es desfavorable la Comisión puede bien acordar la prestación o bien la denegación definitiva, que abre la puerta al recurso contencioso-administrativo. (cf. art. 18 a).

Si la solicitud ha sido aceptada el médico responsable lo pone en conocimiento de la citada Comisión a través de su Presidente (cf. art. 8.5 *in fine*) al efecto de que la misma «*realice el control previo previsto en el art. 10*», punto en el que la designación de la intervención no se ha adaptado al cambio de nombre del órgano colegiado, manteniendo la original.

Recibida por la Comisión la comunicación médica citada aquella constituye una ponencia de dos miembros (puntillosa la ley precisa: un médico y un jurista) que examina el expediente y emite un informe. Si el informe es favorable «*el informe emitido servirá de resolución a los efectos de la realización de la prestación*» y se comunica al médico responsable al efecto de realizar la prestación, si el informe es desfavorable o hay división de opiniones en el seno de la ponencia la cuestión se remite al pleno de la Comisión, que adopta la decisión definitiva (cf. art. 18 a). En el caso de que la decisión de la Comisión sea desfavorable se abre la vía del recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁷⁸.

Visto el procedimiento no se puede, ni se debe, negar el propósito garantista que al que el mismo obedece, si bien no parece descabellado señalar que podría ser algo menos barroco.

⁷⁸ Es de notar que si la decisión de la Comisión es favorable no cabe recurso alguno, ni siquiera en el supuesto del art. 6.4. de la ley en el que la iniciativa compete al «*médico que le trata*».

3. La prestación

El contenido nuclear de la prestación es expuesto con claridad por la exposición de motivos:

Se entiende por esta la actuación que produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, a petición.

No así en el contenido normativo que, a partir del art. 1 del texto articulado habla de manera reiterada y constante de «solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir» lo que parece dar a entender que la actuación material en el que la prestación consiste se ciñe exclusivamente a suministrar al paciente que la solicita el medio o medios para poner fin a su existencia, se entiende que por sí mismo. La definición legal de la «ayuda necesaria» la efectúa el apartado g) del art. 3. de la ley:

Acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en esta ley y que ha manifestado su deseo de morir.

Nuevamente pudiera parecer que lo que la ley configura como «prestación» se limita a procurar al solicitante los medios que este demande para autoadministrarse la «muerte dulce». Con lo que nos situaríamos en la vecindad del suicidio asistido. Pero, pese a al tenor literal de esta parte de la ley, no es así. No lo es, de un lado, porque la ley no contempla decisión alguna del solicitante sobre el medio o medios que se puedan poner a disposición del mismo para hacer posible la muerte solicitada; y del otro porque la ley misma establece una configuración heterónoma de la prestación que define por sí y ante sí el Estado mismo. Veamos.

La definición legal de la «prestación de ayuda para morir» viene fijada por el párrafo g) del art. 3. de la ley y registra dos modalidades, según la primera la administración competente (en el

caso la autonómica) procede inmediatamente, mediante la intervención de un facultativo, a administrar al solicitante «una sustancia»; según la segunda se produce la «prescripción o suministro» por parte de la administración competente mediante la intervención del personal sanitario de una «sustancia», agregando: «de manera que esta se la pueda autoadministrar, para causar su propia muerte».

La realización de la prestación está regulada por las previsiones del art. 11 de la ley. De conformidad con ella dicha realización debe hacerse de conformidad con los protocolos que la administración competente adopte. En todo caso si el sujeto pasivo está consciente el mismo «deberá comunicar al médico responsable la modalidad en la quiere recibir la prestación» (cf. art. 11.1 *in fine*), suministrada la «sustancia» en cualquiera de ambos supuestos los profesionales sanitarios (todos y no sólo el médico) prestaran asistencia al paciente hasta que se produzca el óbito del mismo.⁷⁹

Una vez realizada la prestación el médico responsable de la intervención debe trasladar el expediente, cuyo contenido detalla el art. 12 de la ley, a la Comisión para que esta efectúe la verificación del mismo, en los términos que determina el art. 18 b) de la ley orgánica.

Cuatro observaciones merecen este conjunto de reglas:

- Primera. El paciente no goza de la facultad de escoger, de entre los muchos medios a su alcance, aquel con el que se pone fin a su existencia, dicha facultad se la reserva el Estado.
- Segunda. La regulación establece una modalidad única para proceder a la eutanasia: la muerte se produce mediante la administración de una «sustancia», que se supone los protocolos precisan, y es la propia Administración la que determina cual o cuales son estas y cuál es, en su caso, su dosificación.
- Tercera. La prestación se efectúa siempre mediante la intervención y supervisión del personal sanitario al servicio del establecimiento en el que la misma se prescribe, y se efectúa en el seno de dicho

⁷⁹ La ley habla en un caso de «*el momento de la muerte*» y en el otro del «*momento de fallecimiento*». Vide apartados 2 y 3 del art. 11 *in fine*.

establecimiento como regla, y solo como excepción en el domicilio del paciente, único punto en el que este último tiene reconocida algún grado significativo de autonomía.

- Cuarta. Cualquier intervención que comporte muerte del solicitante y no se ajuste a las previsiones citadas no se beneficia de la exención de responsabilidad penal del nuevo art. 143.5 CP (*vide* disposición final primera), incurrirá en la conducta típica descrita por el apartado cuarto del citado precepto y será sancionado de conformidad con sus previsiones.

De donde se sigue que los supuestos de eutanasia que sigan el ejemplo de los escasos precedentes conocidos, que tienen en común una autonomía radical, seguirán acarreado responsabilidad penal.

En todo caso la regulación de la prestación es clara: el propósito de esta es matar al paciente a solicitud de este, y la actuación material necesaria para ello la proporcionan los poderes públicos.

4. La objeción de conciencia

Como se ha podido ver a lo largo de la exposición la eutanasia regulada por la ley exige para su aplicación siempre y necesariamente la intervención del personal sanitario, desde el médico que recibe la primera solicitud, hasta el personal que supervisa el proceso de muerte en cualquiera de las dos modalidades que prevé el art. 3.g de la ley orgánica. La eutanasia (como el suicidio) ha sido objeto siempre de intensa polémica, tanto por razones religiosas,⁸⁰ como otras de índole filosófica, no debe sorprender, pues, que el legislador, que opera en un contexto constitucional en el que la objeción de conciencia se ha expandido desde el caso limitado del art. 30 CE a otros supuestos,⁸¹ bien que no se trata entre nosotros de un derecho fundamental y viene a exigir para su ejercicio la *interpositio legislatoris* haya optado seguir el

⁸⁰ En especial las propias de las «religiones del Libro» y no «la religión» en general.
⁸¹ *Vide*, ad exem. SSTC 53/85 FJ14, 321/94 FJ4 o 145/015 FJ 5.

precedente sentado por la legislación sobre el aborto e incorporar una regulación expresa, prevista en el art. 16 de la ley orgánica.

La objeción viene reforzada, en lo que a las profesiones sanitarias afecta, por una larga tradición, que se remonta al «juramento hipocrático»,⁸² que viene a sostener, bien una condena absoluta, bien una desconfianza profunda respecto de las prácticas eutanásicas, posición que tiene amplio respaldo en el ámbito de bioética. No parece extraño, pues, que el legislador haya efectuado su «interposición» en la forma del art. 16 de la ley orgánica. La facultad de objetar comprende a «*los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación*», no se ciñe pues al personal médico, sino que se extiende cualquier profesional sanitario, sea cual sea su cualificación profesional, en este sentido no cabe duda de que son titulares de dicho derecho el personal médico, el de enfermería y el de auxiliares clínicos, siempre que estén «*directamente implicados*». Es discutible si puede cubrir al restante personal que presta servicios que comporten dicha implicación directa y no formen parte de las categorías señaladas. En este sentido la norma peca de falta de precisión.

Como la conciencia es individual, la objeción también lo es, con el fin de dar certeza la ley exige que la objeción debe manifestarse por escrito de modo anticipado, y que las mismas constarán en un registro al efecto de proporcionar a la administración de los centros la información necesaria para garantizar la «*adecuada prestación de la ayuda para morir*». Resulta a todas luces evidente que el legislador trata de prevenir la reproducción en el caso de la eutanasia del fenómeno producido en la aplicación de la «ley Aído» según el cual hay una objeción masiva que llega a impedir la realización de la prestación en los centros públicos y obliga a las administraciones a recurrir a

82 En su texto original se puede leer: «Jamás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me soliciten, ni tomaré iniciativa alguna de este tipo». En la versión actual del Convenio de Ginebra: «Velar por el máximo respeto por la vida humana», las Guías colegiales suelen contener normas de desarrollo más detalladas. No les faltaba razón a los críticos que en el debate parlamentario apuntaron que la eutanasia no es compatible con la ética médica, se supone que el sentido de la misma es curar.

convenios con clínicas privadas para poder satisfacer la demanda de aquella prestación.

Otra cosa es que la regulación tenga alguna posibilidad significativa de ser eficaz en el sentido apuntado. Por de pronto se sigue cometiendo el mismo error que ya se cometió en el pasado: el registro comprenderá no el personal que está dispuesto a aceptar la «prestación de la ayuda para morir», que es la información que se necesita para poder prestar el servicio, sino el que no desea prestarlo por razones de conciencia, sean estas religiosas o seculares. Los críticos con el sistema han hablado de estigmatización,⁸³ como hemos visto, pero no han precisado que ese riesgo existe por el mero hecho del registro sea cual sea la configuración del mismo. Además, como los profesionales afectados pueden cambiar de opinión no es posible evitar movimientos en el registro, y, consiguientemente, la mengua de su utilidad para el fin que se desea obtener, si se trata de evitar, como parece, de hacer efectivo el principio «el personal puede objetar, el hospital no» la verdad es que la de un registro de objetores de contenido variable no es una solución muy eficiente. Los inconvenientes que siguen de instrumentar medidas divisivas.

VI. La hipocresía es el homenaje que el vicio rinde a la virtud

Escribió en su día un conocido moralista francés, observación que me parece pertinente después de leer el enunciado que la Ponencia de la Comisión de Justicia del Congreso dio a la adicional primera de la ley. Dicho enunciado reza así:

La muerte como consecuencia de la prestación de ayuda para morir tendrá la consideración legal de muerte natural a todos los efectos, independientemente de la codificación realizada en la misma.

⁸³ Por esa razón el precepto señala la confidencialidad del registro y su sometimiento al régimen de protección de datos, previsión esta última que, dada la permisividad del régimen vigente respecto del acceso a datos personales por parte de las administraciones públicas, no es precisamente un refuerzo de la confidencialidad.

Es claro el intento de asimilar el fallecimiento que se produce a causa de la administración de una sustancia tóxica por parte del personal sanitario del centro habilitado para ello, al que produce por causas naturales, de tal modo que, en virtud de la adicional primera, la consideración legal de la muerte causada por un envenenamiento regulado y autorizado por el Estado a solicitud del fallecido recibe un trato legal idéntico al que se otorga a los casos en los que la persona fallece, pongamos por caso, a consecuencia de una crisis cardíaca, una septicemia o un cáncer terminal, o, sencillamente, por agostamiento. La naturaleza vergonzante de una disposición así es a todas luces evidente : el Legislador trata de ocultar que el Estado ha matado a un ciudadano, a su solicitud, porque España deviene un país en que tal cosa es factible y, al efecto de dejar de ese hecho el rastro más reducido posible se recurre a un «como si», esto es a una ficción cuya función primaria es nublar en conocimiento público de aquellos casos y, de paso, eximir de cualquier clase de responsabilidad civil o administrativa a los administradores del tóxico correspondiente: el envenenamiento se disfraza de enfermedad. Una manifestación de «mala conciencia» adoptada por el Legislador e inscrita en el BOE que revela la profunda seguridad que aquel tiene en la corrección, ética y jurídica, de la normativa que ha instrumentado.

Por ende, resulta que la previsión apenas tiene consecuencias jurídicas reseñables, fuera de las apuntadas, por lo que no se acaba de percibir muy bien cual sea su utilidad, fuera de confirmar el viejo adagio que reza «*excusatio non petita, accusatio manifesta*». Sin duda la inteligencia del Legislador, sabio y prudente, y sus razones, son tan potentes, que escapan a la limitada comprensión de quien esto escribe.

VII. Pero ¿puede el Estado matar (legítimamente) al peticionario?

Como se ha podido ver a lo largo del debate parlamentario de la ley el propósito confeso del legislador ha sido el de generar un nuevo derecho público subjetivo, parece llegado el momento de considerar si

tan noble pretensión ha sido efectivamente satisfecha por el régimen jurídico establecido por la ley. Sin ánimo de agotar el tema me parece que la cuestión puede enfocarse al menos desde dos puntos de vista: de un lado si el régimen establecido responde efectivamente al concepto mismo de «derecho subjetivo», y del otro si afectando como afecta a bienes constitucionalmente protegidos mediante derecho fundamental la regulación establecida puede entenderse como compatible con tal instituto jurídico.

1. *¿Configura la ley orgánica un derecho subjetivo?*

A riesgo de incurrir en obviedades conviene precisar aquí que un derecho subjetivo es un instituto jurídico creado por normas de Derecho Objetivo (sean estas de Derecho escrito o no escrito) que se establece para proteger intereses determinados a cuyo efecto se articula un haz de facultades mediante cuyo ejercicio puede el titular del derecho por sí mismo imponer a terceras personas obligaciones de hacer y deberes de abstención. Para que efectivamente el régimen previsto por la ley orgánica respondiera a ese standard sería preciso que el titular, y solo el titular del derecho, pudiera hacer uso de las mentadas facultades, que su sola voluntad fuera condición necesaria y suficiente para que, ejercidas estas, se impusieran a terceras personas obligaciones de un signo u otro y que ese ejercicio no estuviera sometido a control o supervisión fuera del caso de concurso de derechos. Pues bien, el sistema establecido por la ley no se corresponde con ese standard.

Es cierto que dicho sistema si cumple un componente esencial de ese standard: sin la voluntad del titular no es posible activar el procedimiento, ni, por ello, ejercer las facultades correspondientes, pero ello sólo se da en el supuesto ordinario, porque ese requisito primario no concurre en el supuesto previsto en los arts. 5.2 y 6.4 de la ley, ya que en este caso es al médico al que corresponde esa acción inicial. Fuera de ese supuesto la solicitud está reservada al titular. Pero a partir de ese momento las cosas comienzan a cambiar. Como hemos

visto la solicitud es examinada con la intervención de un médico en el proceso deliberativo, y concluido el cual el médico puede denegar la continuación del procedimiento, en cuyo caso cabe reclamación ante la Comisión, que puede acordar o denegar la «ayuda para morir», lo que daría paso, en su caso al recurso a los Tribunales. Si en primera instancia hay aceptación se pasa al examen del «médico consultor», si la opinión de este es favorable el proceso sigue, en caso contrario se está en el supuesto anterior. Si la decisión es favorable la solicitud es examinada por la ponencia del Comisión que prevé, como vimos, el art. 10, si esta da el visto bueno finaliza la parte administrativa, si la ponencia no es capaz de emitir una decisión de consenso, o la misma es de rechazo, el asunto pasa al pleno de la Comisión. Si esta acepta hay «resolución» y la solicitud es aceptada y se puede ejecutar, en caso contrario hay que recurrir a los tribunales. En otras palabras, el recibir la «ayuda para morir» solicitada exige un mínimo de dos voluntades coincidentes con la del solicitante, y puede llegar a exigir cinco adicionales, teniendo siempre la Justicia la última palabra. En otras palabras, sin la concurrencia de la voluntad del Estado, expresada por el personal médico o, en su caso, de la de la Comisión, que tiene a su cargo el «control» no hay prestación que valga porque la solicitud no prospera. La iniciativa puede ser del titular, y ese es el elemento de autonomía, pero la «resolución» que hace factible jurídicamente la prestación es siempre heterónoma, es del Estado, que por eso se habla de «resolución». Como lo es la determinación de la prestación misma, en la que el único elemento autónomo, que no se da en todos los casos, es la elección del lugar en que efectúa el suministro de la «sustancia» que va a producir el deceso.

Como se ve el sistema seguido por la ley no es reconocible en términos de derecho subjetivo, no porque haya intervención necesaria de terceros, sino porque la voluntad coincidente de tales terceros (sean estos el personal médico o la Comisión) es constitutiva. La ley orgánica no regula un derecho o libertad nuevo por la sencilla razón que no establece ninguno, lo que regula es un homicidio piadoso a solicitud de parte, lo que regula es un «homicidio rogado».

2. ¿El sistema establecido puede entenderse compatible con la ley fundamental?

Como reza el tópicus un derecho fundamental es un instituto preordenado a la protección de un bien o unos bienes jurídicos determinados, protección que constituye su razón de ser. En el caso que tratamos esos bienes jurídicos son dos: la vida y la integridad, toda vez que no es materialmente posible efectuar una prestación que consiste en matar por motivos piadosos y a solicitud de la víctima sin lesionar su incolumidad. Empero como la lesión de la integridad física y moral es instrumental es claro que en el caso de eutanasia el bien jurídico protegido es la vida, concretamente la vida del paciente.

La prestación, como hemos visto, tiene tres formas: según la primera el Estado, personal sanitario mediante, proporciona al solicitante la «sustancia» cuyo consumo producirá la muerte solicitada; según la segunda es el Estado, personal sanitario mediante, el que por sí procede a administrar al paciente la «sustancia» que le producirá la muerte solicitada; según la tercera el Estado, personal sanitario mediante, administra al paciente la «sustancia» que le producirá la muerte por decisión de médico y en ausencia de determinación expresa del titular. Siempre es el Estado el que mata, normalmente a solicitud expresa y clara, excepcionalmente por decisión médica, en unos casos porque es el personal de SNS el que administra inmediatamente la «sustancia» que ocasionará la muerte, en otros porque ese personal proporciona al solicitante la «sustancia» que, una vez consumida, le matará. En el primer supuesto el Estado, a través del SNS, es el autor, en el segundo es, cuanto menos, cooperador necesario. El argumento básico sobre el cual se construye la tesis de la compatibilidad de la prestación prevista con la Constitución radica en una construcción según la cual se concede una prioridad absoluta al principio de libertad (el «libre desarrollo de la personalidad» en la terminología constitucional) sobre los demás principios del sistema de derechos, en este sentido la mejor exposición es, sin duda, la del senador De Lucas en la Comisión de Justicia del Senado, que en su lugar se citó. La pretensión de

crear un nuevo derecho no es sino una consecuencia de esa primacía otorgada al principio de libertad en el sistema de derechos. La lectura del último párrafo de la primera parte de la exposición de motivos lo deja bien claro: en la ponderación la vida cede ante otros bienes cuya raíz es la libertad.

Consecuencia necesaria de la tesis de la primacía del valor «libertad» es que el titular del derecho fundamental de que se trate tiene plena capacidad de disposición sobre el mismo, siendo el presente un puro caso de aplicación, que la exposición de motivos formula en términos negativos: no existe el deber constitucional de conservar y, en su caso, ejercer un derecho fundamental, y, por ello, no puede existir el de conservar siempre el bien jurídico que un derecho fundamental protege:

toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa.

Dejando de lado que la señalada es una tesis que presupone un individualismo radical, es preciso examinar, siquiera sea sumariamente, si una doctrina así es compatible con el sistema constitucional de derechos. Mi opinión, discutible como mía, es que no. Brevemente me limito a señalar aquí cuatro razones:

- Primera. El sistema de derechos de la Constitución concibe los distintos derechos como especificaciones de un principio primario: el de dignidad (no en vano el que preside el enunciado del art. 10.1. CE), es decir concibe los derechos fundamentales como derechos humanos, y no como puros institutos de protección de la privacidad y la autonomía de la sociedad civil al modo veteroliberal, no son meras «clausulas denegatorias de competencia». En este punto la Constitución es claramente kantiana. Ahora bien, por naturaleza los derechos humanos son universales precisamente porque lo son, si se admitiera que el titular de un derecho puede renunciar a él, siquiera sea puntualmente, implicaría la destrucción de esa universalidad: desde el momento en que hay un miembro de la especie que deja

de ser titular, aun transitorio, del derecho de que se trate el derecho en cuestión deja de ser universal y, con ello, deja de ser un «derecho del hombre». Aquí la tesis, bien conocida, de Ferrajoli me parece incontestable.

- Segunda. Los derechos fundamentales son, pues, indisponibles, tienen prioridad lógica y ontológica sobre el principio de libertad. En consecuencia, aquellos actos de sus titulares que impliquen la disponibilidad carecen de la posibilidad de legitimidad constitucional: un ciudadano no puede firmar válidamente un contrato de trabajo que incluya una cláusula de no sindicación, o de no ejercicio del derecho de sufragio a favor de candidaturas determinadas, o de renuncia a manifestar públicamente algunas de sus opiniones, o imitar el personaje del film de Fernán Gómez que firma uno de esclavitud voluntaria. Y el derecho a la vida no es una excepción.
- Tercera. Como la vida es el presupuesto necesario de la titularidad y posibilidad de ejercicio de los demás derechos fundamentales, en la terminología de la jurisprudencia constitucional es el «*presupuesto lógico y ontológico*», carece de sentido invocar alguna clase de primacía de la libertad frente a la vida: es esta última la que es presupuesto de la primera, no se puede invocar el «*libre desarrollo de la personalidad*» frente a la posición primaria del derecho a la vida porque sin esta no hay ni «personalidad», ni «libre desarrollo» alguno. En este sentido el «derecho a la vida» exige un respeto poco menos que incondicional. Invocar el rol de la libertad como «valor superior», como hace la exposición de motivos, al efecto de justificar la reglamentación que la ley orgánica establece, o invocar la libertad de conciencia o el derecho a la intimidad al efecto de efectuar una ponderación que les dé prioridad absoluta frente al derecho a la vida, es un sinsentido porque la titularidad de tales derechos presupone la intangibilidad de la vida. Y, por cierto, vulnera el principio hermenéutico de concordancia práctica, que exige que debe preferirse sistemáticamente en caso de concurso

de derechos fundamentales aquella solución que permita que, en el caso, todos los derechos constitucionales en concurso tengan la mayor eficacia posible.

- Cuarta. El art. 10.1. CE estatuye que los derechos fundamentales son el «*fundamento del orden político y de la paz social*», por ello la disponibilidad de los derechos fundamentales no puede entenderse compatible con la Constitución, ya que la misma supone que cada uno de sus titulares puede disponer como desee de aquellos derechos de los que sea titular y si ello fuere así ni los derechos fundamentales constituirían un sistema ni el conjunto de los mismos podría ser el «*fundamento*» de nada, y aun menos del orden vinculante de convivencia, porque de eso se trata. Los derechos fundamentales son de orden público porque son el componente central de ese «orden público».

En último análisis es precisamente la negativa a admitir que la Constitución contenga un «orden vinculante de convivencia» lo que hace explicable la popularidad de la tesis de la disponibilidad de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales como objeto de propiedad.

3. Sentada la naturaleza del régimen establecido ¿puede entenderse compatible con el art. 2. CEDH?

La cuestión es importante no sólo porque el CEDH es uno de los tratados internacionales ratificados por España, y, en consecuencia, en caso de conflicto prevalece frente a las normas internas de cualquier rango (cf.art. 96.1 CE), sino también porque es uno de esos tratados que el art. 10.2 CE convierte en instrumento de recurso necesario cuando de fijar el sentido y alcance de los derechos fundamentales constitucionalmente previstos se trate. El Convenio contempla el derecho a la vida en el art. 2.1: «El derecho a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente».

No obstante lo cual el propio precepto señala cuatro excepciones: primera, cuando se trate de una sanción penal impuesta en razón de condena (art. 2.1.in *fine*); segunda, cuando la muerte se inflige en legítima defensa (*en defensa de una persona contra una agresión ilegítima*, art. 2.2 a); tercera, para «*detener*» a una persona de conformidad con el Derecho, o impedir la evasión de un detenido o un preso que lo sean de acuerdo con el procedimiento debido (art. 2.2 b),cuarta, cuando se trate de reprimir legalmente un fenómeno insurreccional (art. 2.2 c). Y no hay otra excepción adicional.

La doctrina fijada al efecto por la jurisprudencia del TEDH, y de la que se hace eco la de nuestro Tribunal Constitucional, insiste reiteradamente en que el derecho a la vida del art. 2.CEDH impone al Estado obligaciones positivas de protección de la misma,⁸⁴ y que la naturaleza misma de la vida humana singular, como presupuesto de la titularidad y ejercicio de todos los derechos impide entender que el derecho a la vida pueda ser entendido como un «*derecho de libertad*», que ampare el de disponer de la propia vida.⁸⁵ En la jurisprudencia del TEDH el caso de referencia viene siendo *Pretty vs. UK (2002)*, en el que la demanda sostenía que el derecho a la vida del art. 2.1 CEDH implicaba el derecho individual a disponer de la propia existencia, a lo que el Tribunal respondía que dicha tesis no podía sostenerse sin una «*distorsión de lenguaje*» y que, en consecuencia, no era posible deducir del art. 2. CEDH un derecho a morir, bien fuere con participación de tercero, o con asistencia de una entidad pública.

No obstante, el TEDH ha tenido que acomodarse al dato según el cual algunos Estados miembros del Convenio han venido a admitir en su legislación interna alguna forma de suicidio asistido, lo que, a juicio del Tribunal, impone a este una obligación de reconocer a los Estados un margen de decisión mayor. Ese es el caso de *Haas vs. Suiza (2011)*,

⁸⁴ Por citar dos casos recientes vide *Fernandez de Oliveira vs. Portugal (2019)* o *Raznatovic vs Montenegro (2021)*

⁸⁵ Por todas vide SSTC 53/85 FJ 7., 120/90 FJ 7, y 137/90 FJ 7.

Koch vs. Alemania (2012), *Gross vs. Suiza (2013 y 2014)*.⁸⁶ Distinto es el supuesto de hecho de *Lambert et alii vs. Francia (2015)* porque el mismo se refiere a un caso de encarnizamiento terapéutico, en tanto que en *Nicklimson y Lamb vs. UK (2015)* el Tribunal declara inadmisibile la pretensión de que el Estado tenga el deber, impuesto por el art. 2 CEDH. de regular bien sea el suicidio asistido, bien sea la eutanasia.

Vistas así las cosas no parece que la compatibilidad del sistema diseñado por la ley española de eutanasia con el Convenio de Roma sea precisamente evidente, toda vez que el sistema aquí adoptado es uno estructurado en torno a la «*asistencia de una entidad pública*», que, además, se ha configurado de tal modo que es el Estado, SNS mediante, el que, lejos del deber de protección, mata por sí mismo al peticionario. Y esa excepción en el art. 2.2 CEDH parece que no está. Lo que, además, arrastra una consecuencia de Derecho interno de enorme impacto potencial. En efecto, el art. 31 de la L.25/014, reguladora del régimen de los tratados estatuye:

Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecen sobre cualquier norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.

En otras palabras, el art. 2 CEDH es norma de aplicación preferente y primaria, y si alguna norma interna no resulta compatible con el mismo se debe inaplicar la norma nacional y, en su caso, decidir de conformidad con la norma europea. Merece señalarse que el mandato de prevalencia tiene por destinatarios a todos los poderes públicos, incluyendo al judicial, pero no afecta solo a este, afecta asimismo a

⁸⁶ Hay que hacer notar que el caso *Gross*, que es el único que cita la exposición de motivos de la ley, se refiere a un supuesto de suicidio asistido de persona que reclamaba el derecho al mismo sin que mediare enfermedad. Y que si bien en la Sección se decidió que si Suiza decidía admitir el suicidio asistido no podía dejarlo sin regulación, en el recurso ante la Gran Sala el mismo se declaró inadmisibile: la recurrente había desarrollado una estrategia de ocultamiento de su fallecimiento, que efectivamente se dio antes de que la Gran Sala tuviera ocasión de revisar la decisión de la sección. No parece un precedente muy apropiado.

cualquiera administración pública, lo que abre la puerta a la posibilidad de inaplicación generalizada de la ley orgánica.

Paradójicamente es la opción de alguna clase de suicidio asistido, que ha sido excluido por nuestra ley orgánica, la que pudiera tener algunos visos de compatibilidad con el CEDH por la vía indirecta del margen de apreciación que se debe reconocer a los Estados, de acuerdo con la jurisprudencia reciente que se acaba de señalar, esto es explorar la vía de la despenalización en supuestos determinados, aunque quien esto escribe no esté de acuerdo forzoso es reconocer que si de algo andaba sobrado el senador Martínez Urianoberrenetxea era precisamente de razón.

VIII. Bibliografía

- Arruego, Gonzalo (2019): «Los confines del derecho fundamental a la vida», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, pp. 111-137.
- Calaza Lopez, Sonia (2019): «Derechos y garantías de las personas al término de la vida», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 79, pp. 36-45.
- Comité de Bioética de España (2020, 6 de octubre): *Informe del Comité de Bioética de España sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi (2001): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- Marcos de Cano, Ana María (2019): «¿Es necesaria la regulación jurídica de la eutanasia en España?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 79, pp. 12-21.
- Navarro Valls, Rafael (2021): «La objeción de conciencia a la eutanasia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 92, pp. 8-15.
- Pascual Medrano, Amelia (2018): «La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física», *Revista española de derecho constitucional*, 114, pp. 47-72.

- Rey Martínez, Fernando (2020): «El suicidio asistido en Italia. ¿un nuevo derecho?», *Teoría y realidad constitucional*, 46, pp. 457-483.
- «¿El derecho a la vida es un derecho disponible por parte de su titular?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 79, pp. 28-35.
- Riquelme Vázquez, Pablo (2020) «Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal Alemana», *Revista de derecho político*, 1(109), pp. 295-325.
- Sobrino Heredia, José Manuel (2008): «Derecho a la vida», en Araceli Mangas Martín (dir.): *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Bilbao, Fundación BBVA, pp. 107-191.
- De la Torre Díaz, Francisco Javier (2019): «La eutanasia. Siete argumentos para pensar», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 79, pp. 22-27.