

## ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DE ESTE NÚMERO DE LA REVISTA

Para acceder a la visualización Online de este número de la revista envíe un correo electrónico a [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com) con la siguiente información:

- Código promocional oculto en esta página
- Título y número de la revista

A continuación recibirá un correo electrónico con las claves e instrucciones de acceso

Código Promocional



Rasque para visualizar

## TEORÍA & DERECHO TAMBIÉN SE VE Y SE ESCUCHA

Descargando este código puede acceder a los vídeos grabados por sus autores



No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

CONSULTE LOS NÚMEROS ANTERIORES DE LA REVISTA EN  
[teoriayderecho.tirant.com](http://teoriayderecho.tirant.com)



# teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 29/2021  
[teoriayderecho.tirant.com](http://teoriayderecho.tirant.com)

## CONSEJO EDITORIAL:

**María José Añón Roig**

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (España) (Coordinadora)*

**María Luisa Cuerda**

*Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (España)*

**Fernando Flores Giménez**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)*

**Ángel M. López y López**

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla (España)*

**Tomás S. Vives Antón**

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (España) (Director)*

## COMITÉ CIENTÍFICO:

**Ana Cañizares Laso**

*Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad de Málaga (España)*

**Jorge A. Cerdio Herrán**

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho  
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**José Ramón Cossío Díaz**

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia  
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional (México)*

**Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot**

*Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
Investigador del Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la UNAM*

**Owen Fiss**

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la  
Universidad de Yale (EEUU)*

**José Antonio García-Cruces González**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED (España)*

**Luis López Guerra**

*Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

**Marta Lorente Sariñena**

*Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

**Javier de Lucas Martín**

*Catedrático de Filosofía del Derecho y  
Filosofía Política de la Universidad de Valencia (España)*

**Víctor Moreno Catena**

*Catedrático de Derecho Procesal de la  
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

**Francisco Muñoz Conde**

*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)*

**Angelika Nußberger**

*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la  
Universidad de Colonia (Alemania)*

*Miembro de la Comisión de Venecia*

**Héctor Olasolo Alonso**

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario  
(Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya  
(Holanda)*

**Luciano Parejo Alfonso**

*Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

**Tomás Sala Franco**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia (España)*

**Ignacio Sancho Gargallo**

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)  
del Tribunal Supremo de España*

**Ruth Zimmerling**

*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz  
(Alemania)*

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba  
Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

Corrector ortotipográfico y de estilo: Pablo Miravet Bergón

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es); [teoria@tirant.com](mailto:teoria@tirant.com). Sitios web: <http://teoriayderecho.tirant.com>

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)

<http://www.tirant.com>

ISSN (impreso): 1888-3443

ISSN (online): 2695-6594

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Imprime: Guada Impresores, S.L.

Maqueta: Tink Factoría de Color



# SUMARIO

## DEBATE

### Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia, a debate

Presentación .....	10
<i>Javier de Lucas</i>	
La eutanasia en la vida humana y en España .....	16
<i>Javier Sádbaba</i>	
La eutanasia como derecho fundamental .....	24
<i>Miguel Ángel Presno Linera</i>	
Ley de la eutanasia: una ley emanada de la dignidad .....	46
<i>Juan Carlos Carbonell Mateu</i>	
Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España .....	72
<i>Carmen Juanatey Dorado</i>	
La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: valoración global y primeras dudas interpretativas .....	98
<i>Carmen Tomás-Valiente Lanuza</i>	
¿Existe un derecho a la eutanasia? Panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de la eutanasia de nuestro país .....	128
<i>Ana María Marcos del Cano</i>	
Avanzando en derechos. Por fin Ley de eutanasia .....	152
<i>Carlos Barra Galán</i>	
Reflexiones éticas y médicas sobre la eutanasia y su regulación .....	168
<i>Dra. Amparo Gisbert Aguilar</i>	

## ESTUDIOS

Los derechos como objeto de análisis: entre la filosofía y la sociología .....	186
<i>Francisco Javier Ansuátegui Roig</i>	
El jurado y la legitimación del enjuiciamiento criminal .....	212
<i>Luciano Varela</i>	
Sobre inteligencia artificial, decisiones judiciales y vacíos de argumentación .....	248
<i>Dyango Bonsignore Fouquet</i>	

## TEMAS DE HOY

<i>Concordia discors</i> . Una interpretación sobre los indultos a los políticos catalanes en prisión....	280
<i>Javier de Lucas</i>	

## VARIA

<i>Nosotros que quisimos tanto a Atticus Finch. De las raíces del supremacismo, al Black Lives Matter</i> , de Javier de Lucas .....	294
<i>Cristina García Pascual</i>	

# SUMMARY

## DEBATE

### Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia, a debate

Presentation .....	10
<i>Javier de Lucas</i>	
Euthanasia in the human life and in Spain .....	16
<i>Javier Sádaba</i>	
Euthanasia as a Fundamental Right.....	24
<i>Miguel Ángel Presno Linera</i>	
The Euthanasia Act: a Law Founded on Dignity.....	46
<i>Juan Carlos Carbonell Mateu</i>	
On the Regulation of Voluntary Euthanasia in Spain.....	72
<i>Carmen Juanatey Dorado</i>	
The Euthanasia Regulation: a Global Assessment and First Interpretative Difficulties ....	98
<i>Carmen Tomás-Valiente Lanuza</i>	
Is There a Right to Euthanasia? International Scene and Assessment of the Spanish Law on Euthanasia.....	128
<i>Ana María Marcos Del Cano</i>	
Advancing in Rights. At Last, an Act on Euthanasia .....	152
<i>Carlos Barra Galán</i>	
Ethical and Medical Reflections on the Euthanasia and its Regulation.....	168
<i>Amparo Gisbert Aguilar</i>	

## STUDIES

Rights as an Object of Analysis: Between Philosophy and Sociology.....	186
<i>Francisco Javier Ansuátegui Roig</i>	
The Jury and the Legitimization of Criminal Procedure.....	212
<i>Luciano Varela</i>	
On Artificial Intelligence, Judicial Decisions and Argumentation Voids.....	248
<i>Dyango Bonsignore Fouquet</i>	

## TEMAS DE HOY

<i>Concordia discors</i> . Una interpretación sobre los indultos a los políticos catalanes en prisión....	280
<i>Javier de Lucas</i>	

## VARIA

<i>Nosotros que quisimos tanto a Atticus Finch</i> . De las raíces del supremacismo, al Black Lives Matter, de Javier de Lucas .....	294
<i>Cristina García Pascual</i>	



# DEBATE

## Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia, a debate

Presentación

*Javier de Lucas*

La eutanasia en la vida humana y en España

*Javier Sádbala*

La eutanasia como derecho fundamental

*Miguel Ángel Presno Linera*

Ley de la eutanasia: una ley emanada de la dignidad

*Juan Carlos Carbonell Mateu*

Sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia voluntaria en España

*Carmen Juanatey Dorado*

La Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia: valoración global y primeras dudas interpretativas

*Carmen Tomás-Valiente Lanuza*

¿Existe un derecho a la eutanasia? Panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de Eutanasia de nuestro país

*Ana María Marcos del Cano*

Avanzando en derechos. Por fin Ley de eutanasia

*Carlos Barra Galán*

Reflexiones éticas y médicas sobre la eutanasia y su regulación

*Amparo Gisbert Aguilar*



# PRESENTACIÓN

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho  
(Universitat de València)  
Senador

Sin duda, una de las normas más significativas de la XIV legislatura en la que nos encontramos es la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia. Es obvio que se trata de una cuestión que suscita un considerable debate, no solo social o político, sino también jurídico, doctrinal. Por eso me pareció plenamente justificada la decisión del Consejo de la Revista *Teoría & Derecho* de dedicarle un dossier en el primer número de 2021, cuya responsabilidad asumí con mucho gusto.

En la preparación del dossier cursamos invitación a un buen número de colegas con el objetivo de presentar un análisis no solo riguroso, sino también multidisciplinar y asimismo suficientemente plural. No todos ellos accedieron a participar, pero creo que se puede decir que todos los que están son. Esto es, todos los que escriben en esta sección se encuentran entre los más reconocidos especialistas en el debate sobre la eutanasia y ofrecen análisis diferentes y, en algunos casos, enfrentados. Esto permitirá al lector disponer de una visión suficientemente amplia de los distintos argumentos en liza, que no son sólo de orden médico, jurídicopenal o constitucional, sino también filosófico-jurídicos, éticos y aun estrictamente filosóficos.

La perspectiva filosófica que aborda el profesor Sádaba, autor de libros muy reconocidos como *Saber vivir*, insiste en la necesidad de evitar la desconexión entre vida y muerte, puesto que esta no es sino la continuidad de aquella. La patologización de la eutanasia tiene a su juicio mucho que ver con el error de no saber situarse ante la muerte, mi muerte, que implica también la decisión de morir. No es exactamente coincidente la mirada iusfilosófica que traduce la profesora Marcos, autora de varias monografías y ensayos centrados sobre todo en esa perspectiva de filosofía práctica en la que coinciden la filosofía jurídica, la moral y la política y que lleva a cabo un minucioso examen crítico de la ley y del supuesto derecho a morir. La dimensión jurídica, con una muy directa referencia a la LO 3/2021, pero también al Derecho comparado y en concreto a la jurisprudencia constitucional más reciente de Italia y Alemania, centra los análisis de los profesores Carbonell, Juanatey y Tomás (cuyas publicaciones sobre la eutanasia son muy conocidas) y que, como se verá, difieren en su valoración de la ley y en las perspectivas desde las que abordan el fundamento de la legalización de la eutanasia voluntaria y la reforma del artículo 143 del Código Penal, la exigencia de que la ayuda para morir deba realizarse en un contexto sanitario, bajo la dirección y coordinación de un médico; el estado de enfermedad y los requisitos personales de quien solicita la ayuda para morir; los controles dirigidos a garantizar la adecuación de la prestación; o la previsión de la objeción de conciencia a la eutanasia, etc. Miguel Ángel Presno, catedrático de la Universidad de Oviedo, lleva a cabo un estudio de la dimensión

constitucional del derecho a la eutanasia como un derecho fundamental que no se opone al derecho a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución española de 1978. Finalmente, los doctores Barra y Gisbert llevan a cabo un examen y toma de posición desde el punto de vista de la ética médica, una perspectiva evidentemente necesaria y en la que no es nada difícil advertir matices y aun tesis contrapuestas.

Por mi parte, debo reconocer que me encuentro doblemente implicado en este debate. Durante muchos años, como profesor de filosofía del Derecho y también de derechos humanos, he tenido oportunidad de leer, estudiar e incluso publicar algunas reflexiones en torno a las prácticas eutanásicas y aun al reconocimiento a las mismas de un determinado estatus deóntico —¿una libertad, un derecho, incluso fundamental?—, más allá de las viejas taxonomías centradas en un concepto tan amplio como el de derecho subjetivo. Pero he tenido también el honor de que el grupo parlamentario socialista en el Senado me confiase, junto a otros dos compañeros, los senadores Carmona y Oleaga, la tarea parlamentaria de actuar como ponente de este proyecto de ley. Ambas condiciones me impulsan a no detenerme en una exposición meramente formal del dossier, que, en todo caso, cumplo gustosamente.

Creo, en efecto, que esta ley, que sin duda no es perfecta —ninguna lo es—, constituye un hito. Supone regular el ejercicio del derecho a la asistencia médica para morir, la eutanasia, como un derecho individual y gratuito, incluido en la cartera común de prestaciones del Servicio Nacional de Salud, supervisado y realizado por los profesionales sanitarios, con todas las garantías para que se respeten los derechos de cuantos se ven implicados en su puesta en práctica: quien debe decidir, su familia y el personal sanitario.

La filosofía de esta ley, a mi juicio, es la propia de una política que toma en serio la democracia y que muchos de nosotros entendemos como una política de laicidad. Es decir, una política basada en el respeto a la igual libertad de todos, en la que los ciudadanos son tratados como mayores de edad, dueños de sus decisiones, sin sometimiento a tuteladas de poderes ajenos. Una política gracias a la cual —como he intentado explicar durante cuarenta años en las clases en la Facultad de Derecho— todos los ciudadanos somos igualmente reconocidos como soberanos, señores del Derecho y no mero objeto de las leyes, esto es, súbditos de quienes tienen el poder real. Porque que se nos reconozca como soberanos quiere decir que somos dueños de nuestro propio destino, y seres no tutelados por iglesias, élites económicas o grupos de interés. Ciudadanos, pues, que solo se someten a las leyes y ello para poder ser libres, como argumentó ese ferviente republicano que fue Cicerón. Sí: aunque no estemos acostumbrados a que nos lo digan así, los ciudadanos debemos ser conscientes de que somos los verdaderos dueños de las leyes y, al tiempo, hemos decidido someternos a ellas porque expresan el acuerdo mayoritario de la libre voluntad de todos, con los límites de evitar la vulneración de los derechos de nadie, de no admitir privilegios de clase, de sexo, raza o ningún otro tipo que supongan discriminación. Por eso preferimos la democracia, porque es el régimen que propicia una vida en común que aspire esa finalidad: que todos y cada uno, insisto, podamos ser igualmente dueños de nuestro destino. Y no hay expresión mayor de esa igual libertad

que poder aspirar a decidir por nosotros mismos sobre nuestra vida. También en ese momento decisivo de la vida que es la muerte.

Estoy convencido de que la mayor parte de quienes defendemos la eutanasia como tal derecho lo hacemos porque sostenemos firmemente que la libertad es el mayor de los bienes y porque tomamos muy en serio el derecho a la vida, un derecho que no es una obligación. Un derecho de cuyo contenido debe poder formar parte de la capacidad de decidir cuándo quiero poner fin a mi vida, para que esta no se convierta en una situación de falta de dignidad, en un *daño* a mi libertad y a mi dignidad, como argumentaron ante el Tribunal Supremo de los EE.UU. como *amici curiae* en 1997, en el caso *Glucksberg*, seis de los más reconocidos filósofos norteamericanos en su famoso *Philosopher's Brief*: y en el que razonaron que, contra lo que a veces se argumenta, esto es, que la prestación por un médico de la asistencia para anticipar la muerte es contraria al juramento hipocrático pues causa un daño, la pérdida de la vida, se trata precisamente de evitar el daño que supone mantener a una persona contra su voluntad en una situación de falta de dignidad, contraria a su autonomía de voluntad. Porque no creemos que la vida sea un deber que se nos impone, sino un bien tan propio, tan personalísimo, que hay que aceptar que solo cada uno tenga el genuino derecho a decidir dejarla. Así lo dejó escrito nuestro Séneca: no se trata de huir de la vida, sino de saber dejarla de modo digno. Ese es el objeto de esta ley, poner al alcance de todos los que lo necesiten y así lo decidan, un derecho personalísimo e igual para todos: el derecho a poder escoger una muerte que evite el daño a la dignidad de la vida que es verse sometido a un proceso degradante de crueles e insoportables sufrimientos. La ley no impone la eutanasia a ninguna persona —menos aún, a ningún grupo de personas—. Porque nosotros, los que impulsamos esta ley, no creemos que haya vidas indignas: nosotros estamos convencidos de que lo indigno es tener que someterse a padecimientos crueles, terribles, en los que se pierde tal dignidad.

Lógicamente, podemos discrepar en torno a las condiciones y procedimientos de ejercicio del derecho a tener una muerte que no suponga acabar con nuestra dignidad. La verdadera línea divisoria en torno a esta ley no es ese debate técnico. En el Senado se han logrado algunos acuerdos entre los diferentes grupos parlamentarios para introducir mejoras en las condiciones y procedimientos de su ejercicio. Pero el verdadero debate es el que tuvo lugar frente a los intentos de vetar esta ley, porque ahí se pudo verificar el test de la libertad frente a quienes no se la quitan de su boca, pero luego no quieren reconocer el derecho de todos a ejercerla sin tutelas. Porque no basta con proclamarse adalides de la libertad: para serlo, hay que creer en serio que es un bien superior que debe estar al alcance de todos, de todos por igual, sin privilegios de posición social o recursos económicos. Por eso, un socialista como Prieto podía proclamar que lo era, precisamente por tomar en serio ser liberal: porque quería que los derechos y libertades lo fueran de todos, y no, como siempre, el privilegio de unos pocos en unas sociedades profundamente desiguales. El objeto de esta ley, insisto, es ofrecer a todos por igual un derecho, no un privilegio como ha sucedido hasta ahora, al alcance de unos pocos que podían permitirse desplazarse a otro país, comprar su práctica clandestina o lograr esa muerte deseada gracias a la piedad y a la

audacia de quienes se atrevían a arriesgar una sanción penal, reconozcámoslo, las más de las veces por piedad ante su sufrimiento.

En mi intervención en el pleno del Senado, recordé la oración con la que el gran poeta R. M. Rilke pide a Dios que le conceda una «muerte propia», en los versos imperecederos de su *Libro de las horas*:

«Señor, da a cada uno su muerte propia / el morir que brota de su vida, / en la que hubo amor, sentido y necesidad, / pues sólo somos corteza y hoja / y la muerte que cada uno lleva en sí es el fruto en torno al cual todo gravita».

Es la muerte que todos deseamos. Una muerte que sea coherente con la dignidad de la vida. El derecho que esta ley propone reconocer trata de hacer posible que prolongados y crueles sufrimientos no nos roben a nadie ese último gesto de dignidad.



# LA EUTANASIA EN LA VIDA HUMANA Y EN ESPAÑA *EUTHANASIA IN THE HUMAN LIFE AND IN SPAIN*

Javier Sádaba

Catedrático honorario de Ética  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

Frente a la negativa del *Corpus hippocraticum* a la ayuda a morir, tanto Platón como los estoicos consideraron natural la eutanasia. A las puertas de su posible legalización en España, el artículo clarifica los principales conceptos de este antiguo debate y sitúa la llamada «muerte digna» en el seno de las preocupaciones propias de la vida humana (de los seres humanos que llegamos a la vida sin pedirlo expresamente). Las razones aportadas presentan la eutanasia como una aspiración legítima y coherente no solo con la libertad y el respeto a la propia imagen, sino también como un hecho que encaja en la lógica sobre la que se decide en el campo de la medicina y la moral: la evitación de ese dolor que, cuando va más allá del cuerpo, llamamos sufrimiento. A este respecto se resitúan las distintas referencias del debate actual sobre la eutanasia, desde la injustificada dureza del vigente Código Penal, a las posibilidades del testamento vital, desde los cuidados paliativos al significado de la voluntad libre, desde una opinión pública favorable a su regulación a la necesidad de un compromiso que nos atañe a todos.

## PALABRAS CLAVE

Eutanasia, dolor, muerte digna, libertad individual.

## ABSTRACT

In contrast to the *Corpus hippocraticum*, both Plato and the Stoics considered euthanasia something natural. On the verge of its possible legalization in Spain, the author clarifies the main concepts of this ancient debate around the right to die with dignity within the concerns of the human life (of human beings who come to life without asking for it). According to the reasons and arguments provided euthanasia is as a legitimate and coherent aspiration not only with freedom and respect for one's own image but also as a fact that fits into the logic on which it is decided in the field of medicine and morality: the avoidance of that pain that when it goes beyond the body is called *suffering*. In this regard, the different references of the current debate on euthanasia are repositioned, from the unjustified harshness of the current Penal Code, to the possibilities of the living will, from palliative care to the meaning of free will, from a public opinion favorable to its regulation to the need for a commitment that concerns us all.

## KEY WORDS

Euthanasia, pain, the right to die with dignity, individual freedom.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.001](https://doi.org/10.36151/td.2021.001)

# LA EUTANASIA EN LA VIDA HUMANA Y EN ESPAÑA

Javier Sádaba

Catedrático honorario de Ética  
Universidad Autónoma de Madrid

La exposición costará de tres partes. En la primera contextualizaré lo que voy a decir. En la segunda me referiré a la eutanasia en cuanto tal. Y en la tercera me centraré en los aspectos favorables o desfavorables respecto a una pronta legalización de la eutanasia en España. Antes de entrar en las tres partes reseñadas, me gustaría recordar algunos conceptos que, aunque generalmente bien conocidos, nos vendrán bien para comprender lo que diré más abajo. Como los teólogos cristianos, por tanto, comencemos por las nociones más básicas. Yo hablaré en todo momento de eutanasia y no de muerte digna. Esta última expresión hace referencia a la ortotanasia, concepto de origen más bien religioso y excesivamente amplio. Si nos atenemos a esa amplitud, hay que decir que morir dignamente significa respetar la libertad del individuo al final de su vida. El uso de la expresión en su sentido más restrictivo se apoyó en determinados textos del *Corpus hippocraticum* en los que se dice explícitamente que no debe ayudarse al enfermo a morir. Hay que añadir inmediatamente que muchos médicos no siguieron al maestro Hipócrates, fundador de la medicina, y que algunos filósofos —es el caso de Platón o los estoicos— contemplaron como algo natural que uno acelere su muerte si la situación lo requiere. Y esto nos lleva directamente a la eutanasia o «buena muerte», que es el significado etimológico del término. Parece que fue Suetonio quien la utilizó por primera vez. Ya en la modernidad, la cuestión reaparece con Bacon y Tomás Moro. En la actualidad ha adquirido carta de naturaleza en 1935 con Arthur Koestler y en 1974 con un manifiesto de personas relevantes en el campo de la ciencia. A ello hay que sumar una serie de casos conflictivos, sobre todo el de la norteamericana Karen Quinlan, que conmocionaron la opinión mundial. Dejando de lado la etimología, por eutanasia se entiende en nuestros días la decisión libre de que a uno le quiten la vida si se dan las siguientes condiciones: intenso dolor o sufrimiento, enfermedad irreversible cercana a la muerte y carencia de alternativa alguna; hoy se discute si entre tales condiciones habría que incluir el cansancio vital. Además de lo dicho, para ser tal la eutanasia debe estar claramente regulada. En los Países Bajos, el primer y único Estado en el mundo en el que la eutanasia está regulada con nitidez, puede castigarse a quien la ejecute sin atenerse a las normas establecidas con 12 años de cárcel. Esto es la eutanasia, y no las distorsionadas

imágenes provenientes de aberrantes hechos, entre los que destaca, para su desgracia, el nazismo, o una hipereugenesia que desechara todo lo humano deforme.

Lo expuesto es un simple recordatorio de lo que es la eutanasia y que debería pertenecer a la cultura general. Pero si no queremos hacer un análisis aislado, hemos de contextualizarla. De esta manera, entenderemos mejor de qué estamos hablando, al menos en nuestro ámbito cultural. Frente a la vieja idea de que existe la vida y después la muerte, lo cierto es que ambas van juntas, que la muerte es la sombra de la vida, que nacemos muriendo y que, por tanto, somos vida-muerte. Por otro lado, y esto es decisivo, solo que se necesita forzar un tanto la imaginación e ir a la otra cara de las cosas, supongamos que, antes de venir a la existencia —y fuera, en consecuencia, pura posibilidad—, uno pudiera decidir o pedir a quien fuere venir o no a este mundo. Hay casos extremos en los que, sin velo alguno de cómo viviríamos, diríamos que sí o que no. Es altamente probable que quienes estuvieran afectados por una grave enfermedad se negarían, mientras que los que estuvieran llamados a gozar de una excelente existencia se sentirían inclinados a dicho gozo. Pues bien, si, con velo que tape mi real existencia me lo preguntaran, dudo mucho, y me hago portador de la media, de que me interesara aterrizar en la tierra, pasar de la potencia a la existencia. ¿Por qué? Porque si somos un suspiro entre dos nada, como dejó escrito el sabio Simónides, y sin entrar en los que profesan una determinada fe, la vida está llena de frustraciones porque importantes deseos no se cumplen, porque las enfermedades nos atenazan y porque la muerte de los seres queridos y la nuestra es un trauma total. Que existan bienes no se niega, y luego volveremos sobre ello, solo que lo que impera es el escaso tiempo que habitamos la tierra, los muchos males que nos aquejan y la cesación total. Una broma macabra. Pero es preciso bajar de lo imaginable y deseable. Y una vez que existimos, sean cuales fueren las causas, nuestra tarea consiste en vivir lo mejor posible. No hay más remedio que partir del hecho de estar vivos, aunque se nos haya dado la vida sin nuestro permiso. La cuestión suele plantearse en estos términos: ¿tiene o no sentido la vida? Tal vez habría que plantearlo de este modo para evitar quisquillosas distinciones lingüísticas sobre si merece la pena o no vivir. Y ahí se instala, como mínimo, la duda.

Partamos, por tanto, del hecho de que existimos. Y es que la existencia no es un don o un regalo, sino un hecho o dato fruto de la evolución. Hemos llegado al *Homo sapiens*, por el momento, desde las bacterias, las arqueas y las eucariotas. Lo olvidamos con frecuencia y, o bien pensamos, explícita o implícitamente, que provenimos de lo alto, o bien que crecemos desde abajo diseñados de modo inteligente. La existencia, constitutivamente y en principio, no es como un intervalo de tiempo con un inicio y un fin ni un segmento que no tiene final —como en las religiones que contemplan la hipótesis de la inmortalidad— ni un círculo —como en la rueda de las reencarnaciones de la sabiduría hindú—. Por el contrario, la existencia es un semicírculo que alcanza el punto máximo hasta bajar y desaparecer. En términos generales, llamamos juventud, madurez y vejez a las tres partes del semicírculo. Un filósofo ya olvidado y sumamente inteligente, M. Scheler, describió cómo va cambiando la noción del tiempo a medida que desciende el semicírculo. Se va acortando hasta que nada queda. Es ese el proceso vital que, con excesiva frecuencia, es precedido por la tortura de la agonía. Añadamos que los últimos avances y las previsiones

en inteligencia artificial y en la biología sintética, entre otros desarrollos de la ingeniería y la biología, pueden hacer que la curva se alargue tanto que los sueños de inmortalidad se aproximen a la realidad. En este caso, pasaríamos del *Homo sapiens* a otro ser distinto y superior. Semejante salto podría alegrar a unos y asustar a otros. Lo sensato es estar abierto a lo nuevo para aprovecharlo y a lo malo para desecharlo. Por el momento, una máquina no es capaz de entender un chiste, síntoma de que reírse de verdad es tan necesario como difícil, especialmente en un mundo tan aburrido y mustio como el que hemos creado.

Antes de continuar, y también a modo de recordatorio, diré algo que, al menos, sirva para sostener por qué habría que legalizar la eutanasia. Por cierto, la carga de la prueba tendría que recaer sobre los que restringen la libertad y no sobre los que la reivindicamos. Si esta en mis manos dedicarme al sexo, a la música o a la filosofía, en mis manos estará no dedicarme a ninguna de estas actividades. Si nadie me ha pedido permiso para venir a este mundo, no se ve por qué tendría que pedírselo a nadie marcharme. Aun así, lo primero que hay que afirmar, puestos ya a ofrecer alguna prueba a su favor, es que si se puede retirar la ventilación artificial a un enfermo, no se ve la razón de que se prohíba una inyección letal. Si puedo no hacer X para que Pablo muera, podré hacer X para que Pablo muera. En segundo lugar, si me puedo suicidar, igualmente podré decirle a otro que me ayude a suicidarme. Si Pablo quiere desprenderse de su dinero, podrá pedir a Pedro que le ayude a hacerlo como a cualquier otra persona. Y si, como disponen las leyes españolas de 1986 y 2002, el enfermo tiene derecho a rechazar cualquier tratamiento, tendrá también derecho a no recibir tratamiento alguno y, en consecuencia, desaparecer de entre los mortales.

Voy a añadir tres argumentos que son, tal vez, los más conocidos, pero intentaré ampliarlos o matizarlos. Son los siguientes: la libertad, el dolor y la propia imagen. Suponemos que somos libres y que, como tales, salvo patologías que anulen su libertad, pensamos que los otros son libres y, por tanto, responsables. Las neurociencias, sin embargo, están reduciendo la libertad al mínimo. En este sentido, si se duda de la libertad del paciente, otro tanto habrá que hacer respecto al profesional de la salud. Y si se añade que el estado del paciente reduce casi a cero su capacidad de decisión —digamos que, como en el amor—, a veces una situación extrema incluso otorga más lucidez. En cualquier caso, uno es titular de su cuerpo, de su vida y de su muerte, y si expresa con claridad cuál es su voluntad, esta debe ser respetada. Respecto al dolor que, cuando va más allá del cuerpo, llamamos sufrimiento, hay de decir, con Milton, que es el peor de los males. La eliminación del dolor es uno de los principales fines, si no el principal, de la medicina y de la moral. Si uno malvive con dolor, es lógico que prefiera no vivir para no padecer. Esto es básico y no entenderlo suena a pésima intención o a imbecilidad. Y en relación con la imagen que uno tiene de uno mismo, al espejo en el que se ve, pueden darse situaciones en las que su figura esté tan deteriorada y los dolores que sufre sean tan agudos que la eutanasia constituya, según su voluntad, la solución deseada. Estos tres pilares de la argumentación proeutanasia parece que son casi imposibles de refutar.

Alguna observación más antes de analizar cómo está la situación en España. Hay dos modos de actuar que no son propiamente eutanasia pero que, de alguna manera, están emparentados con ella porque son más comprensivos y, salvo dogmáticas excepciones,

más tolerantes. Uno es el llamado LET o limitación del esfuerzo terapéutico. Si ya nada hay que hacer sino simplemente mantener con fármacos y tecnología a quien ya es pura biología y sin ninguna biografía y, además, sin posibilidad de retorno, lo sensato es retirar la medicación en cuestión. Lo entiende hasta un niño. O lo entiende mejor, porque el niño carece de los prejuicios y embotamiento de los mayores. Lo contrario sería obstinación terapéutica, algo a lo que incluso el Vaticano no se opone, que ya es decir. Es de puro sentido común. Y es que los casos en los que se ha dejado vivir artificialmente durante años a personas sin ninguna posibilidad de cura, han solido juzgarse, pasado el tiempo, no como la demostración de una buena intención, sino como una pura arbitrariedad. Es obvio que hay que hacer distinciones en función del enfermo y de los medios excepcionales que deben utilizarse o no, pero el concepto es claro. Por otro lado, en el cuerpo social ha ido penetrando la idea de hacer testamento vital, algo que se sigue de las leyes antes mentadas y del consentimiento informado. Nació en EE. UU. en los sesenta como *Living Will*, de la mano de Luis Kutner y llegó a Europa a través de Bélgica. Se conoce también como voluntades y hasta planificaciones anticipadas. Se trata de un documento en el que, bajo amparo jurídico —por ejemplo, un notario o varios testigos—, se especifican una serie de enfermedades que aquel que pudiera padecerlas se opone a que sean tratadas. Dicho documento se añade a la historia clínica del enfermo real o posible. Y debe existir un registro nacional que las reconozca. En los últimos años se ha introducido el llamado PAD, que desde 1991 los americanos llaman PSDA y mediante el que se intenta planificar a lo largo de la vida los deseos de no tratamiento. Esta idea de enfocar todo como un proceso facilita externamente todo el desarrollo. No me queda tan claro, sin embargo, que alivie al paciente potencial o real. Al mismo tiempo, se convierte en una sopa de letras que puede ofuscar al enfermo. Y al sano.

El testamento vital pasó a España y lo incorporó la Asociación Derecho a Morir Dignamente a la que antes nos referimos. Fundada en 1984, esta asociación tuvo como cabeza visible a Salvador Paniker. Como dato curioso, cabe señalar que en 1966 Paniker publicó *Conversaciones en Catalunya*. La asociación, como todas las que operan en el mundo, busca la legalización de la eutanasia pero insistiendo en la libertad del paciente para, por ejemplo, conformarse con los cuidados paliativos, puestos en marcha por C. Saunders en 1969. Uno de sus presidentes fue el doctor Luis Montes; ciertas fuerzas oscuras religiosas le denunciaron. Tan oscuras fueron que la denuncia fue anónima, es decir, cobarde. La Asociación Derecho a Morir Dignamente aspira a que se supriman del Código Penal de 1995 las pena de 6 a 8 años de cárcel para la eutanasia y de 2 a 5 para el suicidio asistido, primo hermano de la eutanasia. La mejor forma, por cierto, de saber en qué consiste el suicidio asistido es recordar a Ramon Sampederro en 1995, tetrapléjico que en 1995 hizo pública su petición de que se le aplicara la eutanasia alegando, entre otras razones, que se consideraba una cabeza atada a un tronco de árbol. Su caso dio la vuelta al mundo y fue inmortalizado en un filme, *Mar adentro*. Se le ayudo a morir y la causa penal incoada a raíz del caso fue archivada.

La ADMD tiene aproximadamente 4000 socios. No son muchos, pero el problema que existe con el testamento vital es que se trata de una figura que se conoce poco, de

ahí que sus defensores deban ser muy pedagógicos para extender su conocimiento. Por otro lado, toda la parte burocrática continúa siendo engorrosa. Además, los modelos varían y no es fácil que uno escoja aquellas enfermedades que considere más oportuno tener en cuenta. La Iglesia católica y sus seguidores defienden una especie de testamento vital contra el encarnizamiento terapéutico. No haría falta puesto que, salvo algún fundamentalista de la primera hora, todo el mundo está de acuerdo sobre este extremo. Su oposición a la eutanasia está en la esencia de su doctrina. Como suelen afirmar, en la vida y en la muerte somos del Señor. Solo cabe contestar: amén. Y ya, dentro del capítulo de curiosidades, cabe recordar que algo parecido han hecho los testigos de Jehová al rechazar las transfusiones de sangre y los hemoderivados. No creo que me hagan caso si les digo que su interpretación de la Biblia no es la correcta y que el nombre del Dios de la Biblia no es Jehová sino Yaveh. Pero que cada uno haga con su vida lo que le de la gana con tal que no nos imponga su visión no solo de este mundo, sino también —o encima— del otro.

Es hora de finalizar exponiendo los factores que, a mi juicio, permiten pensar en la pronta legalización de la eutanasia o, por el contrario, en su postergación. Antes conviene señalar que once de los partidos políticos españoles incluyen la legalización en su programa la legalización. Lo que importa es que no hagan como el PSOE, que la introdujo en el programa de 2004 y hasta hoy no ha dado un paso más. Entre aquellos factores que puede retrasarla o impedir la habría que mencionar los siguientes. Seguir al pie de la letra a Hipócrates cuando, como se ha dicho, muchos médicos de su tiempo no se adhirieron a sus tesis sobre la eutanasia y Platón o los estoicos la consideraban normal. La antes citada Conferencia Episcopal con todos sus tentáculos, y la influencia que es capaz de ejercer en el gobierno de turno. La OMS, que en nada ayuda a su legalización. Los grupos de cristianos con sus redes militantes funcionando con determinación. Los seudoprogresistas que no comprometen su supuesto progresismo de manera clara y pública. El Colegio de Médicos y su larga tradición conservadora. La Constitución Española, que es criptocatólica, además de los concordatos que nuestro país continúa manteniendo con el Vaticano. Las falsas imágenes que todavía existen entre la gente y que no han sido pedagógicamente desmontadas. Y, finalmente, un Código Penal que prevé las penas arriba citadas y que intimida a todos. Todo ello aunque un 70 % de las personas consultadas estén a favor y más del 50 % se estén a favor de la eutanasia. Si volvemos ahora la mirada a los aspectos que pueden propiciar la legalización de la eutanasia, mencionaría los siguientes. La labor de ADMD, que esperemos que dé sus frutos. El aliento de otros países europeos, especialmente de Holanda y Bélgica. Los porcentajes antes señalados. Las publicaciones, conferencias y asociaciones que aumentan día a día su volumen de difusión. Y, por último, un ambiente que cambia con rapidez y que se percibe en la actitud de la gente en cuanto viven de cerca el proceso de la muerte.

Resulta posible concluir que la corriente a favor de la legalización de la eutanasia aumenta, que los médicos deben comprometerse como lo han hecho sus colegas europeos y que el compromiso, enemigo de la cobardía, nos atañe a todos. Ante el absurdo de tolerar

el dolor evitable, y respetando a quien desee los analgésicos y la sedación en los cuidados paliativos, hay que levantar la voz y colocar la eutanasia en nuestras manos.

**Fecha de recepción: 30 de enero de 2021.**

**Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2021.**



LA EUTANASIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL\*  
*EUTHANASIA AS A FUNDAMENTAL RIGHT*

*Miguel Ángel Presno Linera*  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Oviedo*

RESUMEN

En el momento de escribir estas páginas (enero de 2021) está pendiente de su tramitación en el Senado la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia aprobada por el Congreso de los Diputados el 17 de diciembre de 2020. El objeto de este trabajo no es analizar en profundidad el contenido de la Proposición aprobada por el Congreso, sino estudiar en qué medida está justificada su articulación como desarrollo de un derecho fundamental, en particular de los derechos reconocidos en el artículo 15 de la Constitución española (CE) a la vida y a la integridad física y moral.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, derecho a la vida, derecho a la integridad física y moral, eutanasia.

ABSTRACT

At the time of this writing (January 2021), the Organic Law Proposal on the Regulation of Euthanasia, passed by the Congress of Deputies on 17th December 2020, is pending before the Senate for its final approval. The aim of this paper is not to study in depth the content of the aforementioned proposal but analyze to what extent regulating the euthanasia as a concrete development of fundamental rights to life and physical and moral integrity, provided for in article 15 of the Spanish Constitution, is justified.

KEY WORDS

Fundamental rights, the right to life, the right to physical and moral integrity, euthanasia.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.002](https://doi.org/10.36151/td.2021.002)

\* Como se indica en el resumen, la redacción de este texto finalizó en el mes de enero. Coincidiendo con la revisión sugerida en los informes anónimos, he podido actualizarlo una vez aprobada la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia el 18 de marzo. Se hará, por tanto, referencia al articulado definitivo de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Agradezco muy sinceramente a quienes evaluaron este trabajo sus sugerencias y comentarios, que han servido para mejorarlo.

# LA EUTANASIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Miguel Ángel Presno Linera

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Oviedo

**Sumario:** 1. Presentación. 2. El inicial rechazo jurisprudencial a la existencia de un *derecho fundamental a morir*. 3. El reconocimiento jurisprudencial de la eutanasia como derecho fundamental en el Derecho comparado. 4. La eutanasia como derecho fundamental garantizado en la Constitución española. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

## 1. PRESENTACIÓN

En el momento de escribir estas páginas (enero de 2021), estaba pendiente de tramitación en el Senado la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia (PLORE) aprobada por el Congreso de los Diputados el 17 de diciembre de 2020. No obstante, en el proceso de revisión ofrecido por la revista *Teoría & Derecho* he podido utilizar la redacción definitiva publicada como Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante, LORE).

El objeto de este trabajo no es analizar en profundidad el contenido de la Proposición ni de la Ley Orgánica 3/2021, sino estudiar en qué medida está justificada su articulación como desarrollo de un derecho fundamental, en particular de los derechos reconocidos en el artículo 15 de la Constitución española (CE) a la vida y a la integridad física y moral.

No en vano, como ya se ha dicho, se trataba de una Proposición de Ley Orgánica<sup>1</sup> y, como señala expresamente en preámbulo, «[...] la legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, *los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad*. Hacer compatibles estos derechos y principios constitucionales es necesario y posible, para lo que 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. Tal modificación legal dejaría a las personas desprotegidas respecto de su derecho a la vida

que nuestro marco constitucional exige proteger. Se busca, en cambio, legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida de quien está en una situación de padecimiento grave, crónico e incapacitante o de enfermedad grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables, lo que denominamos un contexto eutanásico. Con ese fin, la presente Ley regula y despenaliza la eutanasia en determinados supuestos, definidos claramente, y sujetos a garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad de la decisión, descartando presión externa de cualquier índole [...].».

Así pues, el carácter orgánico de esta iniciativa no deriva únicamente de su pretensión de reformar otra Ley Orgánica, la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al objeto de modificar la redacción del apartado 4 y añadir un apartado 5 al artículo 143<sup>2</sup>, sino también del hecho de que comporta la aprobación una Ley Orgánica de las previstas en el artículo 81.1 CE, concretamente las «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas»<sup>3</sup>. Esta reserva opera cuando la regulación supone la concreción del objeto, contenido y límites de un derecho fundamental (Villaverde, 2004: 154) y su función, en una constitución democrática, consiste en asegurar que sean solo los «representantes de la colectividad» quienes acuerden los términos en los que se regulará ese derecho fundamental, de forma que toda «injerencia estatal» en su contenido se lleve a cabo conforme a lo establecido en la norma creada por esos representantes (*vid.* en este sentido, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11).

## 2. EL INICIAL RECHAZO JURISPRUDENCIAL A LA EXISTENCIA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL A MORIR

En la conocida STC 120/1990, de 27 de junio, el TC resolvió el recurso de amparo interpuesto por varios presos pertenecientes a la organización terrorista GRAPO en relación con el mantenimiento de la huelga de hambre que estaban llevando a cabo en varias prisiones españolas<sup>4</sup>. Lo que aquí nos interesa es la cuestión de los derechos a la integridad física y moral garantizados por el artículo 15 CE, derechos a los que, junto con la protección de la vida, el TC dedica la mayor parte su fundamentación jurídica.

En esta resolución puede leerse que «[...] siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, *no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte* [...]» (FJ 7; en el mismo sentido, STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 5).

En la misma línea se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el igualmente conocido asunto *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002; el TEDH declaró que «[...] no se puede interpretar, sin distorsión del lenguaje, que el artículo 2 confiere un derecho diametralmente opuesto; a saber, el derecho a morir; tampoco puede crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de que conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida. *El Tribunal considera por tanto que no es posible deducir del artículo 2 del Convenio un derecho a morir, ni de la mano de un tercero ni con la ayuda de una autoridad pública*» (§ 39 y 40; las cursivas son nuestras).

Del tenor literal de estas categóricas afirmaciones del TC y del TEDH podría inferirse que, a juicio de ambos tribunales, poco espacio hay para la proyección del principio del libre desarrollo de la personalidad en las decisiones relativas al momento final de la vida y, en suma, que no cabe articular legalmente, ni siquiera de manera condicionada, un «derecho a morir». Sin embargo, y por lo que respecta a lo dicho por el TC, hay que tener en cuenta el contexto en el que se realizaron estas afirmaciones e, incluso, lo que declaró ese mismo tribunal en otras partes de la resolución arriba citada; por ejemplo, que ante «[...] la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que solo a él afecta [...] podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad» (FJ 7; en la misma línea, STC 137/1990, FJ 5); en otras palabras, no cabe, y eso ya es algo, obligar a alguien a vivir si esa no es su voluntad. En el fallo pareció ser determinante el hecho de que el objetivo de los huelguistas no era, según el TC, legítimo —estaban presionando a la Administración penitenciaria para que los reagrupara— y, en consecuencia, no les amparaba esa plena libertad que, en otro caso, tendrían. No obstante, y en puridad, ni siquiera una relación de sujeción especial como la que existe entre las personas que están presas y la Administración penitenciaria justifica una medida coactiva que, aunque trata de salvar la vida y la salud de los reclusos, lesiona su libertad y autonomía, que les permiten tomar las decisiones que mejor se ajustan a las propias convicciones sin ocasionar daño a los demás<sup>5</sup>.

El propio TC concluyó, en un caso de 1996 que también afectaba a un preso, que «[...] el derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa [...] La decisión de permitir una agresión de esa envergadura aunque con finalidad curativa es personalísima y libérrima, formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida» (STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 3).

Por lo que respecta al TEDH, con posterioridad a la sentencia *Pretty* ha admitido, en el asunto *Haas c. Suiza*, de 20 de enero de 2011 (§ 51), que el derecho de una persona a decidir el modo y manera de acabar con su vida, siempre que él o ella esté en disposición de formar libremente su propio juicio y actuar en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio (en la misma línea, *Gross c. Suiza*, de 14 de mayo de 2013, § 58). Y en relación con la garantía del derecho a la vida protegida por el artículo 2 del Convenio, en la sentencia del caso *Haas* declaró que esta disposición obliga a las autoridades internas a impedir que una persona se quite la vida si su decisión no se produce libremente y con pleno conocimiento de causa

(§ 54), por lo que, rectamente entendida, tal obligación no existiría en caso de que aquella obre de manera libre y consciente.

En segundo lugar, y como es conocido, el criterio de autonomía en el consentimiento garantiza el derecho a rechazar un tratamiento médico aunque la negativa a recibirlo implique el fallecimiento de la persona, es decir, está asegurado que, con carácter general, si una persona lo desea, hay que «dejarle morir» si es una decisión libre y consciente, pues no existe un «deber de vivir». Así, en palabras del TC, «El derecho del artículo 15 CE protege, según doctrina reiterada de este Tribunal (recopilada, entre otras, en las SSTC 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, y 160/2007, de 2 de julio, FJ 2), “la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Estos derechos, destinados a proteger la “incolumidad corporal” (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), “han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad”, orientada a su plena efectividad [...]» (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3).

Pues bien, llegados a este punto, es pertinente plantearse si, además del derecho a imponer a los poderes públicos el deber de «dejar morir» (deber de abstención o tolerancia), la CE reconoce la facultad —que también forma parte del objeto del derecho fundamental— de que «nos ayuden a morir», bien a través de la facilitación de los medios idóneos (suicidio asistido), bien mediante la intervención de una persona que provoca la muerte a quien lo ha pedido (eutanasia activa directa). El problema, uno de los más difíciles del Derecho penal en palabras de Claus Roxin (2001:4), cobra una relevancia especialmente intensa en términos iusfundamentales si quien demanda la ayuda para morir no puede ocasionarse la muerte por sí mismo o si se trata de una persona que, como prevé la legislación holandesa, sufre un padecimiento insostenible y sin esperanzas de mejora o, como dispone la normativa belga, soporta un padecimiento constante e insuperable, pues parece que poner fin a estos padecimientos a petición de la persona es parte del «derecho complejo a su “integridad personal”» (Canosa Usera, 2006).

### 3. EL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA EUTANASIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL DERECHO COMPARADO

El 30 de septiembre de 1993, el Tribunal Supremo de Canadá abordó por vez primer el debate sobre el derecho a la muerte digna —caso *Sue Rodriguez vs. The Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia*—; los magistrados resolvieron por 5 votos frente a 4 contra la petición de Sue Rodríguez, enferma de ELA (Esclerosis lateral amiotrófica), para que un médico le ayudara a poner fin a su vida, entendiendo que la previsión penal que sancionaba la ayuda al suicidio no era incompatible con los derechos reconocidos en el ordenamiento canadiense y se enmarcaba en una larga historia que refle-

jaba los valores imperantes en la sociedad; tampoco se consideró que esa sanción supusiera algún tipo de medida cruel o inhumana<sup>6</sup>.

El panorama cambió radicalmente con el conocido asunto *Carter vs. Canada (Attorney General)*, de 6 de febrero de 2015, un pronunciamiento muy ilustrativo del conjunto de problemas que se presentan cuando nos enfrentamos a situaciones como las que padecían las señoras Kay Carter y Gloria Taylor, que ya en 2009 solicitaron ayuda médica para morir ante el carácter incurable y doloroso, aunque no terminal en ese momento, de sus enfermedades, estenosis espinal en el primer caso y ELA en el segundo.

En primera instancia, el órgano judicial consideró que la prohibición de asistencia física al suicidio de personas adultas capaces y con sufrimientos intolerables era inconstitucional pero el Tribunal de Apelaciones de la Columbia Británica revocó la decisión por mayoría acogiéndose al precedente del caso *Sue Rodriguez*<sup>7</sup>.

En su resolución, el Tribunal Supremo intervino también en el debate apoyándose en las decisiones legales y jurisprudenciales de Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suiza, Colombia y en los estados norteamericanos de Oregón, Washington y Montana, sin olvidar, no obstante, que la muerte asistida sigue siendo un delito en la mayoría de los países y que varios tribunales han avalado esa prohibición: en Estados Unidos, el propio Tribunal Supremo en los asuntos *Washington vs. Glucksberg* y *Vacco vs. Quill*, de 1997; en Europa, el TEDH en el ya citado caso *Pretty c. Reino Unido*.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo de Canadá sostuvo, en primer lugar, que al ser delito ayudar a otro a terminar con su vida, las personas que están grave e irremediablemente enfermas no pueden buscar la asistencia de un médico, con lo que solo tienen dos opciones: quitarse la vida prematuramente, a menudo recurriendo a medios violentos, o sufrir hasta que mueren por causas naturales. La elección es, sin duda, cruel.

En segundo lugar, y de acuerdo con el análisis del tribunal de primera instancia, el alto tribunal concluyó que la prohibición del auxilio físico para morir provoca el efecto de que algunas personas pongan fin a su vida prematuramente por el temor a que no puedan hacerlo cuando el sufrimiento se hace intolerable. De esta manera, se está afectando al derecho a la vida.

En tercer lugar, manifestó que la respuesta ante una situación médica irremediable es una cuestión que afecta a la dignidad y autonomía personales, subrayando que si, por un lado, la ley permitía por ello reclamar cuidados paliativos, rechazar alimentos e hidratación, así como el mantenimiento artificial de la vida, esa misma ley denegaba, por otro lado, el derecho a solicitar asistencia para morir, lo que constituía un menoscabo de la capacidad para tomar decisiones que afectan a la integridad física y, en suma, una lesión de la libertad, pues quien pide ayuda médica ante un sufrimiento intolerable derivado de un padecimiento incurable lo hace en virtud de convicciones personales sobre la forma en la que desea vivir o morir.

Por todo lo dicho, y aunque la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades reconoce el derecho a la vida (art. 7), también ampara la autonomía y la dignidad en el momento final de la vida. Por ello, concluyó que, en la medida en que prohibían la muerte

médicamente asistida a personas adultas y capaces que la pedían ante una afección grave e irremediable que causa sufrimiento duradero e intolerable, los artículos 241 b) y 14 del Código Penal violaban los derechos a la libertad y a la seguridad de la persona.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo rechazó algunos de los argumentos esgrimidos tradicionalmente contra la eutanasia, como el peligro que supondría para colectivos de personas especialmente vulnerables o el hecho de que la legalización de la eutanasia constituiría el primer paso hacia una «pendiente resbaladiza»: frente al primer argumento, el Tribunal respondió que esos riesgos pueden obviarse a través de un riguroso sistema de controles y garantías; frente al segundo, además de hacer referencia a la experiencia existente en países que admiten el auxilio al suicidio, arguyó que, si se adoptan las medidas adecuadas, nada demuestra que admitir esta práctica sea el comienzo de una serie de reformas que acaben legalizando el homicidio<sup>8</sup>.

Nos parece de especial importancia insistir en una de las conclusiones de este pronunciamiento, que ya fue apuntada por la juez McLachlin en el voto particular que formuló en el caso *Sue Rodriguez*: si se permite que una persona pueda, de manera consciente y responsable, rechazar un tratamiento, aunque eso implique su muerte, ¿por qué no se ampara la petición de atención médica para que se ponga fin a un proceso de sufrimiento intolerable que también desembocará en la muerte de la persona? En suma, si hay derecho a decidir el rechazo de un tratamiento que mantiene la vida, ¿por qué no hay derecho a decidir sobre una asistencia médica que pone fin al sufrimiento y que no altera el resultado final del proceso: la muerte?

La línea argumental del caso *Carter* está presente también en recientes resoluciones de la Corte Constitucional italiana y del Tribunal Constitucional Federal alemán. Por lo que respecta a Italia, es bien conocida la sentencia 207/2018, de 16 de noviembre, en el llamado caso *Cappato*<sup>9</sup>, a resultas de una cuestión planteada por la Corte d'assise de Milán en la que ponía en duda la constitucionalidad del artículo 580 del Código Penal, que regulaba el delito de incitación o ayuda al suicidio (Gentili, 2018).

La Corte no consideró, *a priori*, inconstitucional la criminalización de la ayuda al suicidio, pero matizó que no bastaba quedarse con esta conclusión abstracta, sino que había que atender a las concretas circunstancias en las que se encontraba quien reclamara esa colaboración: no podemos dejar de tener en cuenta situaciones inimaginables en el momento en que se introdujo la norma penal, situaciones que, sin embargo, hoy son habituales debido al desarrollo de la ciencia y de la tecnologías médicas, a menudo «capaces de arrebatarse la muerte a pacientes en condiciones extremadamente comprometidas, pero que no les devuelven suficientes funciones vitales»; en el caso concreto, se trataba de «[...] una persona (a) que sufre de una patología irreversible, (b) fuente de sufrimiento físico o psicológico, que encuentra absolutamente intolerable, que es (c) mantenido vivo mediante tratamientos de soporte vital, pero sigue siendo (d) capaz de tomar decisiones libres y conscientes [...]». Pues bien, en tales circunstancias la «ayuda de un tercero» puede ser indispensable para poner fin a esa situación en la que se mantiene artificialmente una vida en contra de la voluntad de la persona y que, al amparo del artículo 32 de la Constitución italiana, no tiene obligación de soportar<sup>10</sup>.

En la línea del asunto *Carter*, la Corte concluyó que, si el ordenamiento italiano ya admite que quienes se mantienen vivos mediante un tratamiento de apoyo artificial pueden, bajo ciertas condiciones, tomar la decisión de poner fin a su existencia deteniendo dicho tratamiento, no está claro por qué se considera necesaria una protección férrea e indiscriminada de la vida frente a la voluntad de quien desea poner fin a su existencia con la ayuda de otros. Y es que la prohibición absoluta de la ayuda al suicidio termina limitando la libertad de autodeterminación del paciente en la elección de las terapias, incluidas las destinadas a liberarlo del sufrimiento, libertad que deriva de los artículos 2, 13 y 32.2 de la Constitución, sin que esta limitación se considere preordenada a la protección de otro interés constitucionalmente relevante<sup>11</sup>.

Más reciente todavía es la sentencia del Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de febrero de 2020, que, entre otras cosas, incluye referencias históricas y de Derecho comparado<sup>12</sup>. No puede dejar de recordarse que en la Constitución alemana el libre desarrollo de la personalidad está configurado como derecho fundamental<sup>13</sup>, cosa que no ocurre en la española; pero, incluso tomando en consideración esa diferencia, es muy relevante que esa sentencia conecte el citado libre desarrollo de la personalidad con el «derecho a una muerte autodeterminada», que comprende no solo la libertad de quitarse la vida, sino la libertad de buscar y, si se ofrece, utilizar la asistencia que otras personas puedan prestar con este fin. El citado derecho a una muerte autodeterminada no se limita a rechazar, en ejercicio de la propia voluntad, tratamientos que sostengan la vida, sino que se extiende a los casos en los que el individuo decide gobernar activamente aquella (Riquelme Vázquez, 2020).

Hasta tal punto es así que, continua el Tribunal Constitucional alemán, la decisión personal de poner fin a la propia vida, basada en la forma en la que cada uno define la calidad de vida y una existencia significativa, elude cualquier evaluación basada en valores generales, dogmas religiosos, normas sociales para tratar con la vida y la muerte o consideraciones de racionalidad objetiva. Por todo ello, no le corresponde al individuo seguir explicando o justificando su decisión; más bien, su decisión debe, en principio, ser respetada por el Estado y la sociedad como un acto de autodeterminación personal.

Como ya se ha apuntado, el derecho incluye la libertad para buscar y, en su caso, utilizar la ayuda a morir que puedan proporcionar otras personas. Por este motivo, declaró que la previsión del artículo 217.1 del Código Penal alemán, que criminalizaba la asistencia al suicidio —menoscabando, al hacerlo, la citada libertad—, era inconstitucional.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal sometió el citado precepto penal al test de proporcionalidad y entendió que, en principio, prohibir los servicios de suicidio asistido es un fin legítimo, puesto que contribuye a evitar que se creen situaciones de presión sobre las personas para que se quiten la vida sobre la base, por ejemplo, de consideraciones de utilidad, sin que se asegure de manera suficiente el libre albedrío en la toma de decisiones. A este respecto, las investigaciones y estudios alemanes y extranjeros concluyen que un motivo común para buscar asistencia suicida es el deseo de no ser una carga para familiares o terceras personas.

Ahora bien, la importancia fundamental que se atribuye en la Constitución alemana a la autodeterminación, en particular para proteger la singularidad personal, así como la identidad e integridad en las decisiones relativas a la propia vida, impone límites estrictos al legislador a la hora de diseñar una protección jurídica en el contexto de la asistencia al suicidio. Y el legislador alemán sobrepasó esos límites al aprobar el art. 217 del Código Penal, ya que «en el corazón de la Ley Fundamental» se encuentra una concepción del ser humano basada en la dignidad y el libre desarrollo de la propia personalidad a través de la autodeterminación y la responsabilidad personales.

Esa noción debe ser el punto de partida para cualquier marco normativo y de ella se deduce que el deber del Estado de proteger la autodeterminación y la vida solo puede prevalecer sobre la libertad del individuo cuando este se encuentre expuesto a influencias que pongan en peligro la autodeterminación de su propia vida. El ordenamiento jurídico puede contrarrestar estas influencias mediante medidas preventivas —por ejemplo, fortaleciendo los cuidados paliativos con el fin de frenar los deseos de suicidio que puedan surgir de determinadas enfermedades—, pero la decisión de una persona de poner fin a su vida basada en su comprensión de lo que constituye una existencia significativa debe ser reconocida como un acto de autodeterminación que exprese su voluntad autónoma; en suma, la protección de la vida no puede ser contraria a la tutela de la autonomía personal.

Sin la disponibilidad de servicios de suicidio asistido, la persona dependería de la voluntad de los médicos de prestar asistencia al menos en forma de prescripción de las sustancias necesarias para suicidarse. En términos reales, eso solo podría esperarse en casos excepcionales, no solo porque los médicos han mostrado poca disposición a proporcionar asistencia para el suicidio, sino también porque no pueden estar obligados a hacerlo; mientras esta situación persista, se genera una necesidad fáctica de existencia de servicios de suicidio asistido.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la mejora de los cuidados paliativos tampoco es, por sí misma, adecuada para compensar una restricción desproporcionada de la autodeterminación individual. Dicha mejora podría ser un medio adecuado para reducir el número de casos en los que los enfermos terminales desean morir debido a tales deficiencias. Sin embargo, en los casos en que la decisión de suicidarse se adopte en otras circunstancias, las mejoras en los cuidados paliativos no equilibran las restricciones resultantes de la disposición impugnada. No hay obligación de hacer uso de los cuidados paliativos. Y el Estado tampoco puede acogerse a la opción de utilizar la asistencia para el suicidio ofrecida en el extranjero, pues debe garantizar la protección de los derechos fundamentales en el marco de su propio ordenamiento.

Por último, la restricción de la autodeterminación individual prevista en el artículo 217 del Código Penal tampoco podía justificarse en aras de la protección de terceras personas, pues el objetivo de evitar que la asistencia al suicidio genere comportamientos imitadores no es suficiente para negar a otros el ejercicio del derecho.

Todo ello no quiere decir que se impida por completo al legislador regular la asistencia al suicidio, pero sí implica que cualquier legislación sobre este tema debe guiarse por el cri-

terio de que las personas son seres capaces de perseguir y ejercer su libre determinación. En el contexto de la asistencia organizada al suicidio, el legislador dispone de un amplio espectro de opciones, entre ellas la obligación legal de proporcionar información y observar unos períodos de espera, la existencia de controles administrativos que garanticen la fiabilidad de los servicios de suicidio asistido ofrecidos o la prohibición de formas particularmente peligrosas de asistencia al suicidio. El legislador también puede recurrir a la utilización del Derecho penal, al menos para garantizar el cumplimiento mediante sanciones penales. Sin embargo, el derecho al suicidio prohíbe vincular la permisibilidad de la asistencia al suicida a determinados criterios sustantivos: por ejemplo, la exigencia de un diagnóstico de enfermedad incurable. No obstante, pueden establecerse requisitos diferentes, dependiendo de las circunstancias, al efecto de verificar que la resolución del individuo de suicidarse es sincera y definitiva.

Para concluir con las referencias comparadas, aludiremos a la Sentencia C-239/97, de 20 de mayo de 1997, de la Corte Constitucional de Colombia, que resolvió en estos términos:

«[...] desde una perspectiva pluralista no puede afirmarse el deber absoluto de vivir [...] En otras palabras: quien vive como obligatoria una conducta, en función de sus creencias religiosas o morales, no puede pretender que ella se haga coercitivamente exigible a todos; solo que a él se le permita vivir su vida moral plena y actuar en función de ella sin interferencias. Además, si el respeto a la dignidad humana irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad [...]

El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida solo como hecho biológico».

Posteriormente, la Sentencia T-970, de 15 de diciembre de 2014, llevó a cabo una serie de precisiones conceptuales acerca de los distintos tipos de eutanasia y recordó que ya en la Sentencia C-239 de 1997 reconoció que el derecho a morir dignamente tenía la categoría de fundamental y exhortó al Congreso para que en el menor tiempo posible lo reglamentara. Sin embargo, transcurrieron 17 años sin que el legislador consiguiera aprobar esa norma, a pesar de que hubo cuatro intentos, por lo que la Corte, «[...] en aras de garantizar el goce efectivo del derecho fundamental analizado en esta providencia», acordó unas «[...] pautas normativas para facilitar su ejercicio, sin perjuicio de que el Congreso de la República en desarrollo de la cláusula general de competencia en materia legislativa que le adscribe la Constitución, y tomando en cuenta las directrices trazadas en esta decisión, proceda su regulación»:

«Prevalencia de la autonomía del paciente: los sujetos obligados deberán analizar los casos atendiendo siempre a la voluntad del paciente. Solo bajo situaciones objetivas e imparciales, se podrá controvertir esa manifestación de la voluntad.

Celeridad: el derecho a morir dignamente no puede suspenderse en el tiempo, pues ello implicaría imponer una carga excesiva al enfermo. Debe ser ágil, rápido y sin ritualismos excesivos que alejen al paciente del goce efectivo del derecho.

Oportunidad: se encuentra en conexión con el anterior criterio e implica que la voluntad del sujeto pasivo sea cumplida a tiempo, sin que se prolongue excesivamente su sufrimiento al punto de causar su muerte en condiciones de dolor que, precisamente, quiso evitarse.

Imparcialidad: los profesionales de la salud deberán ser neutrales en la aplicación de los procedimientos orientados a hacer efectivo el derecho a morir dignamente. No pueden sobreponer sus posiciones personales sean ellas de contenido ético, moral o religioso que conduzcan a negar el derecho. En el caso de que el médico alegue dichas convicciones, no podrá ser obligado a realizar el procedimiento, pero tendrá que reasignarse otro profesional».

#### 4. LA EUTANASIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL GARANTIZADO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En España, señala Rey Martínez (2008: 81), la discusión jurídica sobre la «ayuda en el morir» se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito del Derecho penal y eso explica que sean frecuentes los estudios de política criminal que se centran en la disponibilidad de la propia vida y concluyen que la regulación jurídico-penal de las conductas relacionadas con el suicidio ha de ser abordada desde una perspectiva que descansa en el artículo 15 CE interpretado a la luz del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10 CE, y que, por consiguiente, afirme el reconocimiento de la disponibilidad sobre la propia vida y, correlativamente, el derecho a morir (Grupo de Estudios de Política Criminal, 1993). Pero este debate tiene, sobre todo y como es obvio, una importantísima dimensión constitucional, y ello aunque no exista en España —en contraste, ya se ha dicho, con Alemania— un derecho fundamental autónomo al libre desarrollo de la personalidad<sup>14</sup>.

Rey Martínez (2008: 83) sugiere que de la CE cabe derivar cuatro posibles modelos de interpretación jurídica de la eutanasia activa directa: la eutanasia prohibida, la garantizada como derecho fundamental, la eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable y la eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida.

Como es lógico, no se entrará aquí en el riguroso análisis que lleva a cabo Fernando Rey de esas cuatro posibilidades; nos limitaremos a tratar de explicar las razones por las que asumimos, en términos *iustificadas*, el segundo de los modelos apuntados, que, en esencia, propugna que de la interpretación del artículo 15 CE en relación con el artículo 10.1 cabría inferir la existencia de un «derecho complejo a morir»: complejo, en el sentido de que es extraíble del enunciado de los artículos 15 y 10.1 CE aunque no esté mencionado de manera expresa; a morir, en el sentido de que incluiría no solo el derecho a exigir al Estado que se abstenga de prolongar la vida de quien no quiere vivir, sino también la facultad de solicitar al Estado la prestación asistencia para morir y ello de forma limitada —como

la inmensa mayoría de los derechos fundamentales—, lo que implicaría el mantenimiento como delito de las conductas que no se ajusten a los estrictos términos que supone la eutanasia y al respeto de las cautelas indispensables para asegurar el carácter libre y consciente de la decisión.

El derecho a que nos dejen morir sería la expresión de «[...] una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros» (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 10, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8). Este reconocimiento protege la autodeterminación personal a través del ejercicio de las facultades que componen esas concretas manifestaciones de libertad. Y esa esfera de *agere licere* lo es «[...] con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre). Se protege así la libertad para consentir un tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida tanto por el TEDH —aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63)— como por el TC español (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9).

Pero, y aquí radica la novedad de la eutanasia, el derecho fundamental a la integridad física y moral garantizado en el artículo 15 CE comprende no solo la facultad de exigir el deber de abstención por parte de los poderes públicos o de terceros en relación con una persona que no quiere que le ayuden a seguir viviendo, sino también la exigencia de comportamientos positivos por parte de los poderes públicos y, dependiendo del alcance de la eficacia de los concretos derechos fundamentales entre particulares, de sujetos privados cuando dichas intervenciones, prestaciones, cambios normativos, etc. sean necesarios para asegurar la efectividad de esos derechos y libertades con una alta carga de autodeterminación personal como el derecho a la integridad personal.

En suma, del artículo 15 CE cabe derivar, en relación con el proceso de fin de la vida, un derecho complejo que, primero, habilita para rechazar un tratamiento no deseado mediante la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas, salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, segundo, faculta a la persona para reclamar a los poderes públicos una prestación en forma de ayuda médica para morir cuando su integridad esté siendo gravemente menoscaba por sufrimientos intolerables. Como concluye Bastida (2011: 63), la negación de plano de estas posibilidades no solo vulnera el derecho fundamental a la vida, sino también el derecho a la «integridad personal».

Pues bien, para concretar en qué supuestos cabría exigir esa prestación, quiénes la podrían pedir y cómo se garantizaría el derecho, es decir, para regular el objeto, la titularidad y la garantía del citado derecho se precisa la aprobación de una Ley orgánica de eutanasia y que las «reglas» estén, en todo caso, claras, como señaló el TEDH en el ya citado asunto *Gross c. Suiza* (§ 66 y 67), jurisprudencia a la que también se hacía mención en el preámbulo de la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia (PLORE) y en el texto finalmente aprobado por las Cortes Generales y publicado como Ley Orgánica 3/2021 (LORE)<sup>15</sup>, a cuyo contenido dedicaremos un breve examen en las siguientes páginas<sup>16</sup>.

Comenzando con la titularidad del derecho, tanto en la PLORE como en la LORE el artículo 5.1 dispone: «Para poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario que la persona cumpla todos los siguientes requisitos: a) Tener la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses, tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud».

Consideramos, en primer lugar, cuestionable la exclusión absoluta del ejercicio del derecho de todas las personas menores de edad; también, por tanto, la exclusión de los que no cuenten con madurez suficiente como para poder decidir con autonomía y de los menores emancipados. Cabe preguntarse el motivo por el que se les exige, hasta la mayoría de edad, y como dice la LORE, «sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante» (artículo 5.1 d)).

En este sentido, nos parecen más compatibles con una concepción de la persona menor de edad como titular de derechos fundamentales y, en particular, como titular del derecho a la integridad física y moral, las previsiones de las legislaciones holandesa y belga: la primera (artículo 2) permite solicitar la eutanasia a partir de los 16 años e incluso entre los 12 y los 16 si quienes ejercen la patria potestad o la tutela están de acuerdo; la segunda autoriza formular la solicitud (artículo 3) al menor emancipado, capaz y consciente en el momento de formular su petición. A este respecto, cabe recordar que en la LORE se requiere, en todo caso, «ser capaz y consciente en el momento de la solicitud» (artículo 5.1.a) y que esta exigencia tendría que ser suficiente para articular con garantías el ejercicio de este derecho por las personas menores de edad.

En segundo lugar, el texto aprobado acota —el preámbulo habla expresamente de delimitar «el contexto eutanásico»— el alcance de la eutanasia, es decir, las expectativas garantizadas por este derecho fundamental, y lo hace concretando su existencia, interpretando su alcance y fijándolo en la proposición de ley. Así, se parte de que la disposición sobre la propia vida no es un derecho absoluto y se establece que su amparo solo cabe si concurre, al menos, una de las dos circunstancias definidas en los incisos b) y c) del artículo 3:

«b) “Padecimiento grave, crónico e imposibilitante”: situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico»<sup>17</sup>.

«c) “Enfermedad grave e incurable”: la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva».

No se reconoce, por tanto, un derecho ilimitado a la eutanasia, sino un derecho circunscrito a la presencia de una de estas dos circunstancias. En ausencia de límites «positivos» —en el sentido de *puestos*— en el enunciado constitucional, tanto la Proposición como la Ley Orgánica han concretado unos límites «lógicos» al derecho, pero lo que hacen

es más bien «delimitar» ese derecho, dado que esos límites no están a su disposición, sino que los mismos gozan de la misma inmunidad frente al legislador de la que goza todo derecho fundamental. Para enjuiciar si esta delimitación es constitucionalmente adecuada, hay que tener en cuenta que el artículo 15 CE protege la vida con carácter general y también la integridad física y moral sin atribuir más valor a la primera que a las segundas, por lo que nos parece ajustado al texto constitucional que la disposición consentida sobre la vida se condicione a que esta sirva, a su vez, para proteger la integridad personal, es decir, para garantizar que una persona no esté obligada a seguir soportando «una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante» (artículo 5.1.d)).

Además de delimitar el derecho a la eutanasia, la LORE introduce «límites en sentido propio» al derecho, que, como tales, tienen un carácter externo, contingente y constitutivo. Al aprobarse la LORE, estos han sido constituidos —y no simplemente concretados— por legislador.

Al respecto, cabe destacar el límite que supone contar con el informe favorable del, en la terminología legislativa, «médico responsable», del «médico consultor» y, finalmente, la verificación previa por parte de la Comisión de Garantía y Evaluación en los términos previstos por el artículo 10 de la LORE<sup>18</sup>. Se prevé aquí también una diferencia importante con las legislaciones holandesa y belga, países en los que las comisiones desempeñan funciones de control *a posteriori* a efectos de comprobar que la actuación médica de práctica de la eutanasia se ha llevado a cabo de acuerdo con las previsiones legales (artículo 8 de la Ley holandesa y 6 y siguientes de la belga, donde se regula la Comisión Federal de Control y Evaluación).

La CE no contempla una reserva específica de limitación en el enunciado del artículo 15, es decir, no prevé habilitación alguna para fijar límites externos a los derechos garantizados en ese precepto, por lo que el legislador, ahora la LORE, solo puede concretar los límites internos y hacerlo respetando el contenido abstracto del derecho, sin imponer restricciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección (Villaverde Menéndez, 2004: 140).

A nuestro juicio, la exigencia de contar con todos los «vistos buenos» antes mencionados no hace impracticable el derecho a la eutanasia ni lo despoja de la necesaria protección y, aunque toda la tramitación prevista ciertamente dificulta de forma importante el ejercicio del derecho, puede concluirse que los plazos y exigencias previstos para que se lleven a cabo los diferentes informes no son irrazonables ni desproporcionados (los diferentes plazos se fijan en días naturales).

En tercer lugar, y por lo que respecta al contenido del derecho a la eutanasia, es decir, a las facultades mediante las que se hace valer frente a otros el permiso garantizado en ese derecho, debe adoptar una forma prestacional y así se advierte en el preámbulo de la LORE: «El capítulo IV establece los elementos que permiten garantizar a toda la ciudadanía el acceso en condiciones de igualdad a la prestación de ayuda para morir, incluyéndola en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y garantizando así su financiación pública, pero garantizando también su prestación en centros privados o, incluso, en el domicilio [...]».

La propia existencia de una Ley Orgánica de regulación de la eutanasia es, en sí misma, una prestación consistente en la creación de las normas que definan qué es la eutanasia y cómo se garantiza este derecho. En esta línea, en el ya citado asunto *Gross c. Suiza* el TEDH concluyó que entre las obligaciones estatales derivadas del derecho a la vida privada (artículo 8 del Convenio) puede estar incluida «[...] tanto la provisión de un marco regulatorio de los mecanismos de adjudicación y ejecución de los derechos de protección de las personas, como de la aplicación, en su caso, de las medidas específicas» (§ 62).

Así pues, una Ley Orgánica reguladora de la eutanasia es, si establece el marco regulatorio adecuado, una prestación derivada del derecho fundamental y, además, debe regular la forma mediante la que debe garantizarse esa prestación, cosa que sin duda hace la LORE en varios preceptos; así, conforme al artículo 11: «2. En los casos en los que la prestación de ayuda para morir lo sea conforme a la forma descrita en el artículo 3.g.1.a)<sup>19</sup> el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, asistirán al paciente hasta el momento de su muerte. 3. En el supuesto contemplado en el artículo 3.g.2.a)<sup>20</sup> el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, tras prescribir la sustancia que el propio paciente se autoadministrará, mantendrá la debida tarea de observación y apoyo a este hasta el momento de su fallecimiento».

Por su parte, el Capítulo IV desarrolla la «Garantía en el acceso a la prestación de ayuda para morir», incluyendo la protección de los datos y de la intimidad de la persona titular del derecho:

«Artículo 13. Garantía del acceso a la prestación de ayuda para morir.

1. La prestación de ayuda para morir estará incluida en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y será de financiación pública.
2. Los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación de ayuda para morir en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta Ley.

Artículo 14. Prestación de la ayuda para morir por los servicios de salud.

La prestación de la ayuda para morir se realizará en centros sanitarios públicos, privados o concertados, y en el domicilio, sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados por el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria o por el lugar donde se realiza. No podrán intervenir en ninguno de los equipos profesionales quienes incurran en conflicto de intereses ni quienes resulten beneficiados de la práctica de la eutanasia.

Artículo 15. Protección de la intimidad y confidencialidad.

1. Los centros sanitarios que realicen la prestación de ayuda para morir adoptarán las medidas necesarias para asegurar la intimidad de las personas solicitantes de la prestación y la confidencialidad en el tratamiento de sus datos de carácter personal.
2. Asimismo, los citados centros deberán contar con sistemas de custodia activa de las historias clínicas de los pacientes e implantar en el tratamiento de los datos, las medidas de seguridad de nivel alto previstas en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal, teniendo en cuenta que los tratamientos afectan a categorías especiales de datos previstas en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016».

Finalmente, cabe referirse a la tutela jurisdiccional del derecho tanto ante la jurisdicción ordinaria como ante la constitucional. La primera se menciona de forma expresa en la Disposición adicional quinta de la LORE: «Los recursos a los que se refieren los artículos 10.5 y 18.a) se tramitarán por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa». Se trata de los recursos que cabe interponer contra las resoluciones de la Comisión de Garantía y Evaluación «[...] que informen desfavorablemente la solicitud de la prestación de ayuda para morir» y que, en la medida que garantizan un derecho derivado del artículo 15 CE, se tramitarán por el «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona» regulado en los artículos 114 y siguientes, que se caracteriza por su especialidad, preferencia y sumariedad. Es especial porque contiene diferencias respecto al procedimiento común, preferente porque debe ser objeto de conocimiento antes que cualquier otro y sumario por la simplificación de los trámites y el acortamiento de los plazos (así, por ejemplo, el periodo probatorio no será en ningún caso superior a veinte días comunes para su proposición y práctica y el órgano jurisdiccional dictará sentencia en el plazo de cinco días). Si, como parece, la competencia para resolver corresponde a los juzgados de lo contencioso-administrativo, una sentencia desestimatoria de la pretensión sería recurrible ante el Tribunal Superior de Justicia.

Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, y aunque la LORE no mencione esta posibilidad, en la medida en que estamos hablando de tutela de un derecho fundamental, cabría interponer, en el plazo de veinte días, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

## 5. CONCLUSIONES

La prohibición absoluta, avalada incluso con una sanción penal, de prestar ayuda a morir a una persona que padece sufrimientos graves, crónicos e imposibilitantes o una enfermedad grave e incurable es difícilmente compatible con una comprensión del derecho a la vida y a la integridad física y moral que tenga en cuenta la dimensión de libre desarrollo de la personalidad que acoge la Constitución en su artículo 10.1 y que se proyecta en el artículo 15.

Parafraseando al Tribunal Supremo de Canadá, la respuesta individual ante una situación médica irremediable es una cuestión que afecta a la autonomía personal y, en consecuencia, la ley debe permitir reclamar cuidados paliativos, rechazar alimentos e hidratación, así como el mantenimiento artificial de la vida, pero también el derecho a la asistencia para morir.

Y es que el derecho fundamental a la integridad física y moral garantizado en el artículo 15 CE comprende no solo la facultad de exigir el deber de abstención por parte de los poderes públicos o de terceros en relación con una persona que no quiere que le ayuden a seguir viviendo, sino también la exigencia de comportamientos positivos por parte de los poderes públicos y, dependiendo del alcance de la eficacia de los concretos derechos fundamentales

entre particulares, de sujetos privados cuando dichas intervenciones, prestaciones, cambios normativos, etc. sean necesarios para asegurar la efectividad de esos derechos y libertades con una alta carga de autodeterminación personal, como es el derecho a la integridad personal.

En suma, del artículo 15 CE cabe derivar, en relación con el proceso de fin de la vida, un derecho complejo que, primero, habilita para rechazar un tratamiento no deseado mediante la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas, salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, segundo, faculta a la persona para requerir de los poderes públicos una prestación en forma de ayuda médica para morir cuando su integridad esté siendo gravemente menoscaba por sufrimientos intolerables o por una enfermedad grave e incurable.

Para concretar en qué supuestos cabe exigir esa prestación, qué personas la pueden reclamar y cómo se garantiza el derecho, es decir, para regular el objeto, la titularidad y la garantía del citado derecho se precisa la aprobación de una Ley orgánica de eutanasia, dado que las «reglas» deben, en todo caso, estar claras.

La recién aprobada Ley Orgánica de regulación de la eutanasia ha venido a dar respuesta a esas preguntas y lo ha hecho en unos términos que nos parecen, en términos generales, satisfactorios, con la única salvedad de la exclusión terminante de las personas menores de edad.

## NOTAS

1. Según lo previsto en la Disposición final tercera (Carácter ordinario de determinadas disposiciones): «La presente Ley tiene carácter de ley orgánica a excepción de los artículos 12, 16.1, 17 y 18, de las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, y de la disposición transitoria única, que revisten el carácter de ley ordinaria».

2. «4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e incapacitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia».

3. Ya desde la STC 5/1981, de 13 de febrero, viene sosteniendo el Tribunal Constitucional (FJ 21 A) que «[...] cuando en la Constitución se contiene una reserva de Ley ha de entenderse que tal reserva lo es en favor de la Ley orgánica —y no una reserva de Ley ordinaria— solo en los supuestos que de modo expreso se contienen en la norma fundamental (art. 81.1 y conexos). La reserva de Ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley Orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81.2 de la C.E.), pues tal efecto puede y aun debe ser excluido por la misma Ley Orgánica o por Sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquella no participan de tal naturaleza. Llevada a su extremo, la concepción formal de la Ley Orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada

en el juego de las mayorías, previendo tan solo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas. Por ello hay que afirmar que si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 de la C.E.), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria».

Como también es conocido, «[...] cuando [...] en una misma Ley Orgánica concurren materias estrictas y materias conexas, hay que afirmar que en principio estas también quedarían sujetas al régimen de congelación de rango señalado en el art. 81.2 de la Constitución y que así debe ser en defensa de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la C.E.). Pero este régimen puede ser excluido por la propia Ley Orgánica en relación con alguno de sus preceptos, indicando cuáles de ellos contienen solo materias conexas y pueden ser alterados por una Ley ordinaria de las Cortes Generales o, en su caso, por leyes de las Comunidades Autónomas. Si tal declaración no se incluyera en la Ley Orgánica, o si su contenido no fuese ajustado a Derecho a juicio del Tribunal Constitucional, será la Sentencia correspondiente de este la que, dentro del ámbito propio de cada recurso de inconstitucionalidad, deba indicar qué preceptos de los contenidos en una Ley Orgánica pueden ser modificados por Leyes ordinarias del Estado o de las Comunidades Autónomas, contribuyendo de este modo tanto a la depuración del ordenamiento como a la seguridad jurídica, que puede quedar gravemente afectada por la inexistencia o por la imperfección de las citadas normas de articulación». (FJ 21 C).

4. Como explicó el Tribunal Constitucional, el objeto del recurso era analizar la «[...] compatibilidad con los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 15, 16.1, 17.1, 18.1, 24.1 y 25.2 CE de la resolución judicial que, ante la negativa a ingerir alimentos, manifestada por los internos recurrentes en reivindicación de la concentración en un mismo establecimiento penitenciario de los reclusos pertenecientes a los GRAPO, autoriza y obliga a la Administración penitenciaria a prestar asistencia médica, en cuanto ello implique la alimentación de los internos en contra de su voluntad».

5. Como se dice en los votos particulares a la STC 120/1990, «[...] la obligación de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, el cual, en relación a su vida y salud y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria [...] lo que importa no es saber si la llamada huelga de hambre reivindicativa en que se encuentran los recurrentes es o no ilícita (o si lo son como se dice en la Sentencia, los objetivos que con la misma se pretenden conseguir, cuestión esta harto discutible); lo esencial es saber si es lícito forzar la voluntad de unas personas, libremente expresada, y coartar su libertad física para imponerles una alimentación o un tratamiento médico que rechazan... [el] deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos. Los reclusos que con grave riesgo para su salud y su vida, pero sin riesgo alguno para la salud de los demás, se niegan a recibir alimentos y asistencia sanitaria no son personas incapaces cuyas limitaciones hayan de ser subvenidas por los poderes públicos [...]».

6. Sobre esta jurisprudencia, Cañamares (2016).

7. Poco después, Kay Carter viajó a Suiza para beneficiarse de la legislación helvética en materia de suicidio asistido, mientras que la señora Taylor falleció a causa de una infección. No obstante, los hijos de la señora Carter recurrieron la sentencia desfavorable y el Tribunal Supremo de Canadá aceptó su legitimación, considerando que, a pesar del precedente que suponía la sentencia *Sue Rodriguez*, el debate sobre la ayuda médica para morir seguía abierto en la sociedad canadiense: entre 1991 y 2010 se debatieron en el Parlamento seis proyectos de ley dirigidos a despenalizar la ayuda a morir. En 2011, la Royal Society of Canada publicó un informe recomendando la modificación del Código Penal para permitir la ayuda a morir en ciertas circunstancias y en un sentido similar se pronunció, en 2012, un Comité Especial del Parlamento de Quebec.

8. El Tribunal concedió el plazo de un año a los legisladores federal y estatales para que adoptasen las medidas adecuadas para el cumplimiento de su sentencia, término que no se cumplió, pues la denominada Ley C-14, de modificación del Código Penal y de otras normas relativas a la ayuda médica para morir, no fue aprobada hasta el 17 de junio de 2016.

9. Fabiano Antoniani, conocido como Dj Fabo, tuvo un gravísimo accidente de tráfico a resultas del cual quedó tetrapléjico y ciego, lo que le impulsó a reclamar una muerte digna en Italia; al no conseguirlo en su país, y con la ayuda de Marco Cappato, viajó a Suiza y pudo morir en una clínica de Zúrich. Cappato fue imputado en Italia por acompañarle.

10. «La República protege la salud como derecho fundamental de la persona e interés básico de la colectividad y garantiza asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a someterse a un tratamiento médico, a menos que así lo establezca la Ley. La Ley no podrá en ningún caso violar los límites que impone el respeto a la persona humana».

11. Finalmente, y como también hizo el Tribunal Supremo de Canadá en el asunto de referencia, al que se hace una remisión expresa a la par que se menciona la decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido de 25 de junio de 2014, la Corte dio un plazo al legislador democrático —hasta el 24 de septiembre de 2019— para que, en su caso, aprobara una nueva normativa en la materia compatible con la Constitución. Pues bien, transcurrido el plazo fijado, y ante la inactividad legislativa, la Corte dictó la Sentencia 242/2019, de 22 de noviembre, donde, entre otras consideraciones, concluyó (FJ 6 a 8), en primer lugar, que la declaración de inconstitucionalidad se limita a excluir el castigo de la ayuda al suicidio en los casos considerados, sin crear ninguna obligación para los médicos de hacerlo. Por lo tanto, depende de cada médico decidir si atiende o no la solicitud del paciente.

En segundo lugar, las condiciones del solicitante que hacen que la prestación de la ayuda sea legal son, como ya había dicho anteriormente la Corte, una patología irreversible, un sufrimiento físico o psicológico grave, la dependencia de tratamientos de soporte vital y la capacidad para tomar decisiones libres y conscientes, que deberán ser sometidas a verificación médica; además debe existir una manifestación de voluntad del interesado clara e inequívoca, de manera compatible con lo que permitan sus condiciones, previa información adecuada de posibles soluciones alternativas, especialmente con respecto al acceso a los cuidados paliativos y, en su caso de la sedación profunda continua.

Finalmente, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 580 por violación de los artículos 2, 13 y 32.2 de la Constitución, en la parte en que no excluye el castigo de quienes, con las modalidades previstas por los artículos 1 y 2 de la ley nº 219 de 2017, o con modalidades equivalentes en el sentido indicado anteriormente, facilita la ejecución de la intención de suicidio, de forma autónoma y libre, de una persona mantenida con tratamientos que sostienen la vida y sufre una patología irreversible, fuente de sufrimiento físico o psicológico que ella considera intolerable y es totalmente capaz de tomar decisiones libres y conscientes. Estas condiciones y métodos de ejecución deberán ser verificados por el Servicio Nacional de Salud, previa consulta al Comité de Ética competente.

12. Asuntos acumulados 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2, BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 y 2 BvR 2527/16. El artículo 217 del Código Penal —*Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*— contemplaba una sanción para quien, con la intención de ayudar a otra persona a suicidarse, proporcionase, procurase u organizase la oportunidad de hacerlo como un servicio profesional. Entre otros, esta disposición fue impugnada por asociaciones que ofrecen asistencia para el suicidio con sede en Alemania y Suiza, personas con enfermedades graves que trataban de poner fin a sus vidas con la ayuda de dichas asociaciones, médicos que trabajan en atención ambulatoria u hospitalaria y abogados que asesoran sobre cuestiones relacionadas con el suicidio.

13. El artículo 2.1 de la Constitución dispone: «Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de los demás ni atente contra el orden constitucional o la moral».

14. Para un enfoque jurídico-constitucional de esta cuestión en la doctrina española, *vid.*, cuando menos, los estudios de Marín Gámez (1998: 85-118); Rey Martínez (2008 y 2018: 353 ss.); Chueca Rodríguez (2009: 99 ss., y 2011: 79 ss.); Molero Martín-Salas (2014); Marcos y De La Torre (2019); Arruego Rodríguez (2019); y Arroyo Gil (2019: 613 ss.).

Sobre las proposiciones de ley presentadas y la necesidad, o no, de una ley estatal, *vid.*, respectivamente, Martín Sánchez (2020: 6-43); Pascucci de Ponte (2020: 1435-1452) y Junquera de Estéfani (2019: 1-19).

15. En el caso *Gross c. Suiza*, «[...] el Tribunal considera que la incertidumbre sobre el resultado de su solicitud en una situación relativa a un aspecto particularmente importante de su vida debe haberle causado un considerable grado de angustia. El Tribunal concluye que la demandante debe haber sufrido un grado de angustia incertidumbre con respecto a la medida de su derecho a acabar con su vida que no hubiera ocurrido si hubieran existido directrices claras, aprobadas por el Estado definiendo las circunstancias bajo las cuales los médicos están autorizados a prescribir la receta solicitada en casos donde un individuo ha llegado a una decisión seria, en el ejercicio de su libre albedrío, de poner fin a su vida, pero donde la muerte no es inminente debido a una condición médica específica. El Tribunal reconoce que puede haber dificultades para encontrar el consenso político adecuado en cuestiones tan polémicas con un profundo impacto ético y moral. Sin embargo, estas dificultades son inherentes a cualquier proceso democrático y no pueden exonerar a las autoridades de cumplir con su tarea.

Las anteriores consideraciones son suficientes para permitir al Tribunal concluir que, si bien es cierto que la legislación suiza ofrece la posibilidad de obtener una dosis letal de pentobarbital sódico con receta médica, no proporciona las directrices claras y completas sobre el alcance de este derecho.

En consecuencia, ha habido una violación del artículo 8 del Convenio en este sentido».

A esta cuestión se refirió también la Corte Constitucional colombiana en la sentencia de 1997 antes citada: «Como el Estado no es indiferente a la vida humana, sino que tiene el deber de protegerla, es necesario que se establezcan regulaciones legales muy estrictas sobre la manera como debe prestarse el consentimiento y la ayuda a morir, para evitar que en nombre del homicidio pietístico, consentido, se elimine a personas que quieren seguir viviendo, o que no sufren de intensos dolores producto de enfermedad terminal. Esas regulaciones deben estar destinadas a asegurar que el consentimiento sea genuino y no el efecto de una depresión momentánea. El Estado, por su compromiso con la vida, debe ofrecer a los enfermos terminales que enfrentan intensos sufrimientos, todas las posibilidades para que sigan viviendo, por lo cual es su obligación, en particular, brindarles los tratamientos paliativos del dolor [...]

El consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión. Por ello la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no solo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren [...]

En su más reciente fallo T-970/14, de 15 de diciembre de 2014, recuerda que «[...] la Corte despenalizó la eutanasia cuando quiera que (i) medie el consentimiento libre e informado del paciente; (ii) lo practique un médico; (iii) el sujeto pasivo padezca una enfermedad terminal que le cause sufrimiento. En esos eventos, la conducta del sujeto activo no es antijurídica y por tanto no hay delito. En caso de faltar algún elemento, la persona será penalmente responsable por homicidio».

16. Para un análisis detallado del texto de la Ley Orgánica reguladora de la eutanasia, *vid.* Tomás-Valiente Lanuza (dir.) (2021).

17. El texto aprobado por el Congreso decía: «Padecimiento grave, crónico e imposibilitante»: «Situación que hace referencia a una persona afectada por limitaciones que inciden directamente sobre su autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no pueda valerse por sí misma, así como sobre su capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para la misma, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico».

18. «1. Una vez recibida la comunicación médica a que se refiere el artículo 8.5, el presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación designará, en el plazo máximo de dos días, a dos miembros de la misma, un profesional médico y un jurista, para que verifiquen si, a su juicio, concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir.

2. Para el adecuado ejercicio de sus funciones, los dos miembros citados en el apartado anterior tendrán acceso a la documentación que obre en la historia clínica y podrán entrevistarse con el profesional médico y el equipo, así como con la persona solicitante.

3. En el plazo máximo de siete días naturales, emitirán un informe con los requisitos a que se refiere el documento contemplado en la letra b) del artículo 12. Si la decisión es favorable, el informe emitido servirá de resolución a los efectos de la realización de la prestación. Si la decisión es desfavorable a la solicitud planteada, quedará abierta la posibilidad de reclamar en virtud de lo previsto en la letra a) del artículo 18. En los casos en que no haya acuerdo entre los dos miembros citados en el apartado 1 de este artículo, se elevará la verificación al pleno de la Comisión de Garantía y Evaluación, que decidirá definitivamente.

4. La resolución definitiva deberá ponerse, en el plazo máximo de dos días, en conocimiento del presidente, quien a su vez lo pondrá en conocimiento del médico responsable que realizó la comunicación para proceder, en su caso, a realizar la prestación de ayuda para morir.

5. Las resoluciones de la Comisión que informen desfavorablemente la solicitud de la prestación de ayuda para morir podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

19. «La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente».

20. «La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte».

## BIBLIOGRAFÍA

ARROYO GIL, Antonio (2019): «El derecho a una muerte digna en el ordenamiento constitucional español» en M. Aragón Reyes, J. Jiménez Campo, C. Aguado Renedo, A. López Castillo y J.L. García Guerrero (dirs.), *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*, Madrid: Fundación Giménez Abad-CEPC, 613-634.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo (2019): *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Granada: Comares.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco (2011): «El derecho fundamental a la vida y la autonomía del paciente», en M. A. Presno Linera (coord.): *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Oviedo: Procuradora General del Principado de Asturias-Universidad de Oviedo, 53-78.

CANOSA USERA, Raúl (2016): *El derecho a la integridad personal*, Valladolid: Lex Nova-IVAP.

- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago (2016): «La reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Supremo de Canadá en relación con el derecho a la muerte digna», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, 337-356.
- CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo (2009): «El marco constitucional del final de la propia vida», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 99-123.
- CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo (2011): «El poder de disposición sobre el final de la vida», en M. A. Presno Linera (coord.): *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Oviedo: Procuradora General del Principado de Asturias/Universidad de Oviedo, 79-104.
- GENTILI, Gianluca (2018): «Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)», *Archivio penale*, 3, 1-31.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1993): *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael (2019): «¿Es necesaria una ley nacional sobre eutanasia en España? Análisis de la legislación autonómica de Madrid», *Revista Iberoamericana de Bioética*, 1-19.
- MARCOS, Ana María y Javier DE LA TORRE (eds.) (2019): *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Madrid: Dykinson.
- MARÍN GÁMEZ, José Ángel (1998): «Reflexiones sobre la eutanasia. Una cuestión pendiente del Derecho Constitucional a la vida», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, 85-118.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro (2020): «La fundamentación jurídica y el contenido de la eutanasia en las proposiciones de Ley Orgánica presentadas para su regulación en España», *Derecho y salud*, 30(2), 6-43.
- MOLERO MARTÍN-SALAS, María del Pilar (2014): *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*, Madrid: CEPC.
- PASCUCCI DE PONTE, Enrico (2020): «La regulación jurídica de la eutanasia en España: análisis de las proposiciones de ley presentadas en la XII y XIII legislaturas y reflexiones sobre el futuro del régimen jurídico aplicable a la cuestión», en *Estudios jurídicos multidisciplinares. José Iturmendi Morales, Maestro Complutense. Homenaje*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1435-1452.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2008): *Eutanasia y derechos fundamentales*, Madrid: CEPC.
- (2018): «Artículo 15. Los derechos a la vida y a la integridad personal: “núcleo duro” del catálogo de derechos fundamentales», *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, t. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 353-367.
- RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo (2020): «Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania», *Revista de Derecho Político de la UNED*, 109, 295-325.
- ROXIN, Claus, Ferrando MANTOVANI, Jesús BARQUÍN y Miguel Domingo OLMEDO (2001): *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Granada: Comares.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen (dir.) (2021): *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.

**Fecha de recepción: 27 de enero de 2021.**

**Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2021.**

LEY DE LA EUTANASIA: UNA LEY EMANADA DE LA DIGNIDAD  
*THE EUTHANASIA ACT: A LAW FOUNDED ON DIGNITY*

*Juan Carlos Carbonell Mateu*

*Catedrático de Derecho penal*

*Universitat de València*

RESUMEN

La aprobación de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia supone un paso importantísimo en el Derecho español hacia el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación de la persona, emanada de su Dignidad. La LORE no es (solo) una norma despenalizadora —si lo fuera, sería insuficiente—, sino reguladora de una prestación que implica al Estado social y democrático de Derecho en la facilitación a los ciudadanos de la satisfacción de una necesidad deseada y solicitada. Se analiza el detallado procedimiento previsto en la ley y se sugiere la necesidad de evitar ciertas interpretaciones y consecuencias no deseables. Pese a la afirmación anterior, la ley contempla una Disposición final que modifica el Código Penal y que es analizada muy críticamente. Con todo, no quedan satisfechas las consecuencias que deberían inferirse de la vinculación entre la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la capacidad de autodeterminación personal.

PALABRAS CLAVE

Eutanasia, dignidad, capacidad de autodeterminación personal, Comisión de Garantía y Evaluación, médico o médica responsable, documento de voluntades anticipadas, contexto eutanásico, objeción de conciencia sanitaria, prestación de la ayuda para morir.

ABSTRACT

The passing of the Euthanasia Act supposes a very important step in the Spanish legal system towards individual autonomy acknowledgment, according to the concept of dignity. The Euthanasia Act is not (just) a statute against criminalization —in that case, it would be unsatisfactory—, but a regulatory legal framework which involve to the Social and Democratic State, in order to provide citizens the satisfaction of a basic necessity, requested and required at the same time. This paper analyses the procedure developed in the Act, suggesting the necessity of avoiding some interpretations and undesirable consequences of it. However, this work is critical with the reform of the Criminal Code introduced by means of the Euthanasia Act. Even so, some aspects regarding dignity and freewill acknowledgment are not completely ensured according to the content of the Act.

KEY WORDS

Euthanasia, freewill, guarantees and Assessment Commission, responsible doctor, advance directives, euthanasian context, conscientious objection, provision of aid to die.

DOL: [doi.org/10.36151/td.2021.003](https://doi.org/10.36151/td.2021.003)

# LEY DE LA EUTANASIA: UNA LEY EMANADA DE LA DIGNIDAD

Juan Carlos Carbonell Mateu

Catedrático de Derecho penal  
Universitat de València

**Sumario:** 1. Necesidad. Aspectos conceptuales y valorativos. 2 De la PLORE a la LORE. 2.1. El contexto eutanásico. 2.2. Los procedimientos de solicitud y realización. Las Comisiones de Garantía y Evaluación. 2.3. La despenalización. 3. La regulación penal de las conductas de participación en el suicidio y la eutanasia. 4. Balance provisional: la LORE, ¿una ley «a medio camino»? Notas. Bibliografía.

La aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE) supone un hito para quienes mantienen una determinada concepción de la dignidad, definida como el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación de la persona sin más limitación que el respeto a los demás. Se trata de una concepción coincidente con la sostenida en el artículo 10.1 de la Constitución española. Por supuesto, esta afirmación podrá discutirse y, de hecho, se ha discutido. El argumento en que pretende basarse el manifiesto elaborado por el Comité de Bioética de España es, precisamente, que la ley es contraria a la dignidad porque favorece la muerte frente a la vida, finalidad que, entre otros preceptos, vulneraría los artículos 10 y 15 de la Constitución. En las próximas páginas intentaré fundamentarla. Se trata, por otra parte, de una norma necesaria a partir de las premisas expuestas.

## 1. NECESIDAD. ASPECTOS CONCEPTUALES Y VALORATIVOS

En efecto, «el reconocimiento del derecho a decidir sobre la propia vida y la no consideración de la imposición de esta más allá de la voluntad de su titular» es una consecuencia coherente con el principio de dignidad de la persona, que el artículo 10.1 de la Constitución proclama como «fundamento del orden político y de la paz social». Solo desde tal proclamación cobra pleno sentido el propio Estado social y democrático de Derecho, pues solo mediante la consideración de los ciudadanos y ciudadanas como dueños de sus propios destinos sin más limitación que el respeto a los derechos de los demás —y ese es el sentido del término «dignidad»— es posible concebir su funcionamiento», tal como pro-

clama el manifiesto a favor de la tramitación de la ley que firmaron casi trescientos juristas. La Ley no va contra la vida ni a favor de la muerte, contra lo que algunos pretenden<sup>1</sup>. Más adelante analizaré el alcance de tal afirmación y si el fundamento en el término «dignidad» permite establecer dos tipos de derechos, entendidos como libertad —que implican el deber del Estado de no prohibirlos— o como pretensión legítima —que obligan a impedir jurídicamente la oposición no justificada—, como recientemente ha defendido Moreso (2021) para diferenciar el pretendido «derecho al suicidio» según nos encontremos en un contexto eutanásico o no.

De momento, afirmaremos que el tratamiento como sujeto, como persona, al ser humano implica el reconocimiento de su capacidad para decidir sobre sí mismo sin la imposición de deberes y sujeciones de naturaleza religiosa y aun ética o cultural a los que ella misma —la persona— no quiera libremente adherirse. Y si el Estado social y democrático de Derecho tiene a la libertad como valor superior y a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social, la negación de cualquiera de estos principios básicos supondría la negación de sí mismo.

Por todo ello, hemos sostenido que la punición de las conductas consistentes en la renuncia voluntaria del titular de la vida cuando decide disponer de ella no se ajustaba adecuadamente a dicha concepción del Estado y suponían —y siguen suponiendo— una incoherencia valorativa (Carbonell Mateu, 2018a).

La absolutización de la vida como valor, derivada de su reconocimiento como derecho, la convierte en un deber jurídico exigible cuando su titular decide rechazarlo. De ello se deduce su conversión en un deber jurídico imponible contra la voluntad. Siendo cierto que no se castiga la tentativa de suicidio, ello no se hace ciertamente porque se reconozca un derecho al mismo, o incluso, como se afirma frecuentemente un «derecho a morir» —que, en mi opinión, resulta, como tal, muy discutible—, sino sencillamente porque el ordenamiento renuncia a una intervención que resultaría inútil por la total ausencia de la potencia motivadora de la prohibición y de la pena con que pudiera venir conminada. Ello produce un efecto que conlleva una cierta hipocresía: no se prohíbe el suicidio, pero sí la intervención de terceros, especialmente si se trata de actos necesarios y de la ejecución de la voluntad del suicida que este no puede llevar a cabo físicamente. Una concepción como la que aquí se mantiene conduce a rechazar que la Constitución imponga al ciudadano deberes basados en valores independientes de su libertad y su dignidad. En este sentido, debe rechazarse la existencia de un deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular. Las anteriores consideraciones resultan obvias, aunque la exposición de motivos de la LORE no las asuma como tales. Al fin y al cabo, y salvo en supuestos muy concretos, la Constitución no impone al legislador democrático la tutela penal de un bien jurídico. Por eso, afirmar que es constitucional una destipificación no supone un avance que vaya más allá de afirmar lo evidente. Es necesario profundizar algo más en la consideración de la dignidad humana como soporte constitucional de los derechos fundamentales.

En este sentido, debe considerarse que los derechos —y la vida no es una excepción— se reconocen a la persona en la medida en que es un ser digno y libre. La vida es un bien jurídico de naturaleza estrictamente individual. De la Constitución española no puede

desprenderse la existencia de un deber jurídico de vivir al servicio de la comunidad ni de la ética. No existe, en ese sentido, una especie de «función social de la vida» similar a la que el artículo 33.2 atribuye a la propiedad. Si esto es así, hay que afirmar la disponibilidad de la propia vida sin ambages. Y ello ha de conducir a la afirmación de que, si bien la vida es un valor positivo, incluso con independencia de la voluntad de su titular, no puede ser impuesta a la persona contra su voluntad: «La decisión de una persona de terminar con su vida, fuera de los supuestos en que no exista una relación de sujeción especial de protección, queda al margen del ámbito del derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución, es decir, que no existe un deber de vivir sino que la esfera de la libertad de las personas autoriza poder adoptar una decisión de esa naturaleza», como declaró la Sentencia 141/2001 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 4 de febrero. Por supuesto, de lo aquí afirmado se puede desprender un planteamiento mucho más ambicioso para abordar el análisis de la LORE, pues esta exige para su aplicación que nos encontremos precisamente en un «contexto eutanásico» y no cuestiona la punición de las conductas relacionadas con el suicidio cuando no concurre tal contexto: no se modifica, por ello, la vigencia de los tres primeros números del vigente artículo 143 del Código Penal. Solo se reforma parcialmente, y para adaptarlo a las definiciones de la nueva ley, la redacción del número 4, y se añade un número 5, que prevé la despenalización cuando se cumplan todos los requisitos y procedimientos establecidos en la nueva norma. La pretensión de este trabajo no es desviarse excesivamente de la novedad legislativa, pero sí denunciar que persisten las incoherencias valorativas entre la Constitución y el Código Penal en cuanto a la punición de la cooperación al suicidio. En realidad, el cuerpo punitivo sigue tratando a quien ha decidido disponer de su propia vida fuera de un contexto eutanásico como un ser que actúa en contra de los dictados éticos dominantes, y concibe a quien colabora con él, sencillamente, como un criminal a quien impone penas que pueden llegar a diez años de prisión.

La contradicción de esta situación ha sido puesta en evidencia —si bien con ciertos matices, en la medida en que se predicaba de una prohibición de prestar ayuda al suicidio de modo profesional— por el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) en su Sentencia de 26 de febrero de 2020. Vale decir que los textos de las Constituciones alemana y española sobre la materia son significativamente idénticos. El Tribunal proclamó, como no puede ser de otra manera, la intangibilidad de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, así como el deber del Estado de garantizarlos. Y añadió que tal reconocimiento implica la capacidad del sujeto para autodeterminar su vida y, en la medida de sus posibilidades, ponerle fin: «El derecho a la muerte autodeterminada no está limitado a situaciones definidas por causas externas como una enfermedad seria o incurable, no se aplica únicamente a ciertas etapas de la vida o de la enfermedad. Por el contrario, este derecho está garantizado en todas las etapas de la existencia de una persona. Restringir el alcance de la protección a causas o motivos específicos equivaldría esencialmente a una evaluación substantiva y, por lo tanto, predeterminada, de los motivos de la persona para procurar el fin de su propia vida, algo ajeno a la noción de libertad de la Ley Fundamental». La resolución agregó: «Dado que el derecho al suicidio, que incluye los motivos que subyacen a una decisión individual de cometer suicidio, es reconocido por el derecho constitucional y dado que estos motivos eluden cualquier evaluación basada en estándares de racionalidad objetiva [...], la

permisibilidad del auxilio al suicidio no puede vincularse a criterios sustantivos, por ejemplo, requiriendo un diagnóstico de enfermedad incurable o terminal. Sin embargo, otros diversos requisitos pueden ser establecidos, dependiendo de las relevantes circunstancias de la vida, exigiendo que la decisión de un individuo a cometer suicidio sea seria y estable. El legislador es libre de desarrollar un esquema de salvaguardas procesales».

Moreso (2011) resume el pronunciamiento en cuatro puntos, de los que tan solo acepta dos, cuestionando la validez de los restantes. De forma poco convincente, el autor niega su aplicabilidad al Derecho español:

- i)* La dignidad humana funda un amplio derecho a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad.
  - ii)* La autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad implican el derecho constitucional irrestricto (de personas adultas que muestran una voluntad clara y estable al respecto) a disponer de la propia vida.
  - iii)* Si alguien tiene un derecho constitucional, este no puede ser limitado más que por medidas razonables que pasen el test de proporcionalidad.
  - iv)* Impedir el auxilio ejecutivo al suicidio es una medida irrazonable y no proporcional.
- (*Ergo*) Penar el auxilio ejecutivo al suicidio es una medida inconstitucional (Moreso, 2021)

Pues bien, el citado autor considera la vida como un valor intrínseco, y para defender su tesis recurre al mismo Kant: a su juicio, es precisamente ese valor intrínseco lo que otorga dignidad y permite tratar a la persona como sujeto y no como objeto. Al margen de ese apoyo, Moreso acaba aceptando ciertos valores con independencia de a quién van dirigidos y de si son o no instrumentales para la satisfacción de los deseos de los titulares de los derechos de que derivan. Ello pervierte la relación entre derecho y valor y convierte ciertos valores en absolutos —o, al menos, en semiabsolutos, lo que los hace indisponibles—. Es decir, convierte los derechos en deberes no solo de los terceros que han de respetarlos, sino también de su titular, que ha de soportarlos. De este modo, la persona sigue sometida a criterios impuestos más allá de los límites —estos sí, intrínsecos— del libre desarrollo de la personalidad, que no pueden ser otros que los derivados del necesario respeto a las libertades de los demás. ¿O no fue precisamente Kant quien definió el Derecho como «regulación de la coexistencia de libertades»? Con ello, la cuestión de la eutanasia pierde su condición de derecho derivado de la dignidad para convertirse en un permiso —débil— fundamentado en la simple limitación del sufrimiento; es decir, en la compasión. No puedo compartir semejante argumentación.

Creo, por el contrario, que tanto en lo que proclama cuanto en lo que supone implícitamente la Sentencia del BVfG de 26 de febrero de 2020 es extrapolable a España y que, cuando de den las condiciones para ello, debería comportar una revisión a fondo de todo el artículo 143 del Código Penal y del tratamiento jurídico de las conductas relacionadas con el suicidio. De momento, la resolución aquí comentada debería contribuir a una interpretación de la LORE, especialmente de los controles que establece, que deberían estar más encaminados a comprobar la autenticidad de la voluntad del peticionario que a la extensión de lo que hemos venido llamando «contexto eutanásico». La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán —órgano que tanta influencia ha tenido

tradicionalmente en el español— hace necesaria la revisión no solo del último párrafo del artículo 143 del Código Penal, es decir, la punición, aunque sea privilegiada, de la eutanasia, sino también de todo el precepto que regula la participación en el suicidio. Sin duda, la situación dramática en la que pueden producirse conflictos entre valores fundamentales no puede ser ignorada por el Derecho, pero el Derecho tampoco puede orillar —menos aún cuando, como es habitual y el caso analizado no es una excepción, el recurso a la pena de prisión se convierte en la solución de cualquier conflicto— la consideración de la persona como dueña de su destino y de su capacidad de autodeterminación, consecuencia indisociable de su dignidad y fundamento, a su vez, del Estado social y democrático de Derecho.

Quienes se muestran contrarios a la LORE o, por mejor decir, a la legitimidad de la eutanasia, contraponen a esta los cuidados paliativos, afirmando que estos son necesarios y suficientes para que el final de la vida se produzca sin dolor ni sufrimiento. Así lo hace, por ejemplo, el 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, de 6 de octubre de 2020 (en adelante: Informe del Comité de Bioética). El Informe hace una excelente descripción de las virtudes e insuficiencias de los cuidados paliativos en nuestro país, citando expresamente la Resolución del Consejo de Europa 1418, adoptada por su Asamblea (24.ª Sesión) el 25 de junio de 1999, que caracteriza a los cuidados paliativos como un derecho legal e individual de todos los enfermos terminales o moribundos en todos los Estados miembros. Desgraciadamente, y así se afirma en el propio Informe, la realidad dista mucho de la satisfacción de ese derecho. No puedo sino mostrar mi total acuerdo con el reconocimiento de los cuidados paliativos —especialmente, cuando es necesaria, la sedación— como un derecho subjetivo que comporta la obligación correlativa del Estado de prestarlos sin que tal prestación pueda tener efectos negativos para el personal sanitario que la prescribe y la hace efectiva —como, por cierto, ha sucedido en nuestro país—.

Ahora bien, lejos de ser contrapuestos, los cuidados paliativos y el reconocimiento jurídico del derecho a decidir sobre el propio destino a través de la solicitud de la eutanasia han de ser complementarios y suponen diversos grados en el ejercicio de la capacidad del ciudadano para tomar decisiones sobre sí mismo y de la actividad del personal que garantiza su salud para suministrar una respuesta conforme a la misma. En diversos pasajes, el Informe del Comité de Bioética enmarca tanto los cuidados paliativos como la eutanasia en un contexto de compasión. Y es eso lo que, a mi juicio, lo hace insostenible: no se trata de compadecerse de la persona que sufre y tratar de paliar su dolor por compasión, como hacemos con un animal de compañía o incluso con cualquiera hacia el que sentimos un mínimo de empatía. Tal como venimos afirmando, se trata más bien de actuar conforme a la dignidad, reconociendo al sujeto la capacidad de decidir sobre el tratamiento que puede recibir o rechazar y la continuidad de su vida, es decir, de decidir que se lleven a cabo cuantas medidas sean posibles, de que cese la aplicación cualquiera de ellas o incluso de que se ponga fin a su vida de la manera menos traumática y más digna posible.

Cuidados paliativos y derecho a la eutanasia no solo no son contradictorios, sino que suponen grados de un mismo concepto: el que deriva de la dignidad, que supone que la persona sea tratada como un ser con pleno dominio sobre su destino, dentro, claro está, de las limitaciones de la biología.

## 2. DE LA PLORE A LA LORE

Tras definir la eutanasia como «[...] el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento», la exposición de motivos de la LORE afirma que la norma parte del consenso alcanzado en nuestras doctrinas bioética y penalista de reducir la cuestión a la tradicionalmente denominada «eutanasia activa directa», es decir, a la que se lleva a cabo mediante formas de acción positiva («el que causare o cooperare con actos necesarios y directos a la muerte de otro»), de manera que se excluye del concepto la interrupción de un tratamiento rechazado por el paciente capaz —incluso cuando tal circunstancia no se produce, pero la continuidad del tratamiento se considera inútil o, sobre todo, ineficiente—. El texto subraya, asimismo, la existencia de un debate social real al que se llega tanto por la concepción liberal-democrática y, en definitiva, laica que inspira a la mayor parte de la sociedad civil —en mi opinión, en mucha mayor medida que a los partidos políticos que han venido dominando tradicionalmente el arco parlamentario— cuanto por las circunstancias objetivas y los avances médicos que, aunque permiten alargar la vida, no siempre mantienen su calidad en términos aceptables.

La Ley procede de una Proposición de Ley Orgánica presentada por el grupo socialista, idéntica a la que se presentó en 2018, que decayó como consecuencia de la disolución parlamentaria y que, a su vez, había seguido a otra proposición presentada por el grupo parlamentario confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea cuya tramitación no fue aprobada debido a la abstención de los socialistas. Ambas proposiciones parecían tener idéntica finalidad, si bien existían diferencias de cierta importancia. (Carbonell Mateu, 2018a: 799-818). Algunas de ellas han reaparecido con matices durante la tramitación parlamentaria de la LORE; concretamente, en el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso de los Diputados, 17 diciembre de 2020). En su exposición de motivos, la LORE afirma tajantemente que no se trata tan solo de despenalizar la eutanasia, lo que «[...] dejaría a las personas desprotegidas respecto de su derecho a la vida que nuestro marco constitucional exige proteger».

El texto de la Proposición ha sido, a mi juicio, muy mejorado en su tramitación parlamentaria, que acogió algunas de las observaciones formuladas distintos autores habían, la mayoría de las cuales fueron recogidas en el número 82 de la revista de la Asociación Derecho a Morir Dignamente (en adelante *DMD*, 2020) o en diversos medios. Tales comentarios se refieren fundamentalmente al contexto eutanásico, al procedimiento para la concesión —o denegación— de la prestación de la ayuda a morir y a los efectos de la propuesta de redacción del artículo 143 del Código Penal.

## 2.1. EL CONTEXTO EUTANÁSICO

La nueva regulación trata, por tanto, de incluir un procedimiento muy garantista — que, como veremos inmediatamente, en algún punto es discutible, no tanto porque sea demasiado garantista, sino porque incide excesivamente en las propias limitaciones de la norma, que, como ya hemos visto, no afecta a toda persona capaz que, de forma racional, tome la decisión (discutible o no) de poner fin a su vida, sino tan solo a aquellas que, siendo mayores de edad (críticamente sobre este aspecto, Fernández García, 2021), se encuentren en el denominado «contexto eutanásico»— recogido básicamente en el artículo 5 d). En la PLORE, el contexto eutanásico se definía de este modo: «Sufrir una enfermedad grave e incurable o padecer una enfermedad grave, crónica e invalidante en los términos establecidos en esta ley, certificada por el médico o médica responsable». Por su parte, el tenor literal del art. 5. d) del texto definitivo de la LORE caracteriza el contexto eutanásico en estos términos: «Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, en los términos fijados en esta ley, certificada por el médico responsable». Los conceptos clave y las situaciones previstas son definidos en el art. 3 con alguna modificación respecto al proyecto inicial. Así, el artículo 3. b) entiende por «Padecimiento grave, crónico e imposibilitante» la «situación que hace referencia a una persona afectada por limitaciones que inciden directamente sobre su autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no pueda valerse por sí misma, así *como sobre su capacidad de* expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para la misma, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable [...]». La modificación más destacable ha sido la eliminación de la exigencia de que la situación derive necesariamente de una enfermedad, limitación que habría dejado fuera de la ley supuestos tan conocidos como los de Ramón Sampederro, en el que, como sucede en innumerables casos, el padecimiento crónico derivó de un accidente traumático. Se mantiene el requisito de la seguridad o gran probabilidad de la ausencia de mejoría.

También es relevante el cambio introducido en la definición de la enfermedad grave e incurable, que en el texto inicial descartaba la posibilidad de que la alteración del estado de salud hubiera tenido su origen en una acción del paciente («[...] por un accidente o enfermedad, originados independientemente de la voluntad del o la paciente»). El artículo 5. c) de la redacción finalmente aprobada hace referencia a la enfermedad «[...] que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable [...]». Debe destacarse el hecho de que la medida dependa de la propia persona y no de criterios pretendidamente objetivos que son siempre establecidos por quien no los padece.

La LORE atribuye un especial relieve a la comprobación de que la petición obedece a la plena libertad de quien presta algo más que un consentimiento, en la medida en que reclama una ayuda al suicidio y pone unilateralmente en marcha el proceso de demanda de una prestación orientada a la consecución de tal fin. Ello queda expresado de forma muy tajante, en el artículo 4.3, introducido en el Dictamen de la Comisión, cuyo tenor literal es el siguiente: «En los procedimientos regulados en esta Ley, se garantizarán los medios y

recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales y los ajustes razonables que resulten precisos para que las personas solicitantes de la prestación de ayuda para morir reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas.

En especial, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en el ordenamiento jurídico».

Por eso, entre los requisitos para recibir la prestación figura el de disponer por escrito de la información existente sobre su proceso médico y las posibilidades de actuación sobre el mismo, incluido, en su caso, el acceso a los cuidados paliativos integrales y a cuantas prestaciones tuviera derecho. Como inmediatamente veremos, los procedimientos tanto de solicitud como de realización de la prestación de ayuda a morir pretenden asegurar que la decisión de la persona solicitante proviene de su voluntad inequívoca (art. 6), y es individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas (art. 3), incisos o tramos, por cierto, introducidos durante la tramitación parlamentaria a resultas de la aceptación de enmiendas presentadas por diferentes grupos.

En definitiva, continúa exigiéndose la concurrencia de un determinado contexto cuya comprobación es necesaria para la aprobación de la prestación. Pero es muy importante resaltar el modo en que la Ley extrema las garantías de que estamos ante una petición de ayuda a morir absolutamente propia y libre de influencias o presiones externas.

Por ello, adquiere especial relevancia la previsión de la función que la LORE atribuye a los documentos de instrucciones, el testamento vital, las voluntades anticipadas o los documentos equivalentes legalmente reconocidos en determinados supuestos en los que el peticionario no pueda prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente. La prestación podrá satisfacerse conforme a lo que en aquellos documentos haya dispuesto el solicitante, aunque no se encuentre consciente o en disposición de ratificar o rectificar su decisión previa. Si en el documento se ha nombrado un representante, este será el interlocutor válido para el médico responsable. (art. 5.2)

El artículo 16 de la Ley Orgánica reconoce el derecho a la objeción de conciencia del médico o médica, así como del resto del personal sanitario directamente implicados en la prestación de la ayuda, definido como el «[...] derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones» (art. 3. f)). A tal efecto, y como dispone el art. 16, las administraciones sanitarias autonómicas creará un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia en el que se inscribirán las declaraciones de objeción, que habrán de efectuarse anticipadamente y por escrito. De esta manera, el Sistema Nacional de Salud podrá garantizar adecuadamente la prestación del servicio<sup>2</sup>. Debe destacarse que la objeción solo se admite en el caso de los profesionales, no en el de los centros sanitarios deban intervenir directamente en la prestación. Estamos ante una prestación pública incor-

porada a la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y encomendada a los centros sanitarios públicos, privados o concertados, que no van a poder objetar como tales. Ello significa que el servicio ha de estar garantizado, y de eso deberá ocuparse el manual de buenas prácticas que, en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la ley, deberá elaborar el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud «[...] con el fin de asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de ayuda para morir», tal como establece la Disposición adicional sexta.

## 2.2. LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLICITUD Y REALIZACIÓN. LAS COMISIONES DE GARANTÍA Y EVALUACIÓN

Además de los requisitos ya señalados, el artículo 6.1. de la LORE estipula que la solicitud de ayuda a morir deberá hacerse por escrito y que, en la medida de su capacidad, el documento será fechado y firmado por la persona solicitante. Si ello no fuera posible, podrá hacer uno de otros medios, o bien otra persona mayor de edad y plenamente capaz podrá fecharlo y firmarlo y hará constar la circunstancia. El trámite se realizará, en todo caso, en presencia de un profesional sanitario, que lo rubricará. Por supuesto, la persona que solicita la prestación de la ayuda para morir podrá revocar la solicitud en todo momento, así como pedir a la administración el aplazamiento de la ayuda para morir. Igualmente, habrá de otorgarse validez a las instrucciones previas contenidas en el correspondiente documento que hubiera sido firmado por la persona que solicita la ayuda, aunque —o justamente por ello— no fuera capaz en el momento de la prestación. En el caso de los documentos de instrucciones previas, la solicitud podrá ser presentada por una persona mayor de edad y capaz, o incluso por el propio médico responsable<sup>3</sup>.

El médico responsable puede denegar la petición si considera que no se dan los requisitos. En ese caso, cabe interponer recurso ante la Comisión de Garantía y Evaluación, que tiene un papel relevante tanto antes como después de la prestación. Existirá una por cada comunidad autónoma, además de las de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Será nombrada por el correspondiente gobierno autónomo, tendrá carácter interdisciplinar y deberá contar con un número mínimo de siete miembros, entre ellos médicos y juristas. Debe destacarse que estas referencias fueron incluidas en el texto como consecuencia de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios, pues en la redacción inicial había un enorme vacío sobre composición y funciones de un órgano esencial en el procedimiento, insuficiencia que me obligó a señalar en un comentario a dicho texto que «[...] si bien la composición y reglamento habrán de ser regulados por los gobiernos autónomos, se trata de una instancia ajena a la relación directa entre paciente y médico. El texto, al remitir la regulación a las comunidades autónomas, deja un vacío que puede resultar excesivo. En mi opinión, deberían establecerse aquí unas condiciones comunes mínimas en la composición de las comisiones: su carácter técnico, con la presencia de profesionales vinculados al Derecho, la medicina —incluyendo la psiquiatría— y la psicología y evitando un sesgo excesivamente partidista». La observación ha sido atendida en parte. Como veremos a continuación, se mantiene un doble control —previo y posterior a la prestación— que puede

resultar disfuncional, en la medida en que aleja la decisión de la voluntad inequívoca de la persona solicitante. Pero, ciertamente, la regulación del control previo ha sufrido —o, mejor dicho, se ha beneficiado de— diversas modificaciones respecto al texto inicial.

El procedimiento se inicia, obviamente, con la solicitud, que ha de ser doble, con una separación de al menos quince días, excepto en el caso que el médico responsable considere que hay riesgo de pérdida de capacidad inminente. Deberá ser formulada por escrito, en documento fechado y firmado. A ambas solicitudes seguirá un proceso deliberativo entre médico y paciente, y se planteará al paciente la posibilidad de desistir. Deberá solicitarse un informe de un médico consultor, que deberá corroborar que concurren los requisitos legalmente exigidos. En el caso de que resulte contrario a la prestación y exista, por tanto, discrepancia entre ambos médicos, se trasladará a la Comisión de Garantía.

Si no sucede tal circunstancia, el médico responsable elevará la petición compuesta por dos documentos a la presidencia de la Comisión para que designe a dos miembros —un jurista y un médico—, que podrán recabar información e incluso entrevistarse con médico y paciente y emitirán un informe. Si este es favorable, servirá de resolución a los efectos de realización de la prestación; si no lo es, cabrá el recurso ante el pleno de la Comisión —excluidos los informantes— y, si hay discrepancia entre ellos, se elevará igualmente a la Comisión para la decisión definitiva. La decisión favorable determinará la realización y la desfavorable podrá ser objeto de recurso contencioso.

La prestación tiene una doble posibilidad de realización. Puede consistir en: «La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente» (art. 3. g) 1.<sup>a</sup>), o bien en: «La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte» (art. 3. g) 2.<sup>a</sup>). En ambos casos, el personal sanitario asistirá al paciente hasta su fallecimiento.

Una vez llevada a cabo la prestación, el médico o médica deberá remitir a la Comisión de Garantía y Evaluación competente dos documentos diferentes. En el primero constarán la identidad de la persona asistida, así como la del médico o médica que la prestaron y de las personas que fueron consultadas. Igualmente, constará si la persona solicitante disponía de un documento de instrucciones previas o equivalente y, en su caso, de un representante, cuya identificación completa también constará.

El segundo documento contendrá todos los datos e informaciones que permitan formar una opinión sobre la concurrencia de los requisitos. De esta manera, se garantiza el anonimato, y, salvo que se planteen problemas que hagan necesario lo contrario, la Comisión de Garantía y Evaluación adoptará sus decisiones sin acceso a las identidades, es decir, de manera rigurosamente objetiva.

La inmensa mayoría de las legislaciones comparadas centran la actividad de control en este momento ulterior. De hecho, no hay ninguna que prevea un control previo por un órgano colegiado. En España, la previsión del control previo fue muy cuestionada porque aleja la decisión de la relación médico-paciente y complica extraordinariamente un proce-

dimiento que normalmente no puede demorarse sin que se agrave la situación de la persona que lo necesita. Desde la perspectiva de los profesionales de la medicina, es interesante la crítica que Broggi formula a este respecto: «Y es que, aparte de confusiones en el redactado, exigir un control previo como requisito puede aumentar el carácter defensivo de la práctica profesional, e incluso, como hemos intentado apuntar, para casos no propiamente eutanásicos. De hecho, incluso en estos, representa socializar el proceso prematuramente, con una clara desconfianza a los profesionales sanitarios y a las decisiones que se toman en el seno de la relación clínica. Para la persona que padece una enfermedad avanzada, terminal y/o con sufrimiento insoportable, es una medida cruel, porque ve que su difícil decisión deberá llevarla más allá del círculo de su confianza, de su cabecera. Su demanda se verá expuesta a un escrutinio prematuro de los miembros de una comisión alejada de él y que puede dificultar el proceso. Por lo tanto, el control *ex ante*, creyendo allanar el camino con un garantismo más estricto que ningún otro país ha aceptado, sacará fuera de la relación clínica la decisión final, disminuyendo la responsabilidad del profesional en ella y la intimidad y calidez que, en su situación de vulnerabilidad, toda persona enferma querría conservar» (Broggi Trias, 2021).

La decisión de que la prestación se someta a un control previo puede resultar muy peligrosa, en la medida en que obliga a una comprobación que supera la relación médico-paciente de la concurrencia de los requisitos y condiciones y deja la decisión en manos de un ente cuya composición la ley no determina y delega a las comunidades autónomas. Ello puede provocar que, como ha sucedido ya en otros ámbitos, las decisiones difieran de manera radical, hasta el punto de convertir la ley en inoperante en alguna zona del territorio español. Sería realmente lamentable que la autonomía de la voluntad de los ciudadanos sobre su destino dependiera de la estrategia política de los partidos que componen los diversos gobiernos autonómicos si estas acaban proyectándose en las respectivas comisiones. Es, al menos, preocupante que el sistema de controles pueda ser utilizado para llevar la objeción de conciencia mucho más allá de la previsión del legislador y convertirla en un boicot a la puesta en marcha de la ley (Beltrán Aguirre, 2021).

La exigencia del control previo resulta sumamente discutible porque aleja la decisión final de la voluntad del solicitante —debería bastar con un control posterior o, como máximo, una constatación notarial de la concurrencia de los requisitos o del reconocimiento de la capacidad de médico y paciente para la toma de decisiones válidas—. No se niega que no pueda ejercer algún papel positivo, pues garantiza la concurrencia de los requisitos y da al médico la tranquilidad de que su actuación ha sido previamente refrendada. Pero el hecho de que la admisión de la decisión se haga depender de un órgano cuya composición la ley deja abierta lo convierte en un trámite sumamente discutible. Probablemente por ello, la LORE contiene previsiones que no figuraban en la PLORE, entre ellas la composición mínima de la Comisión —que, por cierto, ya no es de «control», sino de «garantía»—, así como su carácter multidisciplinar. La LORE incorpora, además, un nuevo párrafo 5 en el art. 17 cuyo tenor literal es el siguiente: «El Ministerio de Sanidad y los presidentes de las Comisiones de Garantía y Evaluación de las comunidades autónomas se reunirán anualmente, bajo la coordinación del Ministerio, para homogeneizar criterios e intercambiar

biar buenas prácticas en el desarrollo de la prestación de eutanasia en el Sistema Nacional de Salud». Por otra parte, en el texto definitivo se ha añadido una Disposición adicional tercera que mandata a las comunidades autónomas la remisión al Ministerio de Sanidad de informes anuales elaborados por las respectivas Comisiones de Garantía y Evaluación. Sin duda, existe una preocupación real por un posible desarrollo desigual de la ley. Y es que puede resultar criticable el importante rol atribuido a las comunidades autónomas en una materia que supone desarrollo de derechos fundamentales. De hecho, es destacable que, tal y como establece la Disposición final tercera, sean precisamente los preceptos referidos a las Comisiones de Garantía y Evaluación los únicos que no tienen carácter de ley orgánica. La Disposición adicional segunda, referida al título competencial, puede dar alguna pista sobre este extremo: «Esta Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.1.<sup>a</sup> y 16.<sup>a</sup> de la Constitución española, que atribuyen al Estado la competencia *para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*, y sobre las bases y coordinación general de la sanidad, respectivamente, salvo la disposición final primera que se ampara en la competencia que el artículo 149.1. 6.<sup>a</sup> atribuye al Estado sobre legislación penal» (las cursivas corresponden al texto incorporado por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados).

### 2.3. LA DESPENALIZACIÓN

Ya se ha advertido que, aunque aquí no se comparta su contenido, la exposición de motivos de la LORE señala que esta ley no es únicamente una norma despenalizadora y que introduce un nuevo derecho fundamental a la eutanasia, que no es lo mismo que el absurdamente pretendido «derecho a morir», derecho, este último, que implicaría una valoración positiva de la muerte y, por consiguiente, una concepción negativa de la vida y que carecería de sentido, al igual que sucede con todo reconocimiento de un derecho a algo que va a suceder inexorablemente, con o contra la voluntad de su pretendido titular. No se tiene «derecho» a morir, sino a elegir, en la medida de lo posible, el momento y la forma en que dejamos de vivir. El pretendido «derecho a morir» es, en realidad un derecho a que no se imponga la vida como un deber inexorable e indisponible. Y esta ley, por fortuna, va más allá de la despenalización, en determinadas y limitadas circunstancias, de las conductas de cooperación al suicidio en el marco de un contexto eutanásico. No obstante, también este apartado figura entre los que han sido modificados de manera sustancial por la tramitación parlamentaria: los textos de la PLORE y la LORE difieren notablemente debido, casi con certeza, a que la doctrina penal criticó duramente el texto inicial por su poco meditada redacción y sus consecuencias potencialmente nefastas. Dada la relevancia de esta cuestión, dedicaremos una atención especial a su análisis, que merece un epígrafe propio.

### 3. LA REGULACIÓN PENAL DE LAS CONDUCTAS DE PARTICIPACIÓN EN EL SUICIDIO Y LA EUTANASIA

Como es sabido, el Código Penal de 1995 introdujo un número 4 en el artículo 143 que establecía una importante atenuación de la sanción en contraste con las muy elevadas penas previstas para la inducción y la cooperación al suicidio; asimismo, delimitaba el ámbito de las conductas típicas. Si bien la relación de supuestos que el párrafo cuarto privilegiaba no agotaba los incluidos en la descripción típica de los tres primeros números, nadie interpretó que ello significara que mantenían tipicidad y pena, sino que, por elemental lógica, se consideró que los supuestos de complicidad no necesaria o de actos de mera omisión dejaban de ser típicos. El art. 143.4 del Código Penal disponía: «El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de este en el caso e que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo». Me he referido en alguna ocasión a esta redacción y he afirmado que «[...] el legislador ha sido lo suficientemente sensible como para introducir un número 4 en el que se prevé una causa de relevante atenuación de la pena que, en cierta manera, recuerda al sistema de las indicaciones del aborto, y que permite llegar a penas de no cumplimiento; esto es, que permiten la suspensión de su ejecución, cuando se den los requisitos generales para la misma» (Carbonell Mateu, 2019). Sin embargo, mi opinión fue siempre que, aunque previera una atenuación sin duda relevante, la regulación no solo era injusta, sino sumamente peligrosa, como mostró la realidad de forma clara. A ello me referí en otro lugar. Es verdad que el CP 1995 rechazó la absoluta ignorancia que la voluntad del sujeto pasivo —lo llamaremos así, aunque realmente no lo sea— merecía en la regulación anterior, que castigaba la ejecución del suicidio a petición del titular de la vida con la pena del homicidio doloso, pero también lo es que siguen castigándose la inducción y la cooperación al suicidio mediante una regulación específica de la eutanasia ciertamente poco satisfactoria. El Código ha tenido que «sortear» situaciones sumamente conflictivas y convivir con diferentes leyes autonómicas que, a falta de la correspondiente ley orgánica que se ocupara del desarrollo de un derecho fundamental en su frase crítica, han regulado las últimas disposiciones personales y pretendido, en la medida de lo posible, la facilitación de una buena muerte o, al menos, la evitación de una indigna cosificación de la persona so pretexto de una supuesta sacralización de la vida (Carbonell Mateu, 2018). Las comunidades autónomas, por tanto, han tenido que ir supliendo la clamorosa ausencia de la ley orgánica. Y las instituciones democráticas han tenido que hacer ímprobos esfuerzos para adaptar una regulación jurídica muy insuficiente a las necesidades de la realidad. En este sentido, fue particularmente relevante el Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de Andalucía, de 1 de marzo de 2007, relativo a la «limitación del esfuerzo terapéutico y negativa al tratamiento con ventilación mecánica de Doña Inmaculada Echevarría Ramírez». Considerando el interés y el impacto que causó en su momento, reproduciré algunos párrafos del documento. Concretamente, el Dictamen —que daría lugar a la autorización

por parte de la Junta para la desconexión de los aparatos que otorgaban la ventilación mecánica— afirma lo siguiente:

«El Consejo Consultivo considera que las normas jurídicas analizadas permiten que cualquier paciente que padezca una enfermedad irreversible y mortal pueda tomar una decisión como la que ha adoptado doña Inmaculada Echevarría.

En estas circunstancias, el Consejo entiende que se trata de una petición amparada por el derecho a rehusar el tratamiento, sin estar exceptuada por ninguna de las previsiones legales que permitan continuar la asistencia médica en contra del consentimiento de la paciente. Siendo así, resulta exigible la conducta debida por parte de los profesionales sanitarios para que sea respetado el derecho de la misma a rehusar los medios de soporte vital que se le aplican.

Centrándonos en la punibilidad de la conducta de los profesionales sanitarios, el Consejo Consultivo de Andalucía constata cómo la práctica generalidad de la doctrina penal excluye, en todo caso, que sea delito la llamada eutanasia pasiva indirecta, porque una cosa es matar mediante un acto directo, y otra cosa dejar morir por la interrupción de un tratamiento tras la solicitud del paciente. Los ejemplos más relevantes que la doctrina penal denomina eutanasia pasiva indirecta son la cesación de suministro de medicamentos, rehusar el tratamiento oncológico en los casos de cáncer terminal y, precisamente, y muy señaladamente, la interrupción de la ventilación mecánica mediante la desconexión de los aparatos.

Entiende este Consejo Consultivo, de acuerdo con la práctica totalidad de la doctrina penal, incluida la más prestigiosa doctrina extranjera, que la acción consistente en la desconexión de un aparato de ventilación mecánica, no es sino una acción que se encuadra dentro de un proceso general de omisión del tratamiento. Téngase en cuenta que la ventilación mecánica requiere una atención continuada con variedad de actos médicos (sustitución de tubos, asepsia, aspiración de secreciones, etc.).

En consecuencia, el caso que se somete a consulta de este Consejo, la interrupción de la ventilación mecánica es una conducta pasiva e indirecta, que se justifica por la existencia de un deber de respetar la decisión libre y consciente de la paciente, en tal sentido amparada por la legislación específicamente reguladora de la asistencia sanitaria y, en consecuencia, los profesionales sanitarios que la adopten deben quedar impunes».

Considero conveniente reproducir aquí alguna de las páginas del trabajo arriba citado (Carbonell, 2018*b*) porque resumen la situación previa a la aprobación de la Ley que ahora comento.

«Podría decirse que, a partir del caso Sampedro, llegó a considerarse que la despenalización no era tan urgente porque latía un cierto “consenso de inaplicación”. Como a veces ha sucedido con el aborto, los principios han dejado paso a veces a una cierta táctica de relajación: la norma está ahí, pero no se aplica porque existe una conciencia general de que la existencia de un conflicto entre valores fundamentales hará que la decisión judicial se decante siempre por la permisividad ante la ausencia de reproche social y, sobre todo, ante la consideración de la dignidad como freno a la sacralidad. Por otra parte, la regulación técnica del artículo 143 impedía su extensión a la inmensa mayoría de los supuestos en que las conductas de cooperación eran determinadas por la voluntad de la persona que había tomado la decisión de morir y reclamaba la ayuda ajena. Y es que, ciertamente, la posición tradicional de la ley española —y de la mayoría de los países— de admitir como no regulable penalmente la decisión de disponer sobre la vida propia y, sin embargo, castigar la participación en lo que paradójicamente constituye una conducta no antijurídica, no puede sostenerse ni lógica ni ética ni valorativa ni jurídicamente; constituye, por el contrario, una absoluta incoherencia, además de un atentado a la dignidad. Precisamente el caso de Ramón Sampedro, al que antes aludí, vino a poner de relieve no solo tal carácter, sino, además, una fla-

grante discriminación insoportable desde el principio de igualdad: quien no tiene capacidad para ejecutar su propia decisión de poner fin a su vida solo podrá conseguir éste involucrando a terceros que tendrán que enfrentarse al Código Penal.

Para muchos, esta situación es, y ha sido siempre, insostenible. Y obviamente, afecta de manera directa a aquellas personas que no tienen capacidad de ejecución de su propia decisión. Pero todos, también quienes gozan de ella, ven negado su reconocimiento y, por ende, su dignidad. Y, además, eso que hemos llamado «consenso de inaplicación» se ha venido abajo de manera clamorosa a través de resoluciones judiciales que han negado no solo estos principios axiológicos, sino incluso los parámetros técnicos más elementales que de modo unánime ha defendido siempre la doctrina penal en torno a las conductas tipificadas en el artículo 143 y, de modo específico, en su número cuarto.

Dos Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza y del Juzgado de lo Penal nº 1 de Avilés (Asturias) han condenado a tres personas por complicidad en el delito de cooperación al suicidio del 143.2 del Código Penal a penas de dos años de prisión. En el segundo caso, se trata de una sentencia de conformidad tras una acusación con petición de seis años sostenida por la Fiscalía que da por buena la admisión de la tentativa y la consideración como necesarios de actos de complicidad indirecta que parecen lejanos a tal carácter, al tiempo que califica como eventual suicidio lo que iban a ser cuidados paliativos. Esto rompe una situación de inaplicación del precepto que había venido generando una cierta despreocupación por parte de la mayor parte de críticos con la relevancia penal de la cooperación al suicidio.

En el caso de Zaragoza, resulta sumamente dudoso que la intervención del autor, muy dependiente de la voluntad de su madre, fuera realmente necesaria. Por otra parte, el Tribunal, contra la pretensión del Ministerio Fiscal, considera el parentesco como circunstancia atenuante precisamente por entender que la relación materno-filial convirtió el hecho en un acto presidido por el amor. En el supuesto de Avilés, han sido condenados dos miembros de la Asociación Derecho a Morir Dignamente —un médico especialista en cuidados paliativos y una voluntaria que colabora con la Asociación— por proporcionar una sustancia letal a un socio que la trasmitió a la suicida por precio, lo que, por cierto, comportó en su momento el rechazo de la citada asociación que jamás ha cobrado precio alguno. El fallecimiento de esta persona es la única razón por la que no está en la causa. Por fin, una tercera persona ha sido condenado por tentativa de cooperación al suicidio por recabar la sustancia que fue interceptada sin llegar a su poder.

La conformidad ha comportado condenas por complicidad y tentativa, que constituyen sendos dislates jurídicos; la primera es atípica, pues solo se castiga la cooperación necesaria —aquella sin la cual no hubiera podido producirse la muerte— y la segunda, generalmente no admitida en este delito, requiere en cualquier caso del comienzo de los actos ejecutivos que en absoluto se ha producido. La amenaza por parte del Ministerio Fiscal con penas que implican años de cárcel ha sido el desencadenante de la aceptación de los hechos. Pero esta no puede implicar el mantenimiento de decisiones jurídico-penales insostenibles.

Absolutamente insostenible resulta, en efecto, apreciar como delictiva una participación en la participación. Si ya la tipificación de la cooperación al suicidio —al margen, por el momento, de la cuestión valorativa central que supone negar la capacidad de decidir sobre la vida propia— resulta sumamente dudosa, en la medida en que se eleva a autoría delictiva lo que constituye la intervención en una conducta no prohibida, castigar la complicidad resulta técnica y políticamente inaceptable. Sobre todo cuando no hay autor. Pero, además, es que la Sentencia contraviene directa y frontalmente el texto legal que dice aplicar. El artículo 143.2 del Código Penal dispone: “Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona”. La cooperación necesaria implica la realización de al menos un acto sin el cual no se habría efectuado; y la complicidad, la de actos no necesarios. Es ontológicamente imposible que el acto cometido sea calificado al mismo tiempo de necesario y no necesario. Lo que la Sentencia está haciendo, pues, es castigar la realización de actos de complicidad que de ninguna manera

están previstos en el número 2 del artículo 143 del Código Penal español; estamos, sencillamente, y con todo el respeto para el órgano que la dictó, ante una auténtica aberración jurídica.

O se es autor de un delito de cooperación necesaria al suicidio —como sostenía la acusación— o el hecho no se puede castigar al menos por dos razones evidentes: la cooperación no necesaria es atípica y no se puede ser cómplice de un delito del que no existe autor —ya que nadie es condenado como tal de cooperación necesaria al suicidio.

Pero la Sentencia también condena, tras acumular hechos ocurridos a casi mil kilómetros de distancia de la competencia jurisdiccional de un Juzgado de Avilés, la conducta llevada a cabo en Cádiz consistente en ponerse en contacto con el médico especialista “con el fin de que le proporcionara los medicamentos necesarios para poner fin a la vida de su hermano, que sufría VIH positivo, hepatitis C crónica, con metástasis en varios órganos vitales, en estado terminal y que había expresado su voluntad de poner fin a este sufrimiento”. Los medicamentos enviados eran aptos para una sedación paliativa. Lo que supone un dislate, si cabe, aún mayor.

Resulta ya sorprendente la atribución jurisprudencial para conocer de unos hechos que nada tienen que ver con el ámbito de un Juzgado de lo Penal de Avilés cuando se trata de una llamada hecha en Cádiz y de un envío desde Madrid, arrastrado todo ello por la competencia sobre un hecho anterior en el que al autor principal —quien acompañó a la primera suicida— no es acusado porque falleció. Por tanto, ninguno de los hechos juzgados tuvo lugar en el ámbito jurisdiccional del Juzgado de lo Penal nº 1 de Avilés.

Pero aún más sorprendente resulta que se dé por probada la intención de quien solicita los medicamentos de hacerlo con el fin de cooperar necesariamente a un suicidio —cuando evidentemente las sustancias tienen efectos paliativos— y la de quien los envía de ser cómplice en tal eventual y supuesto suicidio. La circunstancia, además, de que el médico, por encontrarse ausente de la sede de la asociación donde se guardaban los medicamentos, indicara a la voluntaria que los enviara y esta fuera quien lo hiciera, y que todos sean castigados con las mismas penas y por los mismos hechos, todavía resulta más patético.

A eso hay que añadir que la muerte del suicida es un requisito típico de todas las conductas de cooperación. De acuerdo con el art. 16 del Código Penal, la tentativa requiere que “el sujeto dé principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”. Si en el delito de cooperación al suicidio cupiera la tentativa —que, como inmediatamente veremos, no cabe—, sería necesario para aplicarla en el presente caso que se hubiera ejecutado algo, algún hecho susceptible de producir objetivamente el resultado, que directamente estuviera dirigido a tal fin. Si tenemos en cuenta que el hecho principal tipificado como delito es ya la participación —que no la ejecución, pues no se trata del número 3 del 143, sino del 2— de la voluntad de quien ha decidido suicidarse, y que la tentativa requiere de una ejecución, resulta palmaria la imposibilidad de apreciarla en el presente supuesto. Ni hay conexión directa entre la supuesta voluntad de suicidarse del enfermo terminal y los hechos enjuiciados ni estos suponen comienzo de ejecución de conducta suicida alguna ni es posible la tentativa en un hecho que tipifica conductas no ejecutivas —porque estas, en todo caso, darían lugar a la aplicación de otro precepto—. A la completa imposibilidad de aplicar la complicidad hemos de añadir la de apreciar tentativa.

Y con todo esto se pone de relieve —señalaba en el texto ahora reproducido— una vez más, la necesidad político-criminal de abordar una reforma en profundidad del derecho a decidir sobre la vida propia. El Código Penal sigue empeñado en considerar al ser humano que decide que no quiere seguir viviendo como un enfermo mental al que hay que evitar, a toda costa, que lleve a cabo una conducta tendente al suicidio. Eso se extiende a los supuestos en que se padece una enfermedad grave y mortal o graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar: también en esos casos, aunque se rebaje la pena, se castiga la cooperación necesaria. También en esos casos, pues, se desconoce el derecho a decidir sobre la vida propia y la continuación de la vida no deseada

se convierte en una obligación jurídicamente imponible: es verdad que no se castiga la tentativa, pero sí la intervención de terceros. O lo que es lo mismo, solo puede practicarse la eutanasia por propia mano —lo que sucede en el caso de Zaragoza—, y solo, claro, si se tiene la posibilidad material de suicidarse sin ayuda alguna».

Por fin se produce la regulación tantas veces reclamada. La LORE regula la eutanasia y la ayuda a morir por parte del Sistema Nacional de Salud. Lo hace, ciertamente, con insuficiencias y hasta incoherencias. Algunas de ellas se manifestaron de forma alarmante en el texto inicial de la PLORE, que acometió la necesaria reforma del artículo 143 del Código Penal. Así, su Disposición final primera establecía que la nueva redacción del número 4 del mismo quedara de la siguiente forma: «4. No será punible la conducta del médico o médica que con actos necesarios y directos causare o cooperare a la muerte de una persona, cuando esta sufra una enfermedad grave e incurable o enfermedad grave, crónica e invalidante, en los términos establecidos en la normativa sanitaria». Si, por una parte, se establecía por primera vez la impunidad de las conductas recogidas por la ley, es decir, de la eutanasia, por otra parte el efecto quedaba limitado a las llevadas a cabo por el médico o médica. Pero no era eso, que ya era enormemente grave, lo peor: para el resto de las conductas desaparecía incluso el efecto atenuador hasta ese momento imperante y pasaban a ser objeto de la aplicación de los tres primeros números del 143, con penas de hasta diez años de prisión, de modo que la situación era muchísimo más desfavorable. Semejante dislate fue rápidamente denunciado, entre otros, por Barquín, De la Mata, García Álvarez, Tomás-Valiente o Nuñez Paz. La mayor parte de los argumentos se recogen en la revista *DMD* (2020).

«Ciertamente, a primera vista, podría pensarse que pasamos de un precepto en el que se castiga la ayuda a morir a otra persona (siempre que esta reúna ciertos requisitos) de una manera atenuada, a un precepto despenalizador. Pero la conclusión no es tal si constatamos la restricción fáctica que se produce cuando el legislador sustituye —a la hora de referirse a los posibles sujetos activos— la expresión genérica “El que”, por la de “el médico o médica”» (García Alvarez, 2020:17). Se trata, afirmaron otros, de una despenalización engañosa (De la Mata Barranco, 2020: 24), de un «claro retroceso en la valoración penal de la ayuda» (Nuñez Paz, 2020: 31). Por su parte, Tomás-Valiente Lanuza reclama una atenuación graduada similar a la prevista en el art 145 bis para el aborto, de manera que el incumplimiento de requisitos formales no comporte la inaplicación de los supuestos de exención (el modelo de la Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva) (Tomás-Valiente Lanuza, 2020: 22).

También aquí se ha producido una mejora sustancial de la PLORE por la LORE. La Disposición final primera acoge las críticas que acabamos de señalar y amplía a todas las personas la exención si cumplen los requisitos sustanciales y procedimentales de la ley y mantiene la atenuación hasta ahora vigente en los casos materialmente de contexto eutanásico. Así, se adecua el número 4 a las definiciones de la LORE y se añade un 5 con la exención de responsabilidad penal:

«4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa,

sería e inequívoca de ésta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia».

De esta manera, se evitan los efectos perniciosos de limitar la hasta ahora vigente atenuación del número 4 del 143 y, en cierta forma, se asume la idea propuesta por Tomás-Valiente (2020), puesto que el incumplimiento de los requisitos no esenciales dará lugar a la atenuación. Esta será aplicable, de manera subsidiaria respecto del número 5, a quien actúe no «cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia».

Con todo, y pese a la sustancial mejora, no comparto enteramente la solución, al menos por dos razones. La primera es que hay una diferencia sustancial entre la significación de la atenuación —descartando la exención— en el aborto y en la eutanasia. En la interrupción voluntaria del embarazo, tal como ha mantenido de forma muy clara el Tribunal Constitucional, la práctica del aborto implica siempre la vulneración de un «interés constitucional» en el mantenimiento de la vida prenatal que cede en los supuestos en que se produce un conflicto con los derechos fundamentales de la embarazada (lo que sucede en todo embarazo no deseado). El incumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 2/2010, a los que se refiere expresamente el 145 bis CP, no supone la exención de responsabilidad, pero tampoco el castigo ordinario por aborto ilegal, sino que se prevé una solución intermedia, con penas sustancialmente inferiores (multa e inhabilitación). Nos estamos moviendo, en cierta manera, en el terreno de la «justificación incompleta».

En los supuestos de eutanasia, la solución contemplada en el 143.4CP sería adecuada si nos mantuviéramos en el mismo terreno, que es lo que entiende Tomás-Valiente al referirse de manera expresa a «una causa de justificación muy compleja» (2020: 23).

Esta consideración conduce a la segunda razón de mi discrepancia: más arriba reiteré la postura mantenida en otros lugares (por ejemplo, Carbonell, <sup>6</sup>2019: 71 ss.), es decir, la consideración de falta de relevancia constitucional del bien jurídico protegido por el artículo 143 CP, que no sería otro que «la vida no deseada por su titular». Entiendo, por ello, necesario abordar de manera más radical la despenalización efectiva de la eutanasia en línea con la acertada y crítica de De la Mata Barranco, que cuestiona tesis expresada en la exposición de motivos de la LORE según la cual una despenalización general «dejaría a las personas desprotegidas respecto del derecho a la vida». El citado autor sostiene al respecto: «¿Desprotegidas? ¡Si es el derecho al que quieren renunciar!», y añade: «El de la eutanasia es, ciertamente, un debate complejo y polarizado sobre el que cada cual tendrá su opinión. Pero la discusión aboca a otra aun más compleja, que es la que se refiere al modo en que la idea de libertad, en sus diversas manifestaciones debe estar presente como barrera de contención en la respuesta penal que se da a determinados comportamientos. Y aquí la tendencia punitiva [...] parece ser la de restringir cada vez más nuestro derecho a pensar y/o a decidir» (De la Mata Barranco, 2020: 25). Por su parte, Núñez Paz lleva a cabo una crítica general a la LORE y afirma que en ella «[...] se ha pretendido reconocer el derecho de las personas a solicitar y recibir ayuda para morir, pero se ha matizado tanto el contenido sobre

las circunstancias determinadas que han de concurrir que no se consigue el que pareciera que debiera ser el fin último de la misma: despenalizar todas aquellas conductas eutanásicas en los supuestos y condiciones más dramáticas» (Núñez Paz, 2020: 31).

#### 4. BALANCE PROVISIONAL: LA LORE, ¿UNA LEY «A MEDIO CAMINO»?

Creo, por todo dicho, que la despenalización de la eutanasia, al menos cuando se den los requisitos materiales establecidos en la LORE —que son, por cierto, los que recoge el 143.4 CP— debería ser total. Se dirá que ello priva de sentido a la muy detallada regulación legal, lo cual resulta cuestionable: la LORE no es una norma despenalizadora, aunque su Disposición final primera modifique parcialmente el Código Penal en tal sentido. Si fuera (solo) una norma despenalizadora, debería haber ido mucho más lejos. Es una norma que reconoce, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, algo que va, en mi opinión, mucho más allá: la imbricación del Estado social y democrático de Derecho, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

Desde el principio he subrayado que es necesaria una reflexión —y, sobre todo, una toma de postura legislativa— sobre la capacidad de autodeterminación de la persona en relación con la continuidad de su vida que deberían suponer la derogación o, al menos, la revisión profunda de la penalización de las conductas relacionadas con el suicidio: en el Código Penal español, las previstas en los tres primeros números del artículo 143. No me detendré ahora en la conveniencia o no de mantener el castigo de la inducción: si esta se produce sobre una persona libre y capaz, la decisión —o, si se prefiere, llegado el caso, la *acción*— es suya, y debe pertenecer al ámbito de su voluntad, que deberá respetarse en todo caso. Más arriba me he referido a la trascendencia que cabe atribuir la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 26 de febrero de 2020, cuya interpretación «limitada» llevada a cabo por Moreso no solo no comparto, sino que ni tan siquiera alcanzo a comprender. El Tribunal deja claro algo que resulta obvio desde una consideración profunda de la dignidad de la persona que, necesariamente, ha de comprender su capacidad de autodeterminación, de decisión en torno a sí mismo. En ese sentido, la LORE reduce su ámbito de aplicación a los supuestos de «contexto eutanásico» (cuya amplitud podría ser discutida) y prevé un detallado procedimiento, con controles previo y posterior por parte de una comisión de cuya composición puede también dudarse, así como un premioso recuento de requisitos. Puede decirse, por ello, que la LORE queda lejos de la posición aquí defendida en torno a la dignidad y la autodeterminación. Cabe añadir que será preciso afrontar la despenalización global de la ayuda al suicidio con independencia de que siempre sea necesario garantizar la plena libertad de quien toma tan grave decisión. Pero, permítaseme parafrasear a Michael Ende en *La Historia Interminable*: «Esa es otra historia y merece ser contada en otra ocasión».

De momento, la LORE, una ley con imperfecciones sin duda mejorables, muchas de las cuales han sido ya abordadas durante la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados<sup>4</sup>, supone un hito en el recorrido del camino hacia el reconocimiento de los

efectos últimos de la dignidad. Debo insistir en una idea que me parece central: la ley regula la eutanasia, es decir, no es una norma que se limite a despenalizar: si así fuera, se habría quedado lejos del reconocimiento de un nuevo derecho. Su gran aportación es que implica al Estado social y democrático de Derecho en la prestación de la ayuda necesaria a quien se encuentra en un trance tan difícil. En general, y a pesar de las limitaciones que se han señalado en el texto, lo hace adecuadamente. Es una norma muy garantista en el aseguramiento de que la voluntad de la persona es propia y no viene dictada por intereses ajenos, y atiende a la instrucción adoptada cuando la persona se encontraba en pleno uso de su capacidad. La ley, por tanto, cumple adecuadamente con su cometido. No es su función abordar la legalización de conductas que exceden su significado y función. No sería justo, por ello, decir que se queda «a medio camino». Sin embargo, sí lo hace la filosofía de la ley, plasmada en su exposición de motivos, al afirmar el deber del Estado de garantizar la vida incluso frente a su propio titular, pues de otra forma se «[...] dejaría a las personas desprotegidas respecto de su derecho a la vida que nuestro marco constitucional exige proteger». Nuestro marco constitucional, como el alemán, por cierto, exige proteger el derecho a la vida frente a los ataques que proceden de otros y siempre que no supongan intervenciones en una decisión adoptada por su titular.

*Eppur si muove.* La vinculación entre dignidad y autodeterminación proclamada por el BVfG constituye una declaración enormemente importante. Igualmente importante es la consecuencia, también explicitada por el Tribunal Constitucional alemán, de que *la permisibilidad del auxilio al suicidio no puede vincularse a criterios sustantivos, por ejemplo, requiriendo un diagnóstico de enfermedad incurable o terminal. Sin embargo, otros diversos requisitos pueden ser establecidos, dependiendo de las relevantes circunstancias de la vida, exigiendo que la decisión de un individuo a cometer suicidio sea seria y estable. El legislador es libre de desarrollar un esquema de salvaguardas procesales* (Sentencia del BVfG de 26 de febrero de 2020).

Habrà, pues, que abordar la despenalización de la intervención en el suicidio, lo cual no debería suponer una legalización sin más, pero sí su reconocimiento como derecho una vez comprobada la autenticidad de la voluntad de quien, en un proceso serio y estable, decide poner punto final a su vida. Cuándo y quién lo haga son cuestiones que todavía no pueden ser respondidas en el presente comentario.

## NOTAS

1. Así lo reconoce, por ejemplo, Mario Vargas Llosa (2020) en «El derecho a morir», artículo publicado en *El País*, 3 de enero: «Tras la aprobación de la ley de eutanasia recordemos que el derecho a vivir no se ve amenazado por el derecho a morir. No hay nada como la referencia de la muerte para apreciar las riquezas de la vida».

2. Sobre la trascendencia de la objeción en esta Ley, así como la relevancia conceptual de la misma, *vid.* el excelente trabajo de Ruiz Miguel (2021), en el que, tras negar la existencia de un «derecho general a la objeción» con vocación «expansiva», recuerda que debe primar la presunción de legitimidad de las leyes «que carga la argumentación a quien quiera alegar razones en contra».

3. Sobre el procedimiento y cada uno de sus pasos, al que el autor añade un análisis de los diferentes sistemas de control en el Derecho comparado, *vid.* Beltrán Aguirre (2021).
4. Debo advertir que el calendario de la presente publicación obliga a cerrarla a 31 de enero de 2020, cuando la LORE sigue siendo, en parte, PLORE, dado que todavía no se ha afrontado la discusión en el Senado y, por tanto, falta un trecho de su tramitación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARSEGUET, Loren (2020): «Eutanasia: aprender de la experiencia acumulada», *Derecho a morir dignamente*, 82, 37-48.
- ATIENZA, Manuel y Carmen JUANATEY, Carmen (2016): «El caso de los que ayudan a morir con dignidad», *Derecho a morir dignamente*, 72, 15-18.
- BACIGALUPO, Enrique (2001): «Sobre la eutanasia», en M. Pérez Manzano, M.A. Iglesias Rio, A.C. de Andrés Domínguez, M. Martín Lorenzo y M. Valle Mariscal de Gante, M. (coords.), *Estudios en homenaje a la Profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid: Marcial Pons.
- BARQUÍN SANZ, Jesús (2001): «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», en C. Roxin, F. Mantovani, J. Barquín y M. Olmedo (coords.), *Eutanasia y suicidio*, Granada: Comares.
- BELTRÁN AGUIRRE José Luis (2021): «El procedimiento y los controles necesarios con el fin de garantizar la observancia de los requisitos objetivos y subjetivos», en C. Tomás-Valiente (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- BENZENHÖFER, Udo (1999): *Der gute Tod? Euthanasie und Sterbehilfe in Geschichte und Gegenwart*, Munich: C. H. Beck.
- BOTTKE, Wilfried (1982): *Suizid und Strafrecht*, Berlín: Duncker & Humblot.
- BROGGI TRIAS, Marc Antoni (2021): «La ayuda profesional al final de vida y la demanda eutanásica», en C. Tomás-Valiente (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- CAMBRÓN, Ascensión (2020): «La eutanasia, derecho fundamental», *Derecho a morir dignamente*, 82.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1991): «Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida; dos cuestiones: suicidio y aborto», *Cuadernos de Política Criminal*, 45.
- (1993): «Constitución, suicidio y eutanasia», *Cuadernos Jurídicos*, 10
  - (2016): «Suicidio y delito; un dislate jurídico múltiple», *Derecho a morir dignamente*, 72.
  - (2018a): «El derecho a decidir sobre sí mismo: eutanasia y maternidad. A propósito de la Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia», en F. Morales Prats, J.M. Tamarit Sumalla y R. García Albero (coords.): *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 799-818.
  - (2018b): «Constitución, suicidio y eutanasia: cuarenta años de mala convivencia», en J. De Lucas y J.M. Rodríguez Uribe (eds.), *Derechos humanos y Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch.
  - (2019): «IV: Homicidio y sus formas (y 3): suicidio y eutanasia», en J.L. González Cussac (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
  - (2020): «El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional», *Derecho a morir dignamente*, 82.
- CASADO GONZÁLEZ, María (1994): *La eutanasia; aspectos éticos y jurídicos*, Barcelona: Reus.
- CONCETTI, Gino (1987): *L'eutanasia: Aspetti giuridici, teologici, morali*, Roma: Ave.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2014): «Consentimiento por representación: cuestiones problemáticas», *Derecho a morir dignamente*, 67.
- CUERDA ARNAU, María Luisa (2014): «Un paso adelante. Dos décadas desde el manifiesto de Valencia», *Derecho a morir dignamente* 67.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier (2020): «El Derecho penal y la eutanasia», en *Derecho a morir dignamente*, 82, 2020.

- DE LUCAS MARTÍN, Javier (2014): «El derecho a la eutanasia y al suicidio asistido», *Derecho a morir dignamente*, 67.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (1987): «La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 CP», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 40.
- DÍAZ ARANDA, Enrique (1995): *Dogmática jurídicopenal del suicidio y homicidio consentido*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís (1995): «Eutanasia y derecho», *Eguzkilore*, 9.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2021): «Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir», en Tomás-Valiente, C. (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid.
- DWORKIN, Ronald (1994): *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. R. Caracciolo y V. Ferreres, Barcelona: Ariel.
- ESER, Albin y Hans-George KOCH (eds.) (1991): *Materialien zur Sterbehilfe: eine internationale Dokumentation* (vol. 25) Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Javier (2021): «Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de las personas menores de edad», en C. Tomás-Valiente (dir.) *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- KLEE, Ernst (1985): *Dokumente zur «Euthanasie»*, Frankfurt a. M: Fischer Taschenbuch.
- KUHLMANN, Andreas (2001): *Politik des Lebens-Politik des Sterbens. Biomedizin in den liberalen Demokratien*, Berlín: Alexander Fest
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (2020): «Contrasentido de la propuesta», en *Derecho a morir dignamente* 82.
- GARCIA ARÁN, Mercedes (1995): «Eutanasia y disponibilidad de la propia vida», en J.L. Díez Ripollés (dir.) *Delitos contra la vida e integridad física*, Madrid: Consejo General Poder Judicial.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1987): «Eutanasia y Derecho penal», en *Estudios penales. Homenaje al Prof. J.A. Sainz Cantero*, Granada: Centro de Estudios Jurídicos.
- (1990): «Inducción y auxilio al suicidio», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Tecnos.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2014): «Eutanasia y legislación pena: algunas propuestas de reforma», *Derecho a morir dignamente*, 67.
- GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria (2020): «Garantizar la efectiva aplicación de la ley», *Derecho a morir dignamente*, 82.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José (2020): «Una ley manifiestamente mejorable», *Derecho a morir dignamente*, 82.
- JUANATEY DORADO, Carmen (1994): *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia.
- (2014): «La eutanasia voluntaria en el derecho penal español», en *Derecho a morir dignamente*, 67.
- LORENZ, Jörn (2008): *Sterbehilfe. Ein Gesetzentwurf*, Baden Baden: Nomos.
- LUDWIG, Wolf-Dieter (2015): «Sterbehilfe-Streit um einer gesetzliche Neuregelung», *Frankfurter forum für gesellschafts und gesundheitspolitische Grundsatzfragen*, 11.
- MARRA, Realino (1987): *Suicidio, diritto e anomia. Immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale*, Nápoles, Roma: Edizioni Scientifiche Italiane.
- MENDOZA BUERGO, Blanca (ed.) (2010): *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- MORESO, Joan Josep (2021): «Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio», en C. Tomás-Valiente (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio (1994): *Eutanasia y Derecho penal*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior.

- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel (1999): *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, a la luz del CP 1995*, Madrid: Espasa Calpe.
- (2006): *La buena muerte. El derecho a morir con dignidad*, Madrid: Tecnos.
  - (2017): *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Valencia: Tirant lo Blanch.
  - (2020): «Intervención de terceros en la muerte deseada y política legislativa», *Derecho a morir dignamente*, 82, 29.
- OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe (1958): *Inducción y auxilio al suicidio*, Barcelona: Bosch.
- PAYK, Theo R. (2004): *Toten aus Mitleid? Über das Recht und die Pflicht zu sterben*, Leipzig: Reclam.
- PEDRÓS, Fernando (2016): «La violencia penal contra la libertad de morir», en *Derecho a morir dignamente*, 72.
- PLATZER, Johann y Franziska GROSSSCHÄDL (ed.) (2016): *Entscheidungen am Lebensende und ihr Kontext*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden: Nomos.
- PREIDEL, Caroline (2016): *Sterbehilfepolitik in Deutschland. Eine Einführung*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2020): «Constitucionalidad de una Ley Orgánica de eutanasia», *Derecho a morir dignamente*, 82.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2020): «Un derecho que no se respeta», *Derecho a morir dignamente*, 82.
- SCHRADER, Tobias (2012): *Sterbehilfe. Geschichte und Recht in Europa am Beispiel Deutschland und Frankreich*, Marburgo: Tectum Verlag.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep (1988): «La eutanasia: perspectivas actuales y futuras», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 41.
- REQUEJO CONDE, Carmen (2008): *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, Granada: Comares.
- ROMEO CASABONA, Carlos (1994): *El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1993): «Autonomía individual y derecho a la propia vida», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 135.
- (2021): «Objeción de conciencia y eutanasia», en C. Tomás-Valiente (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- SALIGER, Frank (2015): *Selbstbestimmung bis zuletzt*, Hamburgo: Books on Demand.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1987): «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- SOLER, Fernando (2016): «La Audiencia de Zaragoza abrió la veda», *Derecho a morir dignamente*, 72.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (1989): *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen (1999): *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2000): *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
  - (2014): «La despenalización en Europa: cuestiones abiertas», *Derecho a morir dignamente*, 67.
  - (2020): «Gradación de la responsabilidad por incumplimiento de requisitos legales», *Derecho a morir dignamente*, 82.
  - (dir.) (2021): *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel (1989): «Relevancia jurídico-penal de la eutanasia», *Cuadernos de Política Criminal*, 37.
- (1994): «La ausencia de responsabilidad en determinados supuestos de eutanasia», *Cuadernos Jurídicos*, 25, 12.
- WERNSTEDT, Thela (2004): *Sterbehilfe in Europa*, Frankfurt a. M.: Peter Lang.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (1987): «Eutanasia y homicidio a petición, situación legislativa y perspectivas político-criminales», en *Estudios penales. Homenaje al Prof. J.A. Sainz Cantero*, Granada: Centro de Estudios Jurídicos.

\*Además de este elenco bibliográfico, resulta indispensable consultar la revista *Derecho a morir dignamente (DMD)*, muy especialmente los números 62/2013, 67/2014, 74/2017 y 75/2017 y, especialmente, el núm. 82/2020.

**Fecha de recepción: 28 de enero de 2021.**

**Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2021.**



# SOBRE LA LEY ÓRGANICA DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA VOLUNTARIA EN ESPAÑA ON THE REGULATION OF VOLUNTARY EUTHANASIA IN SPAIN

*Carmen Juanatey Dorado*

*Catedrática de Derecho Penal*

*Universidad de Alicante*

## RESUMEN

La finalidad de este artículo es realizar un breve comentario sobre la Proposición de Ley de regulación de la eutanasia voluntaria, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en enero de 2020 y aprobada, aunque con algunas modificaciones, por el Pleno del Congreso de los Diputados el 18 de marzo de 2021. La ley supone un claro avance en el reconocimiento de los derechos individuales y, en concreto, de la autonomía personal, en la medida en que reconoce el derecho de las personas competentes que se encuentran en una situación de «enfermedad grave e incurable» o que sufran un «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» a recibir ayuda médica, tanto activa como omisiva, para morir. El trabajo analiza algunos de los aspectos que se consideran más relevantes de la ley, como el fundamento de la legalización de la eutanasia voluntaria; la reforma del artículo 143 del Código penal, que se despenaliza los supuestos de eutanasia voluntaria que se realicen de acuerdo con lo establecido en la ley; la exigencia de que la ayuda para morir se realice en un contexto sanitario, bajo la dirección y coordinación de un médico; el estado de enfermedad y los requisitos personales de quien solicita la ayuda para morir; los controles dirigidos a garantizar la adecuación de la prestación; o la previsión de la objeción de conciencia a la eutanasia. Aun cuando la regulación contiene aspectos que pueden resultar controvertidos, la valoración global de este análisis es claramente positiva.

## PALABRAS CLAVE

Eutanasia, ayuda al suicidio, autonomía, objeción de conciencia.

## ABSTRACT

This paper intends to present a brief comment on the Proposal for a Law to regulate voluntary euthanasia, presented by the Socialist Parliamentary Group in January 2020 and approved, albeit with some amendments, by the Plenary of the Congress of Deputies on 18 March 2021. This law is a significant advance for the recognition of individual rights and, specifically, of personal autonomy, insofar as it recognizes the right of competent persons who are in a situation of «serious and incurable disease» or who suffer from a «serious, chronic and incapacitated condition» to receive medical help, both active and by omission, to die. This work analyzes some of the aspects that are considered to be the most relevant of the Law, such as the basis for the legalization of voluntary euthanasia; the reform of article 143 of the Penal Code, which establishes the decriminalization of cases of voluntary euthanasia that are carried out in accordance with the provisions of the law; the requirement that assistance to die must be carried out in a health context, under the direction and coordination of a doctor; the state of the illness, and the personal requirements of the person requesting the aid to die; the controls aimed at guaranteeing the adequacy of the provision; or the provision of conscientious objection to euthanasia. Even though the Law contains aspects that may be controversial, the overall assessment resulting from this analysis is clearly positive.

## KEY WORDS

Euthanasia, assisted suicide, autonomy, conscientious objection.

# SOBRE LA LEY ÓRGANICA DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA VOLUNTARIA EN ESPAÑA

Carmen Juanatey Dorado

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Alicante

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Fundamento de la legalización de la eutanasia voluntaria. 3. Despenalización de la eutanasia voluntaria: la LORE. 3.1. El artículo 143 del Código Penal. 3.2. Definición de eutanasia en la LORE. 3.3. Contexto médico-sanitario. 3.4. Enfermedad o estado de padecimiento de la persona que solicita la prestación. 3.5. Requisitos personales exigidos para poder recibir la prestación de ayuda para morir. 3.6. Comisiones de Garantía y Evaluación. 3.7. Control de la prestación de la ayuda para morir. 3.8. Integración de la asistencia en el Sistema Nacional de Salud y causa de la muerte. 3.9. Objeción de conciencia. 4. Reflexión final. Notas. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Tras varias Proposiciones de Ley presentadas en el Congreso dirigidas a regular la eutanasia, todas ellas sin éxito (Juanatey, 2020)<sup>1</sup>, el 18 de marzo de 2021 el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó por 202 votos a favor, 141 en contra y 2 abstenciones la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, presentada por el grupo parlamentario socialista (en adelante, LORE)<sup>2</sup>. La ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. A partir de ese momento, España formará parte del conjunto de países que reconoce el derecho de las personas a recibir ayuda para morir, tanto activa como omisiva, siempre que concurran determinadas circunstancias y de acuerdo con un procedimiento orientado a garantizar el correcto ejercicio de este derecho y evitar posibles abusos.

El texto aprobado por el Pleno del Congreso, modificado en algunos aspectos respecto al que inicialmente presentó el grupo socialista, ofrece una solución a aquellas personas (en realidad, potencialmente a todas) que se encuentran en situaciones dramáticas de sufrimiento insoportable para que puedan recibir, si así lo desean, ayuda médica para morir en función de su situación y sus necesidades. Esto es lo verdaderamente importante, al margen de que en el texto aprobado pueda haber algunas cuestiones de las que sea posible discrepar o que resulten mejorables. A mi juicio, ninguna de ellas tiene un peso suficiente como para ensombrecer el paso hacia delante que esta ley supone en materia de reconocimiento de la autonomía individual.

Estamos, en mi opinión, ante una ley trascendental para muchas personas, que podrán hacer uso de este derecho con la ayuda de los profesionales sanitarios que deseen hacerlo (los profesionales que no deseen hacerlo por razones de conciencia, podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia). La LORE es garantista, incluso podría decirse que profundamente garantista, y no obliga a nadie: únicamente reconoce la autonomía individual y la libertad de decidir cómo morir cuando el sufrimiento provocado por las situaciones descritas en la norma ya no sea soportable.

Durante el debate parlamentario se presentaron dos enmiendas a la totalidad, con texto alternativo (de regulación de los cuidados paliativos), por parte de los grupos parlamentarios de VOX y del Partido Popular, enmiendas que fueron rechazadas<sup>3</sup>. Las dos propuestas partían del firme rechazo a la regulación de la eutanasia y ofrecían como solución una «no solución». El problema de la eutanasia no se resuelve con una ley de cuidados paliativos; obviamente, quien esté a favor de regular la eutanasia difícilmente se va a oponer a una buena ley de cuidados paliativos de aplicación universal. Ambas regulaciones deben coexistir, pero abordan problemas diferentes. Y, en todo caso, las dos deben basarse en el reconocimiento de la autonomía de la persona para tomar decisiones sobre el final de su vida: o bien decidir libremente si recibe cuidados paliativos y espera a que se produzca la muerte, o bien solicitar ayuda para poder decidir cuándo morir (que podrá acompañarse de cuidados paliativos). Además, como señaló en su comparecencia el día 11 de febrero de 2020 la diputada del Partido Socialista Carcedo Roces, en los supuestos de cuidados paliativos hay una muerte inminente, pero en los supuestos que regula la LORE no necesariamente ha de ser así y, por ello, es posible que el sufrimiento pueda prolongarse durante un largo periodo de tiempo<sup>4</sup>.

En esa misma sesión del 11 de febrero, los diputados del Partido Popular y de VOX esgrimieron algunos argumentos inaceptables y desenfocados. Echániz Salgado, del Partido Popular, afirmó que la LORE va a acabar con los enfermos indefensos. En su opinión, la regulación de la eutanasia persigue un ahorro para el sistema sanitario y, de hecho, se preguntó retóricamente: ¿qué es mejor? ¿que una persona viva mucho y siga costando al erario público en gastos sanitarios o de prestaciones por dependencia, o que viva poco y deje de gastar? Según Echániz, lo que realmente pretende la Proposición de Ley de eutanasia es copiar el sistema de Holanda, donde —prosiguió— están disminuyendo poco a poco los problemas con sus pensiones; ese es el sustrato de ingeniería social que subyace a esta regulación: el ahorro del coste que suponen las personas mayores, los más frágiles, los más

vulnerables; son —concluyó— recortes sociales en toda regla. La longevidad se convierte así en un riesgo financiero<sup>5</sup>.

Por su parte, Méndez Monasterio, de VOX, sostuvo que la ley convierte al Estado en una máquina de matar y a los médicos en verdugos. En su opinión, los proponentes de la ley invocan la autonomía de la voluntad, pero son ellos los que deciden qué vida es digna o no de ser vivida, configurando un monstruoso contexto eutanásico. Se habla de autonomía de la voluntad —añadió—, «[...] pero esa voluntad estará viciada, será la del más débil, la del más vulnerable, a quien todo el sistema —incluso su familia— presionará para que, sintiéndose una carga, pida morir. La brutal distinción entre los sujetos humanos con vidas dignas e indignas de ser vividas se produjo en la primera Ley de eutanasia de Europa en la Alemania de Hitler». A todo ello hay que añadir, afirmó, razones ideológicas, utilitaristas y economicistas. La regulación de la eutanasia es, a su juicio, la respuesta a un sistema de pensiones quebrado; se decide que los enfermos crónicos deben ser eliminados porque son un peso económico para el Estado. Para terminar, el diputado de VOX calificó sumariamente la ley como homicida.

Argumentos semejantes se repitieron a lo largo del debate parlamentario posterior y las dos propuestas de veto presentadas en el Senado por estos dos grupos parlamentarios fueron también rechazadas.

En definitiva, el trasfondo de los argumentos contra la regulación de la eutanasia es la pretendida ausencia de reconocimiento de la autonomía individual: se rechaza la posibilidad de que la persona pueda tomar la decisión de poner fin a su vida de forma racional y libre, y la eutanasia voluntaria es percibida únicamente como el resultado de un abuso por parte de terceros.

Una vez expuestos los argumentos más destacados que se han aducido contra la legalización de la eutanasia, pasaré a comentar las razones que me llevan a defender una regulación de la eutanasia como la que propone la ley, con independencia de que, como ya he señalado, haya aspectos respecto de los que pueda disentir.

## 2. FUNDAMENTO DE LA LEGALIZACIÓN DE LA EUTANASIA VOLUNTARIA

Como he señalado en trabajos anteriores, el fundamento de la legalización de la eutanasia voluntaria debe asentarse en el reconocimiento constitucional del derecho a la autonomía de la persona, que incluye el derecho a decidir sobre el final de su vida siempre que concurren determinadas circunstancias que garanticen el correcto ejercicio de este derecho y se impidan posibles abusos por parte de terceros o tomas de decisión precipitadas<sup>6</sup>.

La eutanasia voluntaria genera un conflicto de intereses entre, por un lado, el derecho a la vida (artículo 15 de la Constitución) y, por otro lado, la libertad (proclamada como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 de la Constitución), la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Constitución), el dere-

cho a la libertad de los individuos (artículos 16.1 y 17.1 de la Constitución) y el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 de la Constitución). Este conflicto debe resolverse mediante una ponderación de todos los intereses en juego acorde con la protección que la Constitución dispensa a los mismos a fin de valorar cuál o cuáles de ellos han de prevalecer.

Aunque, por razones obvias, normalmente los conflictos entre el derecho a la vida y otros derechos también protegidos en la Constitución se dirimirán en favor de la vida, no necesariamente ha de ser siempre así. Un supuesto excepcional es el de la eutanasia voluntaria, como declara el preámbulo de la LORE. El texto reconoce la necesidad de compatibilizar el derecho a la vida con otros intereses protegidos en la norma fundamental como la integridad física y moral, la dignidad, la libertad y la autonomía de la voluntad y, en este sentido, afirma: «Cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad, como es la que define el contexto eutanásico antes descrito, el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida».

En definitiva, la legalización de la eutanasia es el resultado de una ponderación entre esos dos grupos de intereses que otorga la prevalencia al segundo bloque (dignidad, libertad y autonomía) siempre y cuando se den las condiciones y requisitos previstos en la ley. Como indica el preámbulo, se despenaliza la eutanasia, pero solo «[...] en determinados supuestos, definidos claramente y sujetos a garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad de la decisión descartando presión externa de cualquier índole».

Quienes rechazan la legalización de la eutanasia voluntaria parten de que este conflicto debe resolverse siempre en favor de la vida. En realidad, lo que defienden, entre otros, los diputados del Partido Popular y de VOX es una concepción del derecho a la vida como un derecho absoluto e irrenunciable. Desde esta perspectiva, la Constitución otorgaría una protección absoluta al derecho a la vida, de manera que cualquier conflicto entre este derecho y otros derechos o intereses también protegidos constitucionalmente debería resolverse siempre en favor de aquel.

Sin embargo, frente a esta interpretación cabe afirmar que ningún derecho reconocido constitucionalmente, incluido el derecho a la vida, goza de protección absoluta. Esta fue la opinión expresada por el Tribunal Constitucional en su trascendental sentencia de 1985, que declaró la constitucionalidad del sistema de indicaciones en materia de aborto. En esta decisiva sentencia, nuestro Tribunal Constitucional negó la existencia de derechos absolutos y afirmó que «[...] todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos, pueden y deben estar sujetos a limitaciones»<sup>7</sup>.

Además, con ocasión de los recursos de amparo presentados a finales de 1989 por varios internos en huelga de hambre pertenecientes al GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre) en los que se planteaba, precisamente, la interpretación constitucional del derecho a la vida y la resolución del conflicto entre este derecho y el de-

recho a la libertad —entendido como derecho a la autonomía del individuo—, aunque el Tribunal se limitó a resolver ese caso particular en atención a las específicas circunstancias del mismo y no ofreció una respuesta general a este conflicto, dejó abierta la cuestión de si el derecho a la vida puede ser, bajo determinadas circunstancias, un derecho disponible<sup>8</sup>.

Así pues, si nuestro Tribunal Constitucional ha negado la existencia de derechos absolutos y, al mismo tiempo, ha dejado la vía abierta para que el derecho a la vida pueda concebirse como un derecho disponible, cabe defender, frente a quienes entienden que la Constitución española otorga a este derecho una protección absoluta y, por tanto, lo conciben como irrenunciable, que el derecho a la vida debe configurarse, en principio, como un derecho-libertad (no es un derecho de ejercicio obligatorio, como puede ser el derecho a la educación en España hasta la edad de 16 años) y, en concreto, como una libertad positiva. Entender el derecho a la vida como una libertad positiva significa que los otros, y en particular el Estado, están obligados a realizar aquellas acciones necesarias para que podamos seguir viviendo, pero lo que no pueden hacer es obligarnos a vivir; es decir, los demás tienen obligaciones que, sin embargo, en determinadas circunstancias nosotros podemos cancelar (Juanatey, 1994: 367-374)<sup>9</sup>.

En definitiva, una lectura sistemática de Constitución española permite afirmar que la eutanasia voluntaria es una conducta conforme a Derecho: se lesiona la vida (en circunstancias de gran penosidad), pero se protegen la autonomía y la dignidad de la persona, y este es el fundamento constitucional de su legalización. Del mismo modo que, a través del Sistema Nacional de Salud, el Estado no debe imponer un tratamiento contra la voluntad del paciente salvo los supuestos excepcionales expresamente establecidos en la ley<sup>10</sup>, también debe ayudar a la persona que, ante una situación de enfermedad grave y sufrimiento insoportable, solicite ayuda para poner fin a esa situación, aunque esta provoque su muerte. De acuerdo con tres de los principios básicos de la bioética que deben orientar la práctica de la medicina —los principios de autonomía, de beneficencia y de no maleficencia—, debe respetarse el derecho de cada persona a decidir sobre las cuestiones relativas a su vida y a su salud (principio de autonomía); y, al mismo tiempo, el ejercicio de la medicina debe perseguir tanto el objetivo de procurar la salud como el de no dañar al paciente y tratar de evitarle graves sufrimientos inútiles o innecesarios (principios de beneficencia y de no maleficencia).

### 3. DESPENALIZACIÓN DE LA EUTANASIA VOLUNTARIA: LA LORE

En las páginas que siguen analizaré brevemente algunos de los aspectos que me parecen más relevantes de la regulación recogida en la LORE.

#### 3.1. EL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO PENAL

La LORE da nueva redacción al artículo 143 del Código penal (que castiga la inducción y la cooperación al suicidio, así como determinados supuestos de eutanasia<sup>11</sup>). Con-

cretamente, modifica su apartado 4 e introduce un nuevo apartado 5, cuyo tenor literal es el siguiente:

«4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de ésta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia».

Como puede apreciarse, es el apartado 5 el que prevé la despenalización de algunas conductas de eutanasia voluntaria siempre y cuando se cumpla lo dispuesto en la LORE. Aunque el precepto no establece límites respecto a quiénes pueden ayudar a morir, el procedimiento previsto en la LORE circunscribe la despenalización al ámbito médico-sanitario, estableciendo toda una serie de garantías que someten la actuación a un estricto control médico. El apartado 4 dispone que los supuestos de eutanasia voluntaria realizados al margen del procedimiento previsto en la ley podrán ser sancionados con una pena atenuada respecto a las señaladas en los apartados 2 y 3 del mismo precepto.

### 3.2. DEFINICIÓN DE EUTANASIA EN LA LORE

La LORE propone la siguiente definición de la eutanasia: «Acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento». La redacción no me parece muy afortunada, pero no entraré en esta cuestión. En todo caso, el preámbulo excluye expresamente del concepto a las formas pasiva e indirecta de la eutanasia y asume el amplio consenso existente en la doctrina bioética y penalista sobre el empleo del término, que se limita a la eutanasia activa y directa. Desde esta perspectiva, la eutanasia pasiva y la eutanasia indirecta formarían parte del correcto ejercicio de la actividad sanitaria, por lo que es preferible utilizar la denominación «indicación médica» para hacer referencia a estas conductas<sup>12</sup>.

Siempre he defendido que, por razones de claridad conceptual, la mejor opción es manejar una definición amplia de eutanasia que incluya sus diversas manifestaciones (voluntaria, no voluntaria, involuntaria, activa, omisiva, directa, indirecta...) <sup>13</sup> y, a partir de ahí, establecer de forma razonada cuáles de ellas están justificadas penalmente y cuáles no, y cuál es el fundamento jurídico, en su caso, de la justificación (Juanatey, 2020: 3-6) <sup>14</sup>. No obstante, y dado que la Proposición de Ley despenaliza de forma expresa los supuestos de eutanasia voluntaria (basados en la libre voluntad de la persona que recibe la ayuda para morir), activa y directa, hay que entender que, por razones de proporcionalidad y porque así lo declara su preámbulo, quedan también fuera del Código Penal tanto la eutanasia voluntaria omisiva como la indirecta.

Sin embargo, la LORE no despenaliza todos los supuestos de eutanasia voluntaria, sino solo aquellos que se lleven a cabo con arreglo al procedimiento establecido en su ar-

ticulado o, al menos, respetando los requisitos que se consideran esenciales para entender que la conducta está justificada. De hecho, la Disposición adicional segunda de la LORE establece: «Las infracciones de lo dispuesto en esta Ley quedarán sometidas al régimen sancionador previsto en el artículo VI del título I de la Ley 14/86 General de Sanidad, sin perjuicio de la posible responsabilidad civil o penal y de la responsabilidad profesional o estatutaria que pueda corresponder».

Esta disposición obliga, por tanto, a distinguir los requisitos «no esenciales» de la prestación de ayuda para morir, cuyo incumplimiento podría ser sancionado con arreglo a la Ley 14/86; y los requisitos «esenciales», cuyo incumplimiento podría dar lugar a responsabilidad penal. Desde mi punto de vista, deberían considerarse en todo caso requisitos esenciales: la presencia de «consentimiento informado» (art. 3. a) LORE); la realización de la prestación bajo la dirección del «médico responsable» (art. 3. d)); y la existencia de un «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» o de una «enfermedad grave e incurable» (art. 3, apartados b) y c), respectivamente). De cualquier modo, los órganos judiciales deberán, en su caso, determinar la eventual existencia de responsabilidad penal o administrativa, lo que a buen seguro va a suscitar no pocos problemas de interpretación.

### 3.3. CONTEXTO MÉDICO-SANITARIO

La LORE despenaliza la eutanasia voluntaria siempre que se produzca en un contexto sanitario en el que un médico asuma la dirección y coordinación de la prestación. Se trata, en mi opinión, de una medida de precaución razonable. La restricción de la legalización de la eutanasia a la ayuda para morir realizada en un contexto médico-sanitario ha sido la opción elegida hasta el momento por la totalidad de los Estados que han legalizado supuestos de eutanasia o de auxilio al suicidio (Holanda<sup>15</sup>, Bélgica<sup>16</sup>, Luxemburgo<sup>17</sup>, Quebec<sup>18</sup> el Estado de Victoria en Australia<sup>19</sup>, algunos estados de Estados Unidos<sup>20</sup>, Canadá<sup>21</sup>...), y ha sido también la que ha propuesto el Grupo de Estudios de Política Criminal (en adelante, GEPC) en su *Alternativa al tratamiento de la disponibilidad de la propia vida*<sup>22</sup>.

A mi juicio, se trata de una decisión garantista y prudente que asegura la supervisión por parte de especialistas —que son quienes deben conocer y decidir sobre aspectos esenciales relativos al estado de padecimiento o enfermedad del paciente— de la información terapéutica imprescindible de la que ha de disponer el paciente<sup>23</sup> o de las sustancias que deben administrarse, las dosis adecuadas, etc. En concreto, la LORE prevé la figura del «médico responsable» (art. 3. d)), que es quien debe asumir la dirección de la prestación; en particular, le corresponde la coordinación de la información y de la asistencia sanitaria, la asunción de la dirección del proceso deliberativo con el paciente sobre su diagnóstico, las posibilidades terapéuticas y los resultados esperables (artículo 8.1) y, en general, la interlocución principal con el paciente a lo largo del proceso asistencial, todo ello sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que puedan participar en el mismo. Esto es, la LORE atribuye al médico responsable la dirección del proceso (art. 8), pero a lo largo del procedimiento establecido en la misma prevé la intervención de otros profesionales sanitarios (arts. 3. g), 6.2 y 11) que integrarán el «equipo sanitario competente» al que se

refiere la ley en su artículo 4.2<sup>24</sup>. La LORE no ofrece una definición del equipo sanitario competente ni contiene referencias a su composición, por lo que cabría entender que puede formar parte del equipo sanitario o asistencial cualesquiera profesionales —entre ellos, trabajadores sociales, psicólogos, etc.— que se integren en el mismo y actúen bajo la dirección del médico responsable.

Precisamente, el artículo 3. g) de la LORE define la «Prestación de ayuda para morir» en estos términos: «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. Dicha prestación se puede producir en dos modalidades: 1.ª) La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente. 2.ª) La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda autoadministrar, para causar su propia muerte». Es decir, no es necesario que sea el médico el que administre directamente la medicación necesaria, sino que puede hacerlo cualquier profesional sanitario competente. El suministro de la medicación al paciente para su autoadministración también puede hacerlo cualquier profesional sanitario (aunque, sorprendentemente, solo en la primera modalidad se hace referencia a que ha de ser «competente»), pero entiendo que la prescripción debe hacerla un médico.

La norma, pues, despenaliza la conducta de los profesionales sanitarios que intervengan en el proceso de ayuda para morir, pero también, de acuerdo con las reglas generales de la participación en Derecho penal, la de cualquier otra persona que pueda prestar su colaboración, siempre que actúe bajo la dirección del médico responsable y concurran los elementos que la norma exige para justificar la conducta (por ejemplo, el familiar que ayuda al paciente que se autoadministra en su domicilio la sustancia prescrita por el médico, previsión contemplada en el art. 14). En estos casos, la LORE requiere que «[...] el médico, así como el resto de profesionales sanitarios, tras prescribir la sustancia que el propio paciente se autoadministrará, mantendrá la debida tarea de observación y apoyo a este hasta el momento de su fallecimiento» (art. 11.3). No obstante, constituiría una interpretación excesivamente formalista de la norma entender que, una vez realizados todos los trámites establecidos en la ley, la autoadministración debe llevarse a cabo por el propio paciente en solitario y sin la posible ayuda de los familiares que puedan acompañarle.

En definitiva, la LORE garantiza la práctica de la eutanasia en un contexto médico controlado, evitando que tengan que ser los familiares o allegados de la persona quienes asuman, sin los conocimientos adecuados, la ayuda médica para morir.

Durante la tramitación parlamentaria se han introducido algunos cambios en el texto presentado en enero de 2020 cuya conveniencia me parece dudosa. Así, el artículo 14 *in fine* de la LORE establece: «No podrán intervenir en ninguno de los equipos profesionales quienes incurran en conflicto de intereses ni quienes resulten beneficiados de la práctica de la eutanasia». Por un lado, esta limitación podría suponer una traba para que profesionales sanitarios que sean familiares del paciente puedan intervenir en el caso de que, por ejemplo, sean sus herederos, aun cuando el solicitante de la prestación así lo desee. Por otro, podría generar dudas sobre las consecuencias de la ayuda de parientes, posibles herederos, al paciente que ha elegido la autoadministración en su domicilio. Creo que sería mejor no

establecer esta limitación expresa y dejar que, en su caso, los órganos judiciales determinen en supuestos que susciten sospechas si esos profesionales o parientes han actuado en su propio interés y no con la finalidad de dar cumplimiento a los deseos del paciente, como exige la LORE. No hay que olvidar que la ley establece suficientes garantías y controles a fin de evitar posibles abusos.

En todo caso, lo que la LORE no permite es que cualquier persona ayude a otro a morir —aunque este sufra un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, y haya formulado una petición de ayuda para morir de forma expresa, seria e inequívoca— si la ayuda no se lleva a cabo con observancia del procedimiento y las garantías establecidas en su articulado. En tales hipótesis, la opción que se ha adoptado durante la tramitación parlamentaria ha sido la de castigar estos supuestos de eutanasia voluntaria a través del artículo 143.4 del Código Penal con una pena atenuada respecto a las previstas en los números 2 y 3 del mismo precepto.

Sin pretender entrar aquí en las muy diversas situaciones que podrían producirse en la práctica y que generarían dificultades para determinar la posible responsabilidad penal, sí quiero hacer referencia a algunas complicaciones que, en mi opinión, puede plantear esta previsión normativa.

La primera dificultad estriba en la fundamentación de la responsabilidad penal en los supuestos de hecho del 143.4 CP. Aunque, lógicamente, una vez aprobada la legalización de la eutanasia voluntaria, el número de estas infracciones será muy escaso, en el caso de que se produzcan no veo la razón para castigarlas expresamente y con carácter general. Se trata de conductas en las que, de acuerdo con la descripción típica, ha de actuarse en atención a una decisión autónoma (se exige petición expresa, seria e inequívoca de la persona) y la persona solicitante ha de sufrir un «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» o una «enfermedad grave e incurable» (definidos en el artículo 3 de la LORE, apartados b) y d), respectivamente). Creo que hubiese sido mejor no introducir esa previsión específica y dejar a los órganos judiciales el análisis de las razones por las que no se recurrió, en su caso, al procedimiento previsto en la ley, así como la valoración de la posible apreciación de una eximente de estado de necesidad (completa o incompleta), una causa de inexigibilidad (completa o incompleta) o una atenuante, dependiendo de las circunstancias concurrentes<sup>25</sup>.

Una segunda dificultad puede surgir en aquellos supuestos en los que la ayuda a morir haya tenido lugar en un momento previo a la fecha de aprobación de la LORE. En mi opinión, estos casos deberán justificarse, en virtud del estado de necesidad justificante (art. 20.5 del Código Penal), de acuerdo con la protección constitucional del derecho a la autonomía individual, fundamento de la regulación de la eutanasia voluntaria, dado que en el momento de realización de los hechos no existía la posibilidad legal de recibir la prestación de ayuda para morir<sup>26</sup>. Sin embargo, el mantenimiento del castigo expreso de tales conductas en el artículo 143.4 puede complicar las cosas y dar lugar a resoluciones judiciales que entiendan que la conducta debe ser castigada de acuerdo con este precepto.

### 3.4. ENFERMEDAD O ESTADO DE PADECIMIENTO DE LA PERSONA QUE SOLICITA LA PRESTACIÓN

La Proposición de Ley ofrece una definición de las situaciones de enfermedad o estado de padecimiento en las que ha de encontrarse la persona que solicita la ayuda para morir y a las que hace referencia el artículo 143.4 del Código Penal en la redacción propuesta por la ley.

El art. 3. b) de la LORE define el «padecimiento grave, crónico e incapacitante» como la «situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico».

Por su parte, el art. 3. c) define la «enfermedad grave e incurable» como «la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva».

Ambas definiciones fueron modificadas durante el debate parlamentario. En general, la nueva redacción ha mejorado en algunos aspectos las definiciones establecidas en el texto presentado en enero de 2020<sup>27</sup>.

Por un lado, se recogen supuestos de enfermedad grave e incurable sin exigir, como hacía el texto inicial de la LORE, que la enfermedad se hubiera originado independientemente de la voluntad del paciente. No era fácil de entender cuál podía ser la razón de esa exigencia, que, entre otras cosas, impedía que, en el caso de que ese estado de salud se hubiese originado por un intento de suicidio, por ejemplo, pudiese prestarse la ayuda para morir, una vez que la persona se encontrase en esa situación y su consentimiento reuniese los requisitos previstos en la propia ley<sup>28</sup>. Asimismo, el hecho de que sea necesario que la enfermedad presente un pronóstico de vida «limitado» permite que se incluyan aquellos supuestos en los que no necesariamente la persona se encuentre en estado terminal.

Por otro lado, considero acertado que se legalicen también aquellos casos de eutanasia voluntaria en los que la persona se encuentra en una situación de padecimiento grave de carácter crónico e incapacitante, supuesto que incluye situaciones de incapacidad permanente (tetraplégicos, por ejemplo) que causen un sufrimiento «psíquico» (y no necesariamente físico) constante e intolerable para la persona. Sin embargo, resulta desconcertante que se haya sustituido el término «invalidante», al que se hacía referencia en el texto inicial, por «incapacitante», dado que este último término no se encuentra en el *Diccionario de la Real Academia Española* y, a mi juicio, los casos a los que se alude son los mismos.

La concurrencia o no de ese estado de enfermedad o padecimiento deberá, en primer lugar, ser objeto de valoración médica con las garantías que establece el procedimiento

previsto en la LORE (en especial, las de su artículo 8), y siempre en el contexto de un proceso deliberativo con el paciente sobre su diagnóstico, sus posibilidades terapéuticas y los resultados esperables, así como sobre la posibilidad de acceder a cuidados paliativos. Seguidamente, tendrá que ser verificado por dos miembros de la Comisión de Garantía y Evaluación (un profesional médico y un jurista), designados por su presidente; en caso de desacuerdo entre estos dos miembros, deberá decidir el Pleno de la Comisión (art. 10 LORE).

Si la ayuda para morir se lleva a cabo al margen del procedimiento previsto en la LORE, la conducta de quien ayude a morir podrá ser sancionada con arreglo al artículo 143.4 del Código Penal; para ello, será necesario probar que la persona se encontraba en esa situación de enfermedad o estado de padecimiento. En el caso de que este extremo no quede acreditado, los hechos podrían ser sancionados con arreglo a los números 2 o 3 del artículo 143, o incluso ser calificados como un delito de homicidio o asesinato de los artículos 138 y 139 del Código Penal, dependiendo de los elementos concurrentes.

### 3.5. REQUISITOS PERSONALES EXIGIDOS PARA PODER RECIBIR LA PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR

En primer lugar, la LORE requiere que la persona solicitante de la ayuda tenga la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses. Con este requisito, el legislador pretende evitar que la aprobación de la ley atraiga a extranjeros no residentes en España que provengan de países en los que no se haya legalizado la eutanasia voluntaria (o se haya legalizado con requisitos más restrictivos).

En segundo lugar, la LORE requiere que la persona sea capaz y se encuentre en estado de consciencia en el momento de formular su solicitud de ayuda para morir, y a lo largo del procedimiento prevé toda una serie de garantías para asegurar la autonomía de la decisión. Así, el artículo 3. a) define el «consentimiento informado» como «la conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que, a petición suya, tenga lugar una de las actuaciones descritas en la letra g)», esto es, la prestación de la ayuda para morir. Y, en relación con el consentimiento informado, en el artículo 4.3 establece la obligación de garantizar los medios adecuados para que las personas solicitantes de la prestación reciban la información y ayuda necesarias para que puedan formar y expresar su voluntad de forma libre, y tomar una «[...] decisión individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas». Al mismo tiempo, el artículo 6 exige que la solicitud de la prestación se haga por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la voluntad «inequívoca» del solicitante.

Ahora bien, cuando a juicio del médico responsable el paciente no se encuentre en el pleno uso de sus facultades ni pueda prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente, podrá igualmente satisfacerse la prestación si el solicitante ha suscrito con anterioridad un testamento vital o documento equivalente legalmente reconocido. En el caso de que en

dicho documento se haya nombrado representante, este será el interlocutor válido para el médico responsable (artículo 5 LORE).

En tercer lugar, la LORE establece como exigencia para que sea válido el consentimiento que la persona sea mayor de edad. La exigencia de haber alcanzado la mayoría de edad es también el criterio seguido por una parte importante de los países que han legalizado algunas conductas de eutanasia o de auxilio al suicidio (Canadá<sup>29</sup>, Quebec<sup>30</sup>, algunos estados de EE. UU.<sup>31</sup> y Luxemburgo<sup>32</sup>, entre otros). Sin embargo, tanto la regulación holandesa como la belga prevén un marco de actuación más amplio. Estos dos países no limitan la posibilidad de la eutanasia a los mayores de edad<sup>33</sup>.

En Holanda, además de los mayores de edad, la regulación incluye entre las personas que pueden solicitar la eutanasia a los pacientes de entre 12 y 18 años de edad, siempre que concurren determinados requisitos expresamente previstos en la ley. Los menores han de ser capaces de realizar una valoración razonable de sus intereses en relación con estas cuestiones, y quienes ejerzan la patria potestad o la tutela del menor deben participar en la toma de decisión cuando se trate de menores de entre 16 y 18 años, o estar de acuerdo con la decisión en el supuesto de menores de entre 12 y 16 años<sup>34</sup>.

Por su parte, Bélgica estableció inicialmente la exigencia de que la persona fuese mayor de edad o menor de edad emancipado. Sin embargo, en 2014 se aprobó una reforma legal de la Ley de eutanasia de 2002 que permite solicitar la ayuda para morir a menores sin establecer un límite mínimo de edad. No obstante, en estos supuestos los requisitos son mucho más estrictos: el menor ha de tener capacidad de discernimiento, circunstancia que deber ser valorada por un psiquiatra o psicólogo, quien, previo estudio del historial médico del menor, deberá certificar por escrito, en su caso, su capacidad; el solicitante ha de padecer una «afección accidental o patológica» grave e incurable, que le produzca un sufrimiento «físico» (no se incluye el psíquico) constante e insoportable y para la que no exista solución médica; la muerte ha de ser inevitable a corto plazo y se ha de contar con el acuerdo expreso y por escrito de los representantes legales del menor<sup>35</sup>.

En cualquier caso, como ha señalado Laporta (2010: 24-31), en general —y no solo cuando se trata de menores—, la capacidad de la persona para tomar decisiones autónomas implica una serie de propiedades de naturaleza psicológica que en su mayoría son graduales, rasgo que se proyecta en el acto que es expresión de su autonomía, es decir, en el consentimiento mismo. Así, de acuerdo con el autor, si la autonomía personal es una cuestión de grado, habrá que defender un cierto «umbral de autonomía» por debajo del cual el paciente —sea menor de edad o no— no puede o no tiene que prestar su consentimiento. Concretamente, el grado de competencia de cada solicitante depende no solo de su personalidad, sino también de la patología que tiene que afrontar. Por esa razón, en aquellos supuestos en los que la decisión del paciente es de gran trascendencia para su vida y su salud (como, entiendo, son los casos de eutanasia descritos en la Proposición de Ley), el médico —afirma Laporta— ha de implicarse seriamente en un proceso de argumentaciones y reflexiones con el paciente a fin de comprobar que su solicitud es libre y racional y que, además de respetar el principio de autonomía, esta responda al principio de mayor beneficio para el solicitante.

Considerando lo expuesto hasta aquí, entiendo que es preferible la opción elegida por Holanda o Bélgica de abrir la puerta a que los menores de 18 años que estén en condiciones de hacer una valoración razonable de su situación y del alcance de su decisión, puedan solicitar la ayuda para morir<sup>36</sup>, siempre que, como establecen ambas regulaciones, se impongan toda una serie de requisitos que traten de asegurar una toma de decisión cabal y responsable, y que los padres o tutores participen de algún modo en la misma (en supuestos extremos de oposición de quienes ejerzan la patria potestad, cabría acudir a la vía civil para la resolución del conflicto). En este sentido, la experiencia de estos dos países debería haberse tenido en cuenta, dado que no parece que, a pesar de su complejidad<sup>37</sup>, esta previsión haya creado algún tipo de problema o provocado abusos<sup>38</sup>.

Ahora bien, lo dispuesto en la LORE es coherente con la actual regulación de los límites al consentimiento del paciente regulados en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que ha restringido considerablemente la capacidad de decisión de los menores de edad en el ámbito médico. Así, tras las modificaciones introducidas en 2015 en el artículo 9 de la citada ley, aunque se reconoce capacidad para consentir a los menores emancipados o con 16 años cumplidos, cuando se trate de actuaciones de grave riesgo para la vida o la salud del paciente no se reconoce capacidad para decidir a los menores de edad; en tales supuestos, el consentimiento deberá prestarlo su representante legal<sup>39</sup>. Esta involución parece responder más a razones de tipo ideológico que a la prueba de la ausencia de madurez de los menores de 18 años o a la constancia de la comisión de abusos asociados a su mayor vulnerabilidad<sup>40</sup>.

Por eso, si la evolución legislativa —a mi juicio, claramente equivocada— se ha caracterizado por la reducción paulatina de la capacidad para consentir de los menores de 18 años en el ámbito médico (aunque no solo), es comprensible que la ley que regule la eutanasia no haya excedido los límites que la Ley 41/2002 establece en relación con el reconocimiento general de la capacidad para consentir de los menores de edad, todo ello, insisto, sin perjuicio de que en mi opinión sería más razonable una regulación como la belga o la holandesa.

De hecho, con la situación actual, por un lado, en los casos en que un menor de dieciocho años sufra un «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» o una «enfermedad grave e incurable» como las que describe la LORE necesite una intervención que implique un grave riesgo para su vida o su salud, regirá lo dispuesto en la Ley 41/2002 y, en consecuencia, el consentimiento debe prestarlo su representante legal; pero, por otro lado, si de lo que se trata es de ayudar a morir al menor maduro que solicita esa ayuda ante los sufrimientos que padece, o si es un niño de muy corta edad el que sufre una enfermedad incurable que le provoca graves sufrimientos, esa situación médica nos sitúa ya en un contexto de «eutanasia no voluntaria»<sup>41</sup> (dado que no se reconoce a ningún menor de edad la capacidad para decidir en este ámbito) que requeriría una regulación especial expresa, pues parece claro que la Ley 41/2002 no autoriza los supuestos de eutanasia no voluntaria en los que los representantes legales puedan tomar la decisión en nombre del menor<sup>42</sup>. No me parece correcto que, en el caso de menores maduros que requieran de una intervención médica que conlleve grave riesgo para su vida o su salud, el consentimiento deban prestarlo

necesariamente los representantes legales<sup>43</sup>, y tampoco vería problema alguno en el hecho de que la LORE regulase también la eutanasia no voluntaria<sup>44</sup>, aunque entiendo, como ya he apuntado arriba, la prudencia de la regulación finalmente aprobada.

### 3.6. COMISIONES DE GARANTÍA Y EVALUACIÓN

La LORE prevé la creación de una Comisión de Garantía y Evaluación en cada comunidad autónoma y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, órganos que tendrán su propio reglamento interno.

A estas comisiones les corresponde resolver las reclamaciones frente a la denegación de la ayuda a morir, verificar el cumplimiento de los requisitos procedimentales para la realización de la prestación, la detección de posibles problemas en el cumplimiento de las obligaciones previstas en la ley, la resolución de dudas relativas a su aplicación, y todas aquellas facultades que puedan atribuirles los gobiernos autonómicos o el Ministerio de Sanidad en el caso de Ceuta y Melilla.

Desde mi punto de vista, es un error que haya 19 comisiones con su propio reglamento interno. Tras las enmiendas presentadas durante la tramitación parlamentaria, el nuevo texto ha especificado algo más —aunque no mucho— la composición de las comisiones. Ahora, el artículo 17.1 prevé que la composición debe ser multidisciplinar y que ha de contar con un número mínimo de siete miembros, entre ellos personal médico y juristas. La determinación de su régimen jurídico corresponderá a cada comunidad autónoma, salvo en el caso de Ceuta y Melilla, donde será el Ministerio de Sanidad el que cree las comisiones y establezca su régimen jurídico.

Considero que, a fin de garantizar la igualdad de la prestación en una materia tan sensible y novedosa como esta, habría sido más adecuado que le LORE previera que una sola comisión de ámbito estatal ejerciese el control y garantizase la unidad de criterio a la hora de resolver los problemas que se puedan producir en la práctica<sup>45</sup>. Al menos el texto aprobado en marzo de 2021 (a diferencia del texto inicial, que nada decía al respecto) establece que el Ministerio de Sanidad y los presidentes de las Comisiones de Garantía y Evaluación de las comunidades autónomas deberán reunirse anualmente, bajo la coordinación del Ministerio, para homogenizar criterios e intercambiar buenas prácticas en el desarrollo de la prestación en el Sistema Nacional de Salud. A mi juicio, esta previsión no garantiza la igualdad en la prestación.

### 3.7. CONTROL DE LA PRESTACIÓN DE LA AYUDA PARA MORIR

El procedimiento previsto en la LORE establece un control previo a la prestación de la ayuda para morir y otro posterior a la misma.

Así, el artículo 8.4 de la ley dispone que, una vez completados los trámites establecidos y verificado que el paciente se encuentra en alguno de los supuestos que autorizan a proceder a la práctica de la eutanasia, con carácter previo a la realización de la pres-

tación, el médico responsable deberá ponerlo en conocimiento de la persona que presida la Comisión de Evaluación y Control, que en el plazo máximo de dos días deberá designar a dos de sus miembros para que comprueben la concurrencia de los requisitos legales y emitan un informe en el plazo máximo de siete días naturales (art. 10.1 y 3 LORE). Finalmente, la Comisión deberá emitir una resolución en el plazo máximo de dos días naturales (art. 10.4). Durante el trámite parlamentario se suprimió la posibilidad de que en supuestos excepcionales de muerte o pérdida de capacidad inminentes pueda prescindirse de este control<sup>46</sup>, una limitación, a mi entender, poco razonable. Se trata de situaciones de carácter excepcional que deben ser valoradas por el médico responsable y que, en todo caso, han de ser objeto de control posterior para verificar la adecuación de la prestación.

Una vez realizada la ayuda para morir (en el caso de que la resolución anterior haya sido favorable), y en el plazo máximo de los cinco días hábiles posteriores a la asistencia, el médico responsable deberá remitir a la Comisión dos documentos en los que ha de constar la información relativa al paciente, a su situación médica y al procedimiento seguido para realizar la intervención, así como la información relativa al médico responsable y al médico consultor.

También en este punto hay algún elemento que podría ser reconsiderado. En el llamado «documento segundo» previsto en el artículo 12. b) de la LORE deben constar, entre otros datos, la fecha y lugar de la muerte y el tiempo transcurrido desde la primera y la última petición hasta la muerte de la persona. Esto implica que la regulación del procedimiento, sometido al plazo indicado de cinco días, podría impedir la posibilidad de que el médico suministre o prescriba la sustancia necesaria para su autoadministración por el propio paciente a fin de que, llegado el momento en que ya no se encuentre en condiciones de soportar el sufrimiento por más tiempo, decida autoadministrársela, evento que puede producirse tiempo después del momento de la prescripción o no llegar siquiera a ocurrir. El mero hecho de contar con la medicación o saber que está a su disposición para poder utilizarla en el momento en que lo considere necesario es un factor que reduce de manera significativa la ansiedad y el sufrimiento psicológico y proporciona una gran tranquilidad a los pacientes, pues en tal caso saben que tienen el control de la situación. De hecho, esto es lo que manifestaron algunos de los pacientes de Oregón (EE. UU.) que recibieron la ayuda al suicidio, algunos de los cuales ni siquiera llegaron a usar.

Desde mi punto de vista, habría sido preferible prescindir de ese control previo. Se trata de una medida que refleja cierta desconfianza sobre el buen hacer del personal sanitario y que alarga y dificulta el proceso de manera innecesaria. El establecimiento de un control posterior me parece una garantía suficiente. En principio, como en cualquier otra intervención médica, debe presumirse que el personal sanitario actuará con arreglo al procedimiento; de hecho, este es el sistema seguido en Holanda<sup>47</sup>, Bélgica<sup>48</sup> o Quebec<sup>49</sup>, y no parece que esta presunción haya cercenado las garantías en el procedimiento. El control posterior no solo sería suficiente en orden a garantizar la legalidad de la actuación, sino que permitiría, a su vez, conocer la situación general relativa a la eutanasia en todo el país a través de las reuniones anuales previstas en el artículo 17.5 de la LORE.

### 3.8. INTEGRACIÓN DE LA ASISTENCIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y CAUSA DE LA MUERTE

Dos aspectos positivos de la LORE merecen ser recalcados. Por un lado, la inclusión de la prestación de ayuda para morir en la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y su financiación pública (art. 13). La ayuda para morir podrá prestarse en centros sanitarios, públicos, privados o concertados, o en el propio domicilio del paciente (art. 14), y se prevé que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud elabore un manual de buenas prácticas a fin de orientar la correcta aplicación de la ley (Disposición adicional sexta).

Por otro lado, debe destacarse que la LORE declara expresamente que la muerte derivada de la prestación de la ayuda para morir deberá ser considerada muerte natural a todos los efectos (Disposición adicional primera). Esta precisión es muy importante para el enfermo a los efectos de los posibles seguros de vida que haya podido suscribir.

### 3.9. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La LORE prevé el derecho al ejercicio de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios que, por razones de conciencia, consideren que es su deber no participar en la prestación de ayuda para morir a un paciente. Con esta previsión se trata de garantizar tanto el derecho de los sanitarios a la objeción de conciencia como el derecho del paciente a recibir la ayuda para morir, de forma que el acceso a la asistencia y la calidad de la misma no se vean obstaculizados o mermados. Y, del mismo modo que en el caso del derecho a la objeción a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, la ley establece que la objeción deberá manifestarse anticipadamente y por escrito. Además, prevé la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores a fin de proporcionar a la Administración sanitaria la necesaria información que le permita asegurar una gestión adecuada de la prestación.

La previsión de este registro es muy importante para evitar problemas como los que se han denunciado en relación con la práctica legal del aborto, problemas que derivan de la inexistencia de un registro de esas características<sup>50</sup>.

Aunque la creación de un registro de profesionales objetores ha sido puesta en entredicho por considerar que podría vulnerar el derecho a la intimidad de los profesionales, me parece que esa crítica no está justificada. Los datos relativos a los sanitarios estarán protegidos de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de protección de datos personales (LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) y serán utilizados exclusivamente por la Administración en la gestión de la prestación de la ayuda para morir (art. 16.2 LORE). La afectación del derecho a la intimidad es la mínima imprescindible para garantizar el derecho a la ayuda para morir sin que el primero de los derechos se vea menoscabado en su contenido esencial ni de forma relevante.

Ahora bien, esta previsión presenta algunas carencias que sería aconsejable suplir. Sería necesario establecer, aunque fuese de manera sucinta, algunas precisiones adicionales sobre

el ejercicio de este derecho. Durante el debate parlamentario se han introducido especificaciones sobre las personas que pueden acogerse al derecho a objetar; la redacción finalmente aprobada por el Congreso alude a los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación (art. 16.1 LORE). La ley, sin embargo, sigue sin resolver cuestiones tales como el tipo de actos amparados por la objeción, las medidas a adoptar para sustituir de forma eficaz al objetor para que no se cause un daño añadido a la persona que solicita la eutanasia, entre otras<sup>51</sup>.

No obstante todo lo anterior, cabe señalar, *de lege ferenda*, que la solución al problema de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario debería abordarse mediante una legislación general aplicable a los diversos supuestos que llevan a los profesionales de la sanidad a objetar la realización de determinadas intervenciones sanitarias por razones de conciencia<sup>52</sup>.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

He dedicado las páginas anteriores a comentar los aspectos que me parecen más relevantes de la ley reguladora de algunos supuestos de eutanasia voluntaria, presentada por el grupo parlamentario socialista y aprobada por el Congreso de los Diputados el 18 de marzo de 2021. Como ya he señalado, mi opinión general sobre la ley aprobada es muy positiva, si bien hay algunos puntos que considero que pueden ser controvertidos y que podrían ser reconsiderados. Entre ellos, destacaría los siguientes:

En primer lugar, el castigo, expresamente previsto en el artículo 143.4 del Código Penal, de algunos supuestos de eutanasia voluntaria que se realicen al margen del procedimiento. Por las razones expuestas en el texto, entiendo que sería mejor eliminar este castigo explícito y dejar que sean los órganos judiciales quienes analicen las razones por las que no se recurrió, en su caso, al procedimiento previsto en la ley y valoren la posible apreciación de una causa de justificación o de inexigibilidad —completas o incompletas— o una atenuante de la responsabilidad criminal.

En segundo lugar, la exigencia de haber alcanzado la mayoría de edad para poder consentir la prestación, que lamentablemente deja fuera a los menores maduros que estén en condiciones de hacer una valoración razonable de sus intereses. Aunque, como he apuntado, puede entenderse la prudencia de la ley y su coherencia con la actual regulación del consentimiento de los menores en el ámbito sanitario, la realidad es que en este punto se establece una limitación de los derechos de los menores maduros para la que no encuentro justificación; hay fórmulas que cabría arbitrar para otorgar capacidad al menor maduro en este ámbito; por ejemplo, un sistema de decisión conjunta o asistida en el que intervengan los padres o tutores y los responsables médicos.

En tercer lugar, la creación de 19 Comisiones de Control y Evaluación, con sus correspondientes reglamentos internos, me parece equivocada; en mi opinión, tratándose de una materia tan sensible y novedosa como esta, sería fundamental, a fin de garantizar la

igualdad en la prestación, que una única comisión de ámbito estatal ejerciese el control y garantizase la unidad de criterio a la hora de resolver los problemas que se puedan producir en la aplicación de la ley.

En cuarto lugar, considero que la previsión de dos controles —uno previo y otro posterior a la prestación de la ayuda para morir— alarga y dificulta el proceso de manera innecesaria; en este punto, entiendo que sería garantía suficiente el establecimiento de un único control posterior —como se prevé en países como Holanda o Bélgica— unido al resto de requisitos previstos en el procedimiento. Además, la información requerida y la estipulación de algunos plazos estrictos para el control por estas comisiones puede impedir que los pacientes reciban la sustancia prescrita por el médico para que se la autoadministre más adelante, cuando ya no se encuentre en condiciones de soportar el sufrimiento, circunstancia que puede producirse tiempo después del momento de la prescripción o no llegar siquiera a ocurrir.

En quinto y último lugar, la regulación de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios a la práctica de la eutanasia debería ser más precisa, aunque lo deseable sería la aprobación de una legislación general sobre la objeción de conciencia en el ámbito sanitario.

A pesar de estas objeciones, y como ya he señalado, mi opinión sobre la regulación de la eutanasia voluntaria recién aprobada es claramente positiva; en términos generales, la LORE es razonable y supone un gran avance en el reconocimiento del derecho de las personas a su autonomía y a morir con dignidad.

## NOTAS

1. Sobre las diferentes Propuestas, *vid.* Juanatey Dorado (2020: 1-25).
2. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie B, Núm. 46-, 25 de marzo de 2021. Votaron a favor los grupos parlamentarios: Socialista (120), VOX (1), Confederación Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común (34), Republicano (12), Ciudadanos (10), Plural (11), Vaso (6), Euskal Herria Bildu (5) y Mixto (3). Votaron en contra los grupos Parlamentarios: Popular (87), VOX (51) y Mixto (3). Se abstuvieron un diputado del Grupo Plural y otro del Grupo Mixto.
3. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, XIV Legislatura, 2020, Núm. 43, Sesión plenaria de 10 de septiembre.
4. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, XIV Legislatura, 2020, Núm. 7, Sesión plenaria de 11 de febrero de 2020.
5. Sin embargo, en relación con el funcionamiento general de la regulación de la eutanasia en Holanda, el Real Colegio de Médicos holandeses (KNMG), en su informe de 29 de marzo de 2017, ha manifestado: «La actual Ley de Eutanasia es eficaz y tiene una extensa aplicación: la práctica de la eutanasia actual es minuciosa, transparente, verificable, segura para pacientes y médicos, y goza de un apoyo generalizado» [en línea] <<https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/09/17-KNMG.Vida-Cumplida-esp.pdf>>.

6. Precisamente, como señala Neumann, uno de los argumentos que se aducen, sobre todo en la dogmática alemana, para rechazar la legalización de supuestos de eutanasia voluntaria activa es el riesgo de que se tomen decisiones precipitadas que puedan afectar a las preferencias o intereses de la persona a largo plazo (2010: 291-297).

7. STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 9.

8. SSTC 120/90 de 27 de junio, 137/90 de 19 de julio y 11/90 de 17 de enero. A fin de justificar la alimentación forzosa a los huelguistas, el Pleno del Tribunal Constitucional se apoyó en dos argumentos que son, sobre todo el primero, los que le llevaron definitivamente a adoptar esa decisión: la «relación especial de sujeción» en que se encuentran los reclusos en relación con la Administración penitenciaria y la «ilicitud» de la huelga de hambre en esta situación. Estas dos últimas circunstancias fueron las que, a juicio del TC, justificaron la alimentación forzosa en el caso concreto que trató de resolver —criterio no compartido por algunos de sus miembros que presentaron votos particulares—. Sin embargo, el propio TC sugirió —aunque solo como mera hipótesis— que las cosas podrían ser diferentes si se tratase de ciudadanos libres o de internos en otras circunstancias, aunque no concretó qué pasaría en tales situaciones.

9. También Carbonell Mateu (2018: 802) rechaza la caracterización del derecho a la vida como un derecho absoluto

10. Artículo 9.2, de Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

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

12. En relación con esta cuestión, Corcoy Bidasolo se plantea qué diferencia cualitativa puede haber entre la sedación terminal, que provoca una situación letárgica de coma, y el hecho de administrar una inyección que provoque instantáneamente la muerte; incluso se pregunta si no atenta más gravemente a la dignidad del paciente la situación de coma (2010: 308).

13. Sanz Morán (2008: 305-335) ofrece un análisis detallado de los diferentes tipos de eutanasia y de los diversos criterios interpretativos sobre su relevancia penal.

14. Considera también necesario, desde la perspectiva legal, diferenciar las diversas formas de eutanasia, Corcoy Bidasolo (2010: 306-307).

15. Artículos 1 y 2 de la Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, de 10 de abril de 2001. Sobre la importancia del papel de los médicos en la práctica de la eutanasia en Holanda y la necesidad de que estos lleven a cabo un análisis profesional minucioso y cauteloso de la situación del paciente, puede verse el Informe de 29 de marzo de 2017 del Real Colegio de Médicos holandés (KNMG) [en línea] <<https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/09/17-KNMG.Vida-Cumplida-esp.pdf>>.

16. Artículo 3 de la Ley de eutanasia, de 28 de mayo de 2002.

17. Artículo 1 de la Ley sobre eutanasia y asistencia al suicidio, de 16 de marzo de 2009.

18. Artículo 5 de la Ley sobre los cuidados al final de la vida, de 10 de junio de 2014.
19. Artículos 3, 6 y 11 de la Ley de muerte voluntaria asistida, de 5 de diciembre de 2017.
20. Todos los estados de Estados Unidos que han legalizado alguna forma de auxilio al suicidio exigen que sea un médico quien proporcione al paciente la ayuda para morir. Disponible en: <<https://euthanasia.procon.org/states-with-legal-physician-assisted-suicide/>>.
21. Véase la Ley C41 de ayuda médica para morir de Canadá, aprobada en febrero de 2016.
22. El documento «Una alternativa al tratamiento de la disponibilidad de la propia vida», del GEPC, que fue objeto de revisión en el año 2016, propone la siguiente redacción del artículo 143.4 del Código penal: «No será punible ni la colaboración (en) ni la producción de la muerte de otro por parte de un médico o de cualquier otra persona bajo su dirección, si media la solicitud expresa, libre y seria de una persona que tenga capacidad natural de juicio, siempre que esta padezca graves sufrimientos no evitables que se deriven de una afección incurable que le conducirá próximamente a la muerte o que, siendo permanente, le incapacita de manera generalizada para valerse por sí misma» (2016: 42).
23. Sobre la cuestión, *vid.* Blanco Cordero (2008: 33-57).
24. Hay otras referencias a lo largo del articulado al equipo asistencial (arts. 3. e), 8.2, 10, 12 o 18. a)).
25. Para una opinión distinta, *vid.* Tomás-Valiente Lanuza (2020: 21-22).
26. Por esta razón, no comparto el criterio de De la Mata Barranco, quien afirma que el texto de la Proposición de Ley presentado en enero de 2020 no solo no despenalizaba la conducta de Ángel Hernández (que ayudó a morir dignamente a su esposa) o la de quien en su día ayudó a morir a Ramón Sampedro, sino que verían incrementada su pena (2020a: 24-25).
27. González Rus ha puesto en entredicho que las definiciones legales de enfermedad previstas en la redacción inicial de la Proposición supongan una mejora respecto de las actuales referencias recogidas en el artículo 143.4 del Código penal, dado que estas últimas, en su opinión, cuentan ya con un soporte interpretativo solvente (2020: 27).
28. Con esta exigencia prevista en la redacción inicial de la LORE también se muestra crítica García Álvarez (2020: 18-19).
29. Artículo 241 del Código Penal canadiense
30. Artículo 5 de la Ley sobre los cuidados paliativos al final de la vida. Una peculiaridad de la regulación de Quebec es que prevé la posibilidad de que en el caso de menores o de mayores de edad incompetentes la persona autorizada a consentir en su nombre los cuidados médicos necesarios pueda tomar también la decisión de autorizar la ayuda médica para morir en su nombre.
31. [En línea] <<https://euthanasia.procon.org/states-with-legal-physician-assisted-suicide/>>.
32. Artículo 2.1.1) de la Ley, de 16 de marzo de 2009, de la eutanasia y la ayuda al suicidio
33. En la revisión de que fue objeto en 2016, el documento «Una alternativa al tratamiento de la disponibilidad de la propia vida», del GEPC, introdujo un cambio respecto a la redacción de 1993, que fijaba en la mayoría de edad la capacidad para consentir en estos supuestos. La nueva propuesta considera que lo relevante en estos casos es que la persona que se encuentra en alguna de las situaciones descritas en el precepto que legaliza la eutanasia voluntaria tenga capacidad para entender el alcance de su decisión y pueda decidir por sí misma lo que es mejor para ella (2016: 42).

34. Artículo 2 de la Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio.
35. Artículo 3 de la Ley de eutanasia, de 28 de mayo de 2002, modificado por la Ley de 28 de febrero de 2014.
36. Carbonell Mateu (2018: 807) manifiesta la misma opinión.
37. Sobre la validez del consentimiento de menores en el ámbito médico, *vid.* Mendoza Buergo (2019: 799-818).
38. Precisamente, en su informe de 29 de marzo de 2017, el Real Colegio de Médicos holandés (KNMG) hizo una valoración positiva del funcionamiento general de la regulación de la eutanasia en Holanda, *Vid., supra*, nota 5.
39. Leyes 11/2015, de 21 de septiembre y 26/2015, de 28 de julio, y artículo 9 de la Ley 41/2002.
40. En todo caso, como se indica en el artículo 9.7 de la Ley 4/2002, la prestación del consentimiento por representación ha de ser «[...] adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal».
41. Entendiendo por «eutanasia no voluntaria» la que tiene lugar en los supuestos en los que la persona no está en condiciones de otorgar un consentimiento válido, como sería el caso de personas en coma que no han suscrito un testamento vital o documento semejante, o el caso de los neonatos.
42. Rechaza que pueda ser eficaz el consentimiento por sustitución en una eventual regulación de la eutanasia directa, al menos sin la intervención de terceros, profesionales y objetivos, que valoren si con esa decisión se actúa realmente en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, Corcoy Bidasolo (2010: 306).
43. Comparto la opinión de Mendoza Buergo, que se muestra muy crítica con las últimas reformas en esta materia. La autora afirma que, aun cuando pudiera ser conveniente una cláusula de cautela para ciertos casos extremos, la opción elegida por el legislador resulta poco consistente y muy discutible. A su juicio, podría haberse establecido un sistema de decisión conjunta o asistida que permitiese complementar —y no directamente sustituir— la voluntad del menor. Y, en general, considera que, en los supuestos de rechazo de un tratamiento por parte del menor, debería evaluarse muy cuidadosamente en cada caso la fundamentación y la consistencia de la decisión a fin de evitar que, bajo la pretendida salvaguarda de la autodeterminación futura del menor, se impongan determinados valores o concepciones morales (2019: 644-650).
44. En esta línea parecería situarse lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley sobre los cuidados al final de la vida de Quebec.
45. En contra de cualquier tipo de control se manifiesta Carbonell Mateu, quien afirma que «[...] está absolutamente de más la interposición de comisiones de control que alejen de la voluntad del individuo las tomas de decisión, impidiendo que sea una relación directa entre persona y médico —sí es que se solicita la intervención de este— la que presida el procedimiento. Especialmente cuando, como se prevé en la actual Proposición de Ley española, la composición de las comisiones es indeterminada y se deja al albur de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas; es decir, en varias de ellas, en este momento, de Vox» (2020: 11).
46. El artículo 8.4, párrafo segundo, del texto inicial de la LORE establecía: «No obstante, se podrá llevar a cabo dicha prestación de ayuda a morir sin el citado control previo en los casos excepcionales de muerte o pérdida de capacidad inminentes apreciados por el médico o médica responsable, en cuyo caso se procederá de la forma prevista en el artículo 12». Es decir, en tales hipótesis únicamente se exigía el control posterior.

47. Artículo 21 de la Ley de Comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio.
48. Artículo 5 de la Ley de eutanasia, de 28 de mayo de 2002.
49. Artículos 36 y 37 de la Ley sobre los cuidados al final de la vida, de 10 de junio de 2014.
50. Precisamente, la inexistencia de un registro de profesionales sanitarios objetores en relación con el aborto está dificultando, junto con otros factores, la práctica de la interrupción del embarazo, según denuncia la Asociación de Drets Sexuals y Reproductius [en línea] <<https://www.elperiodico.com/es/sanidad/20200112/la-objeccion-de-conciencia-una-traba-para-el-derecho-al-aborto-en-catalunya-7800281>>.
51. Sobre el tema, puede verse Gascón Abellán (2010: 160).
52. Así lo recomienda la propuesta del GEPC en su revisión del año 2016, que declara que los avances médicos de los últimos años y la complejidad de los mismos recomiendan una ley sobre la objeción de conciencia en el ámbito sanitario o, en su caso, una modificación de la actual Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que incluya la posibilidad de objetar en conciencia con sus correspondientes requisitos y límites. De acuerdo con la justificación de esta propuesta, de ese modo se evitaría a un mismo tiempo el riesgo de que una objeción de conciencia limitada a un ámbito concreto de la asistencia sanitaria pudiese interpretarse *a sensu contrario* en el sentido de que en los demás supuestos tal objeción no sería posible (2016: 49-56).

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel y Carmen JUANATEY (2018): «¿Hay argumentos plausibles contra la eutanasia?», *Derecho a morir dignamente*, 78, 8-12.
- BARQUÍN SANZ, Jesús (2020): «Despenalización de la eutanasia: no empezamos bien», *Ideal*, domingo 23 de febrero.
- BLANCO CORDERO, Isidoro (2008): «Relevancia penal de la omisión de la información terapéutica en el marco del tratamiento del dolor», en M. Gómez Tomillo, J.J. López-Ibor y J.A. Gutiérrez Fuentes (eds.), *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Madrid: Fundación Lilly, Unión Editorial, 33-57.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos (2018): «El derecho a decidir sobre sí mismo: eutanasia y maternidad. A propósito de la Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia», en F. Morales Prats, J.M. Tamarit Sumalla y R. García Alberó (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor: Aranzadi, 799-818.
- (2020): «El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional», *Derecho a morir dignamente*, 82, 10-12.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2010): «La regulación de la eutanasia en el CP español. Propuestas de reformas legislativas», en B. Mendoza Buergo (coord.), *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid: Civitas, 299-322.
- (2019): «El consentimiento por representación en la actividad médico-quirúrgica», en M. Cancio Meliá, M. Maraver Gómez, Y. Fakhouri Gómez, P. Guérez Tricario, D. Rodríguez Horcajo y G.J. Basso (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 385-400.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto (2020a): «El Derecho Penal de la libertad: ¿qué hacemos con la eutanasia?», *Almacén de Derecho*, 26 de febrero.
- (2020b): «El Derecho penal y la eutanasia», *Derecho a morir dignamente*, 82, 23-25.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1997): «Comentario al artículo 143 CP», en J.L. Díez Ripollés y L. Gracia Martín (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 164-266.
- FELIP I SABORIT, David (<sup>6</sup>2019): «Inducción y cooperación al suicidio. Eutanasia (art. 143 CP)», en J.M. Silva Sánchez (dir.), R. Ragués i Vallès (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona: Atelier, 48-56.
- FINNIS, John (1998): «Euthanasia, Morality and Law», *Loyola of Los Angeles Law Review*, 31, 1123-1145.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (2020): «Modificación del artículo 143.4 del Código Penal por la LORE. Contrasentido de la Propuesta», *Derecho a morir dignamente*, 82, 16-19.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2003): «¿De qué estamos hablando cuando hablamos de eutanasia?», *Humanitas, Humanidades médicas*, 1, Monográfico eutanasia, 5-12.
- (2010): «Objeción de conciencia sanitaria», en B. Mendoza Buergo (coord.), *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid: Civitas, 143-162.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2016): «Alternativa al tratamiento de la disponibilidad de la propia vida», *Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente. 25 años de trabajo del Grupo de Estudios de Política Criminal*, Valencia, 37-48.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José (2020): «Una ley manifiestamente mejorable», *Derecho a morir dignamente*, 82, 26-28.
- JUANATEY DORADO, Carmen (1994): *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- (2002): «La disponibilidad del derecho a la vida en USA», *Jueces para la Democracia*, 45, 53-65.
- (2004): *El Derecho y la muerte voluntaria*, México D.F.: Fontamara.
- (<sup>2</sup>2016): «Inducción, cooperación al suicidio y eutanasia», en J. Boix Reig: *Derecho Penal. Parte Especial. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, V.I., Madrid: Iustel, 71-93.
- (2017): «La vida y la salud frente a la autonomía en el Derecho penal español. Análisis de algunos supuestos», *Revista General de Derecho Penal*, 28, 1-25.
- (2020): «Reflexiones a propósito de la regulación de la eutanasia voluntaria en España», *Revista General del Derecho Penal*, 34, 1-25.
- LAPORTA SANMIGUEL, Francisco (2010): «Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos», en B. Mendoza Buergo (coord.), *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid: Civitas, 19-34.
- MENDOZA BUERGO, Blanca (2019): «Autonomía, consentimiento y menores. La pretendida contrarreforma de 2015», en M. Cancio Meliá, M. Maraver Gómez, Y. Fakhouri Gómez, P. Guérez Tricario, D. Rodríguez Horcajo y G.J. Basso (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 639-653.
- MOYA GUILLEM, Clara (2020): «La difusa frontera entre la vida y la muerte. Reflexiones sobre el objeto material de los delitos contra la vida humana independiente», *Revista penal*, 46, 141-156.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (<sup>22</sup>2019): *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- NEUMANN, Ulfrid (2010): «Problemas actuales de la eutanasia en Derecho penal alemán», en B. Mendoza Buergo (coord.), *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid: Civitas, 279-297.
- NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel (2020): «Necesidad de un concepto pre-legal de eutanasia, aspectos constitucionales y otras precisiones sobre la Proposición de “Ley orgánica de regulación de la eutanasia en España” (BOCG de 31 de enero de 2020, núm. 46/1. Intervención de terceros en la muerte deseada y política legislativa)», *Revista General de Derecho Penal*, 34, 1-40.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (<sup>10</sup>2016): «Artículo 143», en G. Quintero Olivares (dir.), F. Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 70-79.
- (2020): «Un derecho que no se respeta», *Derecho a morir dignamente*, 82, 13-15.

SANZ MORÁN, Ángel J (2008): «La eutanasia: Algunas consideraciones de Política Legislativa», en M. Gómez Tomillo, J.J. López-Ibor y J.A. Gutiérrez Fuentes (eds.), *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Madrid: Fundación Lilly, Unión Editorial, 305-334.

SAVULESCU, Julian (2010): «Autonomía, vida buena y elecciones controvertidas», en B. Mendoza Buergo (coord.), *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid: Civitas, 35-60.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen (2000): *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Cp (art. 143)*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2008): «La regulación de la eutanasia, activa solicitada en el Código Penal español», en M. Gómez Tomillo, J.J. López-Ibor y J.A. Gutiérrez Fuentes (eds.), *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Madrid: Fundación Lilly, Unión Editorial, 151-177.
- (2010): «Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud», en B. Mendoza Buergo (coord.), *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid: Civitas, 61-93.
- (2020): «Gradación de la responsabilidad por incumplimiento de requisitos legales», *Derecho a morir dignamente*, 82, 21-22.

**Fecha de recepción: 27 de enero de 2021.**

**Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2021.**



LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA: VALORACIÓN  
GLOBAL Y PRIMERAS DUDAS INTERPRETATIVAS  
*THE EUTHANASIA REGULATION: A GLOBAL ASSESSMENT  
AND FIRST INTERPRETATIVE DIFFICULTIES*

*Carmen Tomás-Valiente Lanuza*  
*Profesora Titular de Derecho penal*  
*Universidad de las Islas Baleares*

RESUMEN

Frente a quienes tachan a la LORE de inconstitucional, desde un frente, y de insuficiente, desde el extremo opuesto, en este trabajo se valora como una regulación compatible con la Constitución de 1978, equilibrada y razonable. Tras unas observaciones preliminares en relación a la inminente interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la ley, se repasan y contextualizan los rasgos básicos del modelo adoptado por el legislador español; el balance global positivo no es óbice, sin embargo, para poner de manifiesto algunas deficiencias y ciertas dudas interpretativas sobre aspectos concretos.

PALABRAS CLAVE

Eutanasia, suicidio, prestación sanitaria, controles previos, causas de justificación, objeción de conciencia.

ABSTRACT

The new Spanish euthanasia regulation has been deemed both unconstitutional and, from the opposite perspective, too weak in guaranteeing the fundamental right of the individual to decide over his or her own death. In this paper it is considered, on the contrary, mostly a reasonable and pondered regulation. After some preliminary considerations regarding the appeal against it to be shortly filed before the Constitutional Court, the fundamental aspects of the new law are reviewed and put into context. The globally positive outcome cannot hide, however, some deficiencies and interpretative difficulties regarding particular aspects which are brought into view..

KEY WORDS

Euthanasia, suicide, health services, previous controls, conscientius objection.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.005](https://doi.org/10.36151/td.2021.005)

# LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA: VALORACIÓN GLOBAL Y PRIMERAS DUDAS INTERPRETATIVAS

Carmen Tomás-Valiente Lanuza

Profesora Titular de Derecho penal  
Universidad de las Islas Baleares

**Sumario:** 1. Algunas consideraciones desde la perspectiva constitucional. 2. Más allá de la despenalización: la positivización de la ayuda a morir como (y solo como) una prestación sanitaria. 3. Requisitos de titularidad del derecho. 4. El binomio autonomía/enfermedad con sufrimiento: la determinación de las situaciones sustantivas exigidas por la ley. 5. La operatividad de las instrucciones previas. 6. El sistema de control. 7. Responsabilidad penal por incumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley. 8. La objeción de conciencia. 9. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

La aprobación de la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia —con un apoyo parlamentario cuya holgura merece ser destacada— introduce una novedad de primerísimo rango en el ordenamiento jurídico de nuestro país. España se convierte en el cuarto estado europeo (tras los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo)<sup>1</sup> en contar con una norma jurídica expresa en la materia (no es el caso de Suiza ni el de Alemania), en la línea de las promulgadas fuera de Europa por Canadá, Nueva Zelanda, Colombia (con sus muchas peculiaridades), el estado australiano de Victoria o —aunque con diferencias notables— por algunos estados estadounidenses (Oregón, Washington, Montana, Vermont, Colorado, California, Hawái, Nueva Jersey, Maine y Washington D.C.). Y lo hace en un momento en que la tendencia no solo a despenalizar la eutanasia, sino también a contemplarla como un verdadero derecho parece acelerarse en nuestro entorno cultural y jurídico más cercano; solo en 2020, dos Tribunales Constitucionales europeos (el alemán y el austríaco) han reconocido —como antes lo hicieron las Cortes Supremas colombiana en 1997 y canadiense en 2014, y, aunque limitado a unos contextos muy específicos, la Corte Cons-

titucional italiana en 2018— un derecho individual del sujeto, de rango fundamental, a decidir sobre la propia muerte y a obtener ayuda de terceras personas para producírsela. La LORE aterriza, pues, en un terreno cada vez más abonado en Europa para garantizar a los ciudadanos y residentes el ejercicio de esta expresión última de su libertad individual.

Mi objetivo en estas páginas es ofrecer una valoración de conjunto de los aspectos fundamentales de la nueva ley y plantear unas primeras dudas interpretativas sobre algunos extremos que se antojan relevantes, sin pretensión alguna de agotar todos los que la integración de esta nueva prestación sanitaria en el Sistema Nacional de Salud está llamada a suscitar.

## 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Expertos constitucionalistas mucho más competentes que yo en la materia dedican sus trabajos en este número monográfico al análisis de la LORE en el marco constitucional; por mi parte, quisiera referirme tan solo a un aspecto que, aunque quizás obvio, entiendo que no resulta impertinente recalcar, especialmente a la vista de las recientes sentencias del Tribunal Supremo austríaco y, sobre todo, del alemán (en adelante BVerfG).

El mismo día de la aprobación de la ley en el Congreso de los Diputados, y como era del todo previsible, un grupo parlamentario anunciaba la próxima interposición de un recurso contra la misma ante el Tribunal Constitucional. Y es en este plano, es decir, en el del análisis de la constitucionalidad de la norma a resultas de un recurso, cuando la cuestión se dimensiona en unos ciertos términos; unos términos que, en el caso del futuro recurso contra la LORE, no coinciden exactamente —pese a la indiscutible relación entre ellos— con los que informan los pronunciamientos de las distintas jurisdicciones constitucionales que en Derecho comparado han valorado la ayuda a morir a la luz de sus respectivas normas fundamentales, que se han emitido desde una perspectiva distinta. La alusión —frecuente en la doctrina y ocasional durante la tramitación parlamentaria— a las sentencias de las Cortes Supremas de Colombia (1997 y 2014), Canadá (2014) y de los Tribunales Constitucionales de Italia (2019), Alemania (2020) o la muy reciente de Austria (2020), por un lado, y a las del Tribunal Supremo de Estados Unidos (1998) o Irlanda (2013), o incluso la sentencia *Pretty* del TEDH, por otro, han de situarse en su contexto correcto a la hora de traerlas a colación en relación con el debate sobre la constitucionalidad de la LORE<sup>2</sup>.

Sin entrar ahora en los matices propios de cada uno de ellos, sí puede identificarse una misma pretensión básica en las demandas o recursos planteados en estos algo más de veinte años ante las jurisdicciones constitucionales citadas, que no ha sido otro que la declaración de inconstitucionalidad de las normas penales prohibitivas del auxilio al suicidio —en algunas de ellas, también de la causación de la muerte solicitada— aplicadas a determinadas situaciones. Se solicitaba, por tanto, del respectivo Tribunal Constitucional o Supremo que identificara («descubriera», en la terminología habitual en el debate entre originalistas

norteamericanos y sus oponentes) el derecho a decidir sobre la propia muerte y a obtener ayuda para ello en determinadas circunstancias como un verdadero derecho fundamental del sujeto enfermo, que las citadas normas penales vulnerarían de modo constitucionalmente injustificable; dicho de otro modo, se pretendía de ellos que asumieran la plena licitud de las conductas eutanásicas como *la única opción constitucionalmente admisible*, lo que exige dotar al derecho de una contundencia capaz de contrarrestar la presunción de constitucionalidad que en todos esos casos jugaba a favor de las prohibiciones penales establecidas por el respectivo legislador (con las que sí se mostraron deferentes las sentencias de los Tribunales Supremos de Estados Unidos y de Irlanda, así como el TEDH en *Pretty*). No es esto, sin embargo —sino algo mucho más modesto— lo que deberá dirimir nuestro Tribunal Constitucional, en puridad el primero que habrá de resolver sobre un recurso de inconstitucionalidad presentado no contra las normas penales prohibitivas, sino contra una regulación de la eutanasia aprobada —tras una ponderación de sus riesgos, costes y beneficios que fundamentalmente a él le compete realizar— por el legislador, que es sobre la que ahora recae la presunción de compatibilidad con la Constitución derivada del principio democrático. No se trata, por tanto, de que el TC declare la regulación de la eutanasia como la única opción constitucionalmente admisible —imponiéndosela al legislador, como decidieron las Cortes Supremas de Colombia o Canadá—, ni siquiera de que la valore como *la «mejor opción»* en términos constitucionales, postura por la que me decantaba en Tomás-Valiente Lanuza (1999: 379-392), y hacia la que diría que ha evolucionado Rey Martínez (2008: 81 ss.) desde un planteamiento inicialmente más restrictivo; es suficiente que la considere *compatible* con el cuadro de derechos, valores y principios de nuestra carta magna. El paralelismo con la regulación de la interrupción del embarazo resulta pertinente, y me permite ilustrar lo que quiero decir recurriendo al ejemplo, creo que expresivo, de la enorme diferencia entre la sentencia *Roe vs. Wade* y la STC 53/1985: habría resultado difícilmente imaginable que, a resultas de un recurso de amparo de una mujer o un médico condenados por un aborto y una subsiguiente autocuestión de constitucionalidad, nuestro TC hubiera afirmado un derecho fundamental de la mujer a la interrupción del embarazo derivado de su libertad o autonomía individual, y anulado (para determinadas situaciones y/o plazos) las normas penales prohibitivas del aborto, como en su día decidiera el Tribunal Supremo norteamericano; el TC español sí consideró constitucionalmente admisible, en cambio, la primera regulación despenalizadora —y a la espera estamos de que, más de diez años después, se pronuncie sobre la LO 2/2010 de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo—. Del mismo modo, un Tribunal Constitucional que se hubiera podido mostrar renuente a anular el art. 143.4 CP y a imponer al legislador la necesidad de regular las conductas eutanásicas (probablemente, tal habría sido el caso si hubiera llegado a conocer del recurso de amparo interpuesto en su día por Ramón Sampredo) puede (y a mi juicio debe), sin incurrir en contradicción alguna, declarar perfectamente constitucional la nueva LORE. Eso, y solo eso, es lo que el futuro recurso le obligará a dirimir.

En definitiva, la declaración de la nueva ley como constitucional no depende de que el TC atribuya —en los contundentes términos de las sentencias colombiana o canadiense— la condición de fundamental al derecho reconocido por aquella, y mucho menos aún de

que reconozca un derecho fundamental al suicidio —a la «muerte autodeterminada», en la terminología del BVerfG— en los amplísimos términos en que lo recoge la sentencia alemana, de la que puede perfectamente discreparse sin detrimento de la valoración de la LORE como plenamente constitucional (*vid.* por ejemplo Moreso, 2021; o Peñaranda Ramos, 2021)<sup>3</sup>. Las conocidas negaciones de la existencia de este último derecho en la STC 120/1990 o en la sentencia *Pretty* del TEDH, que sin duda serán esgrimidas en el recurso de inconstitucionalidad como argumento pretendidamente inapelable, como ya anticipa su utilización por un sector doctrinal muy crítico con la LORE (Martín Sánchez, 2020: 32-33; Marcos del Cano, 2019: 17) no prejuzgan en absoluto el resultado de la ponderación que el TC habrá de realizar, pues su alcance no es tan restrictivo como incluso algunos defensores de la LORE, descontextualizadamente (Cfr. Cambrón, 2020: 5-6), lo presentan; sería perfectamente posible que el TC negara tal derecho y, simultáneamente, considerara conforme con la Constitución la ponderación plasmada en la LORE por el legislador democrático, que, por lo demás, es la más coherente con el derecho fundamental del sujeto (este sí afirmado por el TC) a decidir sobre su tratamiento médico; un derecho que, como es conocido, entre otras prerrogativas faculta al enfermo para exigir la retirada de mecanismos salvadores aunque con ello se desencadene una muerte que su funcionamiento podía todavía retrasar<sup>4</sup>. Por supuesto que la apreciación por el Tribunal de un derecho fundamental del enfermo a decidir sobre el fin de su vida cuando esta se ve dominada por un sufrimiento muy intenso (extensamente, Cámara Villar, 2021), así como el de la embarazada a decidir sobre su maternidad dentro de ciertos límites, decantaría la ponderación con mucha mayor facilidad en favor de la constitucionalidad de la norma (del mismo modo que la atribución de un estatus de iusfundamentalidad al derecho no resulta en absoluto baladí en relación con otras cuestiones, entre ellas la justificación de la denegación de su titularidad a los menores de edad o la posibilidad de recurrir en vía de amparo una denegación de la autorización previa que pudiera valorarse como injustificada a la luz de un claro cumplimiento de los requisitos legalmente previstos); pero tal condición (que sí devendría esencial si una nueva mayoría parlamentaria reinstaurara la prohibición penal y fuera entonces esta la recurrida ante el TC) no resulta imprescindible, creo, para la compatibilidad del texto con la Constitución.

Si el TC descarta una concepción del derecho a la vida como irrenunciable *per se*, que es lo único coherente con la proclamación de la libertad como valor fundamental del ordenamiento jurídico, con la consideración del libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y, también, con el ya citado reconocimiento del derecho fundamental a rechazar tratamientos médicos (y ello incluso, insisto, en el contexto de una doctrina constitucional que, hemos de reconocerlo, hasta el momento se ha mostrado poco generosa en la configuración de la autonomía individual como derecho fundamental), además de lo único conforme con la progresiva relevancia que el TEDH ha ido concediendo a la libertad de decidir sobre la propia muerte como parte del derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 de la CEDH (Arruego, 2019: 61-74; Climent Gallart, 2018: 130-137), el examen de constitucionalidad no puede sino recaer sobre la cuestión de si con la LORE incurre el Estado en una vulneración de sus deberes positivos de proteger la vida; unos deberes que han de traducirse no como la imposición a los ciudadanos y residentes de la

obligación de mantener su existencia física a toda costa —que es, en definitiva, el principal corolario de la comprensión de la vida como bien irrenunciable—, sino como la suficiencia de un sistema de garantías que asegure el carácter estable, no coaccionado ni influenciado y, en suma, verdaderamente libre de la decisión del sujeto enfrentado a un contexto de enfermedad o extrema dependencia en el que el sufrimiento domina su existencia (por todos, Cámara Villar, 2021). Y si algo distingue a la LORE de los modelos de Derecho comparado de regulación de la eutanasia (aun a riesgo de incurrir en una cierta despersonalización y de extraer la prestación del contexto de la relación exclusivamente médico-paciente) es precisamente el carácter extremadamente garantista que informa su particular sistema de autorización previa; de hecho, los controles a los que será sometida la solicitud de un enfermo de recibir la prestación sanitaria regulada por la LORE son incomparablemente más estrictos que los que acompañan, por ejemplo, la retirada de un respirador exigida por el paciente en el ejercicio (así es catalogado por el propio TC) de su derecho fundamental a la integridad física del art. 15 CE. Desde el punto de vista constitucional que ahora interesa, no hay nada que justifique la estigmatización de la prestación de ayuda a morir en sus formas de auxilio al suicidio y eutanasia atribuyéndole unos riesgos de desbordamiento (por presiones directas o indirectas, falta de firmeza de la voluntad, etc.) que no se esgrimen en el ámbito de la renuncia a tratamientos, siendo así que las condiciones de vulnerabilidad que recurrentemente se alegan para justificar la pervivencia de la prohibición penal de las primeras son las mismas en uno y otro caso. Por otra parte, nada puede encontrarse, a mi juicio, en la doctrina del TEDH sobre los deberes positivos del Estado en relación con la protección de la vida, mucho más desarrollados que en la jurisprudencia del TC (Cfr., ampliamente, Tomás-Valiente Lanuza, 2016), que justificara una eventual declaración de inconstitucionalidad de la LORE.

## **2. MUCHO MÁS ALLÁ DE LA DESPENALIZACIÓN. LA POSITIVIZACIÓN DE UN DERECHO A LA AYUDA A MORIR COMO (Y SOLO COMO) PRESTACIÓN SANITARIA**

La mera despenalización de las conductas eutanásicas —mucho menos la renuncia a la persecución judicial del caso concreto bosquejada por el informe del Comité de Bioética de España (2020:71-73), que no constituye una verdadera alternativa— no conforma una solución adecuada para el enfermo que desea acortar el tiempo de vida que le resta y que él percibe como una situación insostenible. Como bien demuestra la experiencia alemana (que nunca, salvo el breve período de vigencia del §217 hoy anulado por el BVerfG, ha sancionado penalmente la participación en el suicidio ajeno), la sola despenalización no garantiza en modo alguno al enfermo la ayuda que necesita, cuya obtención queda condicionada a la cercanía de quien quiera prestársela, hipótesis, por lo demás, difícil en la medida en que pervivan las normas deontológicas profesionales y/o regulaciones del tráfico de drogas que puedan dificultar la obtención de las sustancias necesarias. La única manera de garantizar a quienes la soliciten el igual acceso a la ayuda a morir, de asegurar que les será

facilitada de forma correcta —sustancias, dosis— en condiciones adecuadas de confort y serenidad, y, simultáneamente, de evitar los riesgos de abuso inherentes a permitir su práctica sin un control profesional previo a familiares o personas cercanas, es conceptualizarla como una prestación sanitaria —la última forma de ayuda del profesional al paciente que sufre (Broggi, 2021)— y confiarla exclusivamente a los profesionales, que están llamados por ello a jugar un papel esencial. No pocos autores partidarios del reconocimiento del derecho sostienen que la LORE se ha quedado demasiado corta porque mantiene como delito la prestación de ayuda a morir realizada por familiares o personas cercanas; más allá de la crítica al evidente error de la primera versión de la Disposición adicional segunda (que suponía la elevación de las penas para estas personas al no contemplarlas en el tipo atenuado del 143.4 CP, un error que ha sido afortunadamente enmendado tras el paso del texto por la Comisión de Justicia), parecen abogar por una despenalización que abarque también a familiares o allegados (Núñez Paz, 2018: 39-40; De la Mata Barranco, 2020: 25; y, muy claramente, Carbonell Mateu, 2020: 12). Personalmente, no comparto esta postura: la contrapartida del reconocimiento del derecho —que en la LORE adquiere, además, el carácter indudable de derecho subjetivo jurídicamente exigible garantizado por un complejo sistema de recursos que no se encuentra en el Derecho comparado— debe pasar, a mi juicio, y por las razones antedichas, por su restricción a ese marco exclusivamente médico; todo ello sin perjuicio, como luego se dirá, de la necesidad de reflexionar sobre las posibilidades de matización de la responsabilidad penal que puedan persistir respecto del familiar o allegado que ha prestado la ayuda para morir en un caso de previa solicitud y denegación por el cauce administrativo previsto si el juez penal la valora como denegación *indebida* a la luz de los presupuestos legales (*infra*, 7).

### 3. LA ATRIBUCIÓN DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO

De acuerdo con el art. 5.1 a), la titularidad del derecho se reconoce a los mayores de edad y capaces, y requiere la nacionalidad española o residencia en España (disposición claramente orientada a evitar el quizá incorrecta pero gráficamente denominado «turismo eutanásico» o, en la terminología del BVerfG, «turismo de suicidio libre»), ámbito subjetivo que en la última versión del texto se amplió a las personas empadronadas que acrediten un tiempo de permanencia en España superior a doce meses. La exclusión de los menores maduros obedece, a mi entender, al esfuerzo del legislador por extremar la prudencia con la vista puesta en el inevitable recurso ante el TC (sobre las posibles razones, críticamente, Hernández García, 2021), y —se comparta o no su orientación— resulta coherente con el tenor actual de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), que tras la modificación de su art. 9 operada por la Ley 26/2015 limitó para los menores de entre 16 y 18 años el derecho a decidir sobre el tratamiento médico que la ley originariamente les reconocía de modo muy amplio, y que en los casos de grave riesgo para la vida o salud se remite ahora al consentimiento por el representante legal, previsión

a la que siguió, muy poco después, la reforma de la Ley 2/2010 que exigió la mayoría de edad de la embarazada para poder consentir por sí misma una interrupción del embarazo, giro este que, a mi entender, constituía el verdadero objetivo del legislador y que explica la previa modificación de la LAP; muy crítica al respecto se muestra Mendoza Buergo (2019). Parece lógico que las disposiciones relativas a la capacidad de consentimiento válido del menor maduro en el ámbito sanitario se coordinen y resulten coherentes entre sí (Juanatey Dorado, 2020: 16-21; Domínguez Luelmo, 2021); al margen de ello, si en el ámbito de la LAP se abandonara el criterio inflexible de la edad para regresar al parámetro de la capacidad natural reconociendo la validez del consentimiento (y el rechazo) al tratamiento manifestado por el menor maduro también en casos de grave riesgo, personalmente me parecería aconsejable, por lo que a la LORE se refiere, restringir la titularidad del derecho a los casos de intenso sufrimiento en una situación irreversible de terminalidad, y excluir los supuestos incardinados en la situación de padecimiento crónico e imposibilitante (pensemos, por ejemplo, en una lesión medular derivada de un accidente), sobre todo si van acompañados de un sufrimiento no físico, sino psíquico. Aunque el tema requeriría de un desarrollo mucho más amplio del que puede ofrecerse aquí, estimo que tal cosa —exigir, de alguna manera, al menor maduro un tiempo «extra» de espera para intentar adaptarse a su situación— no resultaría una imposición desproporcionada.

Al margen de lo anterior, y como ya se ha señalado, el art. 5.1 a) de la LORE incorpora entre los requisitos para el reconocimiento de la titularidad del derecho que el sujeto sea «capaz» en el momento de la petición (a salvo de lo que posteriormente dispone para la existencia de instrucciones previas). Más allá de las aristas siempre inherentes al propio concepto de capacidad, lo ineludible de este requisito parecería eximir de ulterior comentario, tratándose de un derecho asentado en la autonomía individual; sin embargo, en el contexto del debate tanto filosófico-moral como jurídico generado por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006), y en el de la corriente de reformas legales a que ha dado lugar en nuestro país en fechas muy recientes, la cuestión dista mucho de ser tan clara como parece. Debe recordarse, en efecto, que el sentido de la Convención (acentuado por la Observación General nº1, de 2014, del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativa a la interpretación del art. 12 de la misma) estriba en tratar de equiparar en todo lo posible a las personas con discapacidad (también la psíquica, a la que se dispensa idéntico trato que a la simplemente física o sensorial) en el disfrute de los derechos reconocidos a los ciudadanos, incluidos aquellos que consisten precisamente en el ejercicio de la autonomía individual en unos u otros aspectos de la vida. No en vano, el art. 3. a) establece que el primer principio de la Convención es el siguiente: «El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas»; ello explica las recientes reformas acometidas en el ordenamiento jurídico español en relación con el derecho de sufragio (LO 2/2018), el derecho a contraer matrimonio (Ley 4/2017) o la eliminación de la esterilización de incapaces del art. 156 CP (LO 2/2020), así como la iniciativa, ya muy avanzada, de reforma del Código Civil en materia de modificación judicial de la capacidad de obrar, con la eliminación de la figura de la tutela y el protagonismo de la curatela, una prenorma de tramitación paralela a la de

la LORE que claramente ha influido en la definición de la discapacidad de hecho del art. 3. h)<sup>5</sup>. Se trata, como se sabe, de intentar erradicar una noción de discapacidad que, en el mejor de los casos, es excesivamente paternalista y, en el peor, supone una negación injustificada de derechos para avanzar hacia el paradigma del reconocimiento pleno de estos últimos con el complemento o provisión de apoyos en su caso necesarios. En este sentido, exposición de motivos del Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, de 17 de julio de 2020<sup>6</sup>, declara, por ejemplo, que «[...] las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos», o que «[...] el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos»; y todavía: «Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones». Excede con mucho de mis capacidades la valoración solvente de esta nueva orientación, que de entrada me suscita enormes dudas, en la medida en que puede imposibilitar o dificultar determinadas limitaciones de derechos razonables y ponderadas que no tienen otra finalidad que proteger la vida y la salud (esto es, un razonable paternalismo débil; no comparto, por ejemplo, la orientación del «Informe del Comité de Bioética de España valorando el borrador de Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamientos involuntarios», de 2019, que aboga por la eliminación de la posibilidad del internamiento forzoso de enfermos psiquiátricos judicialmente acordado en razón de su problema mental); y me parece igualmente problemático, por otro lado, asegurar absolutamente a todos los sujetos el disfrute de derechos —como el del voto— basados precisamente en aquello de lo que algunos de ellos, lamentablemente, carecen —en este caso, la capacidad intelectual necesaria para comprender las diferencias entre unas opciones políticas y otras y pronunciarse al respecto— (en esta línea crítica, *v. gr.*, Alemany, 2018; o Atienza, 2016). Pero al margen de las dudas sobre la bondad de esta nueva orientación, la contundencia con la que parece asumirse por el legislador español no parece fácilmente cohonestable con la LORE, que no solo limita la titularidad del derecho al individuo «capaz», sino que en su artículo 4.2. dispone; «La decisión de solicitar la prestación de ayuda para morir ha de ser una decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada en el conocimiento sobre su proceso médico, después de haber sido informada adecuadamente por el equipo sanitario responsable. En la historia clínica deberá quedar constancia de que la información ha sido recibida y comprendida por el paciente», un umbral de autonomía que parece difícilmente compatible con la noción de la provisión de apoyos<sup>7</sup>. Entiendo que la LORE apunta en la dirección correcta (reconocer que determinadas decisiones requieren una capacidad intelectual de comprensión

imprescindible para un ejercicio real de autonomía, lo que, en contra de lo sostenido en la Convención y, sobre todo, en la Observación General antes citada, no supone en modo alguno una discriminación por el hecho de padecer déficits cognitivos o intelectuales), y quizás pueda constituirse en un buen parámetro para valorar la solidez de la orientación derivada de la Convención de 2006 y el modo en que está siendo asumida por nuestro legislador —debate que, como bien señala Alemany (2018: 221), requiere liberarse de los corsés impuestos por la corrección política—.

Sin perjuicio de todo lo anterior —esto es, la clara exigencia de capacidad cognitiva en la ley para poder formular la solicitud— el art. 4.3 LORE resulta un tanto críptico. Tras un primer párrafo que combina confusamente referencias a la eliminación de barreras físicas con la alusión a facilitación de apoyos de signo muy distinto («En los procedimientos regulados en esta Ley, se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales y los ajustes razonables que resulten precisos para que las personas solicitantes de la prestación de ayuda para morir reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas»), pero que en cualquier caso se orientan a garantizar una decisión informada y totalmente libre, se añade un inciso final del siguiente tenor: «En especial, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en el ordenamiento jurídico» que pareciera remitir al antes citado espíritu de la Convención —en la que, como he señalado, no se distingue entre discapacidad psíquica y la física o sensorial—. No termina de comprenderse a qué «apoyos» quiere referirse aquí el legislador, con respecto a qué personas (dado que ya se prevé expresamente una Disposición adicional cuarta, relativa a las personas con discapacidad sensorial) y a qué efectos (si se trata de otros derechos distintos al reconocido en la LORE, no parece ser este el lugar adecuado para mencionarlos).

## 4. EL BINOMIO AUTONOMÍA-ENFERMEDAD CON SUFRIMIENTO. LAS SITUACIONES SUSTANTIVAS EXIGIDAS POR LA LEY

### 4.1. LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LAS SITUACIONES AMPARADAS

Cualquier regulación permisiva del auxilio médico al suicidio y la eutanasia se sustenta sobre dos pilares fundamentales o, por mejor decir, sobre un binomio cuyos componentes guardan una peculiar relación entre sí: por un lado, la autonomía, y, por otro, la presencia de cierto grado de enfermedad y sufrimiento. En ausencia de un ejercicio (actual o, en algunos ordenamientos y también en la LORE, previo) de autonomía, esto es, en los casos de aquellas personas que nunca han sido competentes o que han dejado de serlo sin haber emitido ninguna declaración de voluntad previa, las actuaciones lícitas de los profesionales se detienen en el linde de los cuidados paliativos (incluida, como último instrumento, la sedación) o, en su caso, en la limitación del esfuerzo terapéutico decidida según la *lex artis* y de acuerdo con los parámetros de consentimiento por representación establecidos en la LAP. Por supuesto, paliar el sufrimiento del enfermo (en lugar de prolongar su existencia biológica a toda costa) constituye uno de los primeros objetivos del ejercicio de la medici-

na, que da lugar a un verdadero deber positivo del Estado en ese sentido; pero en el caso de los pacientes incompetentes, los instrumentos preordenados a tal fin han de circunscribirse al marco citado<sup>8</sup>.

Las mayores dificultades se plantean a la hora de diseñar legalmente las exigencias de enfermedad y sufrimiento una vez afirmada la autonomía, una cuestión estrechamente relacionada con la naturaleza constitucional de esta última y la admisión (o no) de un verdadero derecho al suicidio ínsito en su reconocimiento. El problema se agudiza, sin duda, en aquellos ordenamientos en los que la regulación de la eutanasia viene impuesta al legislador por una decisión de la jurisdicción constitucional que anula la prohibición porque vulnera derechos fundamentales; cuanto más claramente se asiente tal derecho en la autonomía individual para tomar decisiones esenciales sobre la propia existencia, mayor carga justificativa se requiere para restringir su ejercicio únicamente a determinadas situaciones y excluir otras (en el caso de Colombia, la Corte lo reconoció tan solo a los enfermos terminales, mientras que en Canadá la limitación fue establecida por la propia ley, si bien está ya en marcha una reforma ampliadora). La expresión máxima de esta tensión se encuentra en la sentencia del BVerfG de 26 de febrero de 2020, que afirma la existencia de un derecho fundamental a la muerte autodeterminada derivado del llamado derecho general de la personalidad, construido jurisprudencialmente a partir de los derechos fundamentales a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, respectivamente) y cuyo ejercicio, como afirma expresamente la resolución, no puede verse condicionado a la concurrencia de determinados factores externos, de modo que quede acotado a situaciones heterodefinidas (en detalle, Riquelme, 2020; Coca Vila, 2020; Peñaranda Ramos, 2021; Moreso, 2021, los tres últimos en sentido crítico). Se reconoce, pues, un derecho a poner fin a la propia vida (y, a partir de una concepción interaccional de los derechos, a obtener la ayuda de terceros para ello) no condicionado a ninguna exigencia de enfermedad o sufrimiento (lo comparten Carbonell Mateu, 2020, y De Lucas, 2014)<sup>9</sup>. En caso de que el legislador alemán se decidiera a promulgar una regulación *ad hoc* (cosa a la que la sentencia del BVerfG no le obliga directamente, puesto que la colaboración al suicidio permanece como conducta atípica en el StGB) podría sin duda regular, y así lo indica la sentencia de modo expreso, las cautelas que estimara convenientes para asegurar el presupuesto esencial de la autonomía del suicida —una regulación tan solo procedimental—; pero el BVerfG deja muy claro que no resultarían admisibles condicionantes referidos a la situación material que motiva la decisión, ni siquiera a un determinado grado de sufrimiento (§ 340 de la sentencia).

El origen de la LORE —una decisión del legislador democrático— resta tensión a la compleja articulación del binomio autonomía y enfermedad/sufrimiento, pero obviamente no elimina el problema inherente a cualquier regulación de la eutanasia (un edificio asentado sobre el respeto a la autonomía individual, pero que limita su reconocimiento a situaciones heterodeterminadas). Es en la acotación de la licitud de las conductas eutanásicas a determinadas situaciones donde el legislador introduce la perspectiva intersubjetiva que matiza o relativiza el alcance del respeto a la autonomía; donde permanece, en suma, un cierto paternalismo jurídico (fuerte —sobre sujeto competente— e indirecto —la liber-

tad se limita a través de la previsión de sanciones que recaen sobre un tercero—) que, como cualquier actuación paternalista, se asienta sobre una concepción objetiva (intersubjetiva si se prefiere) del «bien» o lo «bueno». Ninguno de los ordenamientos jurídicos que regulan la ayuda a morir lo hace con un alcance totalmente irrestricto: toda la normativa comparada, en efecto, acota de algún modo las situaciones de base —bien es cierto que con alcances muy diversos— y no garantiza la impunidad de la ayuda a morir (y menos aún el derecho a obtenerla como prestación estatal) a cualquier persona que de modo libre y reflexionado desee adelantar su muerte, es decir, sin entrar a considerar las razones y el contexto que motivan esa voluntad. La LORE, como es lógico, no es una excepción.

Todo el debate en torno a la licitud de las conductas eutanásicas gira, pues, en torno a la idea de que hay situaciones en las que el sujeto deja de concebir su vida como un bien, estados en los que su decisión —adelantar su muerte— es percibida como intersubjetivamente comprensible; se trata de situaciones médicamente irrecuperables en las que ya no cabe más ayuda posible o en las que resulta posible entender que la ayuda que todavía se le puede ofrecer (apoyo psicológico, asistencial, terapéutico) no es suficiente para que el sujeto concernido soporte su padecimiento. Solo desde esa «comprensión» frente a situaciones de sufrimiento extremo y no resoluble puede la sociedad considerar satisfecho su deber de solidaridad y tolerar la colaboración activa en el adelantamiento de la muerte.

En las situaciones típicas que inicialmente constituyeron el núcleo del debate, las de terminalidad con progresivo deterioro y sufrimientos insoportables (en las que, de hecho, solemos desear, si somos familiares o amigos del paciente, que el padecimiento acabe de la forma más rápida posible), tiene sentido señalar la contradicción de «[...] definir el homicidio de modo general como medio inadecuado y, en cambio, considerar la muerte “natural” como una salvación» (Jakobs, 1997: 398). Son este tipo de situaciones —y haciendo referencia expresa a la cercanía de la muerte que no implica su inminencia, pero sí su proximidad— las que conceptualiza la LORE bajo el rubro «enfermedad grave e incurable», definida en el art. 3. c) como «la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva».

Los avances de la medicina paliativa en el control del dolor y de los síntomas refractarios al tratamiento pueden sin duda suavizar muchas situaciones y hacer soportable e incluso sereno un final que, sin ellos, resultaría mucho más penoso, y lo mismo puede decirse del apoyo psicológico que también forma parte de aquella. En este sentido, es cierto que unos buenos cuidados paliativos consiguen neutralizar muchas peticiones de adelantamiento de la muerte, pero, como tantas veces se ha dicho, constituye un ejercicio de voluntarismo sostener que siempre se consigue eliminar el sufrimiento (sobre todo, psíquico) derivado del progresivo deterioro e inexorable pérdida de facultades que suele acompañar la fase final de muchas enfermedades —pensemos en un tumor cerebral inoperable que va privando al paciente de movilidad y sentidos, incluso con un buen control del dolor—. Al margen de ello, nada de lo dicho ha de interpretarse, más bien todo lo contrario, como una dejación del deber positivo del Estado de procurar a los individuos unos adecuados cuidados paliativos integrales como prestación obligada por el Sistema Nacional de Salud, y la insistencia en exigirlos no puede en modo alguno convertirse en patrimonio exclusivo de quienes, críticos con la LORE, los esgrimen como alternativa a la misma (Antón, 2020; Comité de Bioética de España, 2020: 49 ss.); procurar a los ciudadanos y residentes una asistencia integral

en el proceso de morir, ya recogida como derecho por algunos estatutos de autonomía así como en numerosas normas autonómicas, constituye, pues, una exigencia de primer orden que, más allá de las proclamaciones legales, ha de traducirse en las correspondientes partidas presupuestarias —al igual que las ayudas a la dependencia—. En lo que ahora nos atañe, asegurarse de que el enfermo está correctamente atendido en este aspecto —y no solo informarle al respecto, que es el aspecto al que más directamente parece referirse el art. 8.1 de la LORE— constituye una obligación del médico responsable en el proceso deliberativo que dicho precepto le encomienda entablar con el paciente que le ha formulado una solicitud; si el profesional aprecia deficiencias en este sentido —todo paciente debería estar correctamente atendido *antes* de formularla—, creo que el sentido de la norma es no seguir adelante con el proceso hasta se haya facilitado al enfermo un buen control del dolor y de los síntomas.

Yendo un paso más allá de los ordenamientos que fijan la frontera en la enfermedad terminal (los estados de EE. UU., Colombia y, aunque ya en vías de reforma, Canadá), la LORE prevé también (art. 3. b), el supuesto de «padecimiento grave, crónico e imposibilitante», entendido como «[...] limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vaya a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico»; esta previsión incluye situaciones como las secciones medulares, las enfermedades neurológicas progresivas —ELA, distrofia muscular— o la gran discapacidad a resultas de accidentes cerebrovasculares, que, a diferencia de lo que se ha dicho en sentido crítico, no me parece que exijan que la persona «[...] esté imposibilitada físicamente para llevar a cabo su propia muerte» (García Álvarez, 2020: 19). También es este un caso extremo en el que podemos comprender intersubjetivamente que la vida sea experimentada por el sujeto como difícilmente soportable; el hecho de que muchas personas superen las dificultades derivadas de la extrema dependencia, entendida como la imposibilidad de valerse por uno mismo para realizar las actividades más básicas de la vida (y sin que ello suponga en modo alguno estigmatizar, menospreciar o considerar menos valiosa la vida de quienes padecen este tipo de discapacidades físicas extremas: las afirmaciones con frecuencia demagógicas de quienes se oponen a la LORE obligan a insistir en lo obvio), no es óbice para reconocer que para otros puede derivar, incluso sin existir dolor o padecimiento físico, en un sufrimiento psíquico muy intenso (que no neutraliza su competencia para decidir preferir la muerte).

Este diseño de las situaciones de enfermedad requeridas para poder obtener la ayuda a morir, situado en un punto intermedio entre otras opciones del Derecho comparado, puede valorarse como razonablemente equilibrado. A diferencia de lo que con los años ha sido amparado por las leyes neerlandesa y belga (en la interpretación que de sus respectivas normas vienen realizado las comisiones de control), la LORE excluye claramente los supuestos de sufrimiento psicológico derivado de la enfermedad mental (que, en aquellos ordenamientos, se admite en la medida en que no neutralicen la competencia, básicamente en supuestos de depresiones muy cronificadas y bipolaridad); la referencia al padecimiento «físico o psíquico» contenida en las anteriores definiciones no puede entenderse en modo

alguno como la suficiencia de un sufrimiento psíquico *per se*: el padecimiento debe derivarse siempre de una situación de enfermedad o incapacidad física de base. También quedan fuera de la LORE las situaciones de diagnóstico inicial de demencia, que en aquellos países se consideran amparadas en el caso de que originen un enorme sufrimiento psíquico a la persona que, con independencia de encontrarse físicamente sana, no desea de ninguna manera atravesar el proceso de progresiva pérdida de autonomía y capacidad de relación al que tal diagnóstico le aboca). Dada esta importante disparidad en el abanico de situaciones habilitantes, además de la también muy relevante diferencia referida al control previo que prevé la LORE, sí puede hablarse de diferencias notables entre la ley española y las de los citados países europeos —Payán Ellacuría (2020: 29) considera que, más allá del tema de los menores, no difieren en exceso—.

## 4.2. ALGUNAS DUDAS INTERPRETATIVAS

Considero acertada la decisión del legislador de huir de presupuestos habilitantes excesivamente vagos (como la escueta exigencia legal de sufrimiento insoportable «físico o psíquico», sin más, de la leyes holandesa y belga) que restan seguridad jurídica tanto a los profesionales como a los propios pacientes y que terminan dejando en manos de organismos administrativos carentes de legitimidad democrática la concreción de los grupos de situaciones situados dentro y fuera de la ley (sobre ello, en relación con el papel de las comisiones de control en los Países Bajos y Bélgica, Tomás-Valiente Lanuza, 2014). En la inevitable tensión (inherente a la tarea legisferante *per se* y, especialmente, en materias como la que nos ocupa) entre las necesidades de certeza y de cierta flexibilidad, creo que se ha encontrado un punto de equilibrio razonable, lo cual no excluye, inevitablemente, algunas zonas grises o necesitadas de interpretación a las que deberán enfrentarse aquellos a quienes la LORE confía la tarea de valorar las solicitudes.

Una de ellas se refiere a la perspectiva desde la que se han de evaluar los elementos que conforman las situaciones habilitantes.

La LORE ha querido acentuar que el sufrimiento sea valorado desde la perspectiva de la persona enferma, de ahí que anude la situación de padecimiento crónico e imposibilitante a «[...] un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable *para la misma*» (art. 3. b)) o la enfermedad grave e incurable a «[...] sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insostenibles *sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable*» (3. c)); así, por ejemplo, el sufrimiento psíquico causado por el factor de la dependencia o el extremo deterioro se valora de acuerdo con la importancia que la propia persona otorga a poder valerse por sí misma, y a la medida en que siente afectada su propia dignidad cuando no puede hacerlo. El parámetro es lógicamente más objetivado a la hora de contrastar si existen perspectivas de curación o mejora del diagnóstico («[...] existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vaya a persistir en el tiempo *sin posibilidad de curación o mejoría apreciable*»), supuesto en el que se tienen en cuenta las posibilidades que para ese concreto diagnóstico ofrece la medicina, el tipo de terapias que se han intentado sin éxito, etc.

En este contexto se plantean algunas dudas referidas, especialmente, a los casos de extremas limitaciones físicas. Muchas de estas situaciones se producen al hilo del progreso inexorable y prolongado en el tiempo de enfermedades neurodegenerativas que permite al enfermo ir valorando su situación, sopesar la carga con la que vive y, en definitiva, decidir después de conocer bien las posibilidades que su condición todavía le permite y de anticipar lo que el resto de la enfermedad le deparará; aunque solo unos pocos casos hayan tenido repercusión mediática, este es el contexto en que —desde hace ya años en nuestro país— pacientes con este tipo de enfermedades deciden que les sea retirada la ventilación mecánica que previamente habían consentido. Otros casos, en cambio, pueden sobrevenir de modo repentino (lesiones medulares por accidentes de tráfico, secuelas muy graves de ictus, etc.), y la devastación psicológica que, en un principio, pueden originar consigue mitigarse (además de con el apoyo terapéutico) con el transcurso del tiempo y la adaptación a las nuevas circunstancias. No me refiero a los supuestos en los que el paciente padece inicialmente un trastorno depresivo severo que pueda considerarse impeditivo de la competencia para decidir y que exigiría denegar su solicitud y ofrecer tratamiento psiquiátrico adecuado (quizás sea este el lugar adecuado para apuntar que habría sido una buena idea incorporar al proceso previo, de uno u otro modo, el asesoramiento de un especialista en psiquiatría, al modo de la ley portuguesa), sino a aquellos en los que, incluso sin un trastorno depresivo que pueda distorsionar su percepción, el profesional pueda valorar que el sufrimiento psicológico, aunque muy intenso en el momento de la solicitud, sí podría ser considerablemente atenuado tras un período de adaptación más o menos prolongado. De este modo, el parámetro objetivo utilizado para valorar el diagnóstico (una sección medular irreversible) puede utilizarse también, al menos en algunos casos, para valorar el sufrimiento (subjektivamente experimentado como insoportable por el paciente, pero susceptible de mejora). La determinación de los límites de la «espera» que resulta razonable imponer a quien atraviesa esta situación no es, desde luego, cuestión sencilla y, en cualquier caso, ha de formar parte del proceso deliberativo entre el médico y su paciente.

En cuanto a la constatación de que el padecimiento no presente posibilidad de curación o mejoría apreciable, que, como se ha dicho, se realiza desde una perspectiva profesional objetiva según los parámetros de la *lex artis*, podría suscitarse la duda de cómo valorar las situaciones en que pudiera existir un tratamiento con posibilidades de mejorarla —piénsese, por ejemplo, en los tratamientos experimentales—, posibilidad que es, sin embargo, rechazada por el sujeto porque estima que los costes o riesgos son excesivos en contraste con los eventuales beneficios. Al margen de que todo ello debe formar parte del proceso deliberativo entre médico responsable y paciente previsto en la ley, entiendo que el espíritu de la norma (y lo coherente con el derecho del paciente a decidir sobre su tratamiento) es que esta decisión contraria al tratamiento —salvo, quizás, en los casos en los que las posibilidades de mejora sí fueran muy claras y los costes reducidos— no ha de constituir un impedimento del ejercicio del derecho garantizado por la LORE.

Resulta ilustrativo al respecto —por más que se trate de un supuesto de depresión crónica no amparado en ningún caso por la LORE— un caso expuesto en el informe de 2012 de las Comisiones Regionales de los Países Bajos: el de una mujer que, después de sufrir durante 30 años severas depresiones recurrentes que le causan un gran sufrimiento y que no responden a tratamien-

to farmacológico, solicita ayuda para morir al estimar insoportable dicha situación (Comisiones Regionales de Control de la Eutanasia de los Países Bajos, 2012: 19-20). Dejando al margen la cuestión del sufrimiento psicológico *per se*, lo que ahora interesa resaltar es el dato, mencionado en el informe, de que la mujer rechazaba absolutamente someterse a un tratamiento con TEC (ETC en inglés), esto es, la terapia electroconvulsiva. Llama la atención que el informe (que se centra en la depresión severa como la situación que origina una petición de eutanasia) no otorgue mayor importancia a las posibilidades de mejora que en este tipo de casos ofrece la TEC; desde el momento en que la paciente la rechaza, se otorga clara primacía a esta voluntad y, dado el fracaso de las demás terapias intentadas —este sí claramente contrastado—, se asume que el sufrimiento de la paciente no contaba con perspectivas de mejora.

## 5. LA OPERATIVIDAD DE LAS INSTRUCCIONES PREVIAS

La especial complejidad que suscita la operatividad de las instrucciones previas en el contexto de los derechos reconocidos en la LORE habría aconsejado, a mi juicio, una reflexión más cuidadosa sobre este punto en el proceso legislativo (no parece haber sido una buena idea la tramitación de una ley de esta envergadura como proposición y no como proyecto de ley, con la exclusión de dictámenes que esta opción comporta). Un paciente que «[...] no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes» pero que previamente haya suscrito un documento expresando su voluntad de que se le ayude a morir en determinadas circunstancias, tendrá el derecho a obtener dicha ayuda siempre que se encuentre en alguna de las dos situaciones anteriormente descritas (art. 5.2). Como he señalado, habría sido deseable un debate previo más profundo orientado a precisar con mayor detalle qué situaciones quieren realmente comprenderse aquí, dado que algunas interpretaciones tempranas de la LORE empiezan a generar, creo, ciertos malentendidos al respecto. Respecto al supuesto fundamental en la práctica, la demenciación/Alzheimer —aunque lo que sigue se aplica a cualquier otra patología que origine la merma de las facultades mentales—, me parece claro que esta no se subsume *per se*, sin más, en el «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» tal y como es descrito en el art. 3 b), que requiere el añadido fundamental del «sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable»; por mucho que la total dependencia por pérdida de facultades mentales (más aún si se acompaña de la imposibilidad de relacionarse con los seres antaño más queridos, a los que ya no se reconoce) constituya para muchos individuos uno de los escenarios futuros más terribles que quepa imaginar para uno mismo, los documentos previos que establezcan la voluntad de que, llegada esta situación, se ayude a morir solo encajan en —y obtienen fuerza jurídica bajo— la LORE si esta situación se acompaña de un gran sufrimiento físico o psíquico de las características citadas («constante e intolerable», una medición que en casos de falta de facultades mentales incorpora dificultades añadidas y que probablemente esté llamada a convertirse en el núcleo problemático de la valoración previa por parte de los profesionales y la comisión). Por mucho que se cuente con instrucciones previas en ese sentido —dispuestas por quien, como ser autónomo, abominaba de la posibilidad de convertirse en una persona afectada por semejantes limitaciones—, el tenor de la norma excluye la posibilidad de ayudar a

morir a la persona totalmente demenciada que, sin embargo, no muestra signos de padecimiento muy intenso. La LORE no acoge, pues, el caso de la Margo, a quien los lectores de Dworkin y su *Life's Dominion* recordarán bien —una persona todavía capaz de disfrutar con la satisfacción de intereses básicos de la experiencia (Dworkin, 1994: 285-315)—, pero tampoco el del enfermo más dependiente y deteriorado que quepa imaginar si no muestra signos de gran padecimiento.

Descendiendo ya a aspectos más concretos de la regulación, surgen varias dudas interpretativas que afectan al presupuesto de la falta de capacidad, al propio instrumento jurídico en el que el enfermo dejó constancia de su voluntad, a las peculiaridades de la presentación de la solicitud en estos casos o al propio desarrollo del proceso de control.

En relación con el primer aspecto, el art. 5.2 LORE asigna al médico responsable la certificación de que el paciente no se encuentra «en el pleno uso de sus facultades». Probablemente, con esta exigencia el legislador ha pretendido preservar la coherencia de la LORE con la LAP, cuyo art. 9 atribuye también al «médico responsable de la asistencia» la facultad de determinar que el enfermo no es «capaz de tomar decisiones» a efectos activar el mecanismo del consentimiento por representación. Al margen de ello, parece lógico que esta valoración debe realizarla un especialista en psiquiatría; tengamos en cuenta que no estamos hablando aquí de personas con inconsciencia irreversible —que son los casos (relativamente más sencillos) que dieron pie originariamente a la construcción de la figura de las instrucciones previas como cauce de una renuncia anticipada a la alimentación/hidratación—, sino de personas conscientes cuya competencia mental puede ser mucho más compleja de calibrar. Con todo, la cuestión puede resolverse, como de hecho ya sucede en la práctica en el ámbito del consentimiento a tratamientos, a través de la consulta del médico responsable con un especialista en psiquiatría o psicología clínica, y así parecería conveniente que se consagrara tanto en los protocolos de actuación a efectos de la valoración de la incapacidad de hecho como en el manual de buenas prácticas orientativo de la aplicación de la LORE que el art. 5.2 y la Disposición adicional sexta, respectivamente, encomiendan elaborar al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

En segundo lugar, procede destacar que, en estos casos, la pieza inicial del engranaje al que se refiere el art. 5.2. de la LORE («[...] un documento de instrucciones, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos») remite a una figura objeto de regulación estatal (el documento de instrucciones previas del art. 11 LAP, con carácter de legislación básica), pero también a la multitud de normas autonómicas que, al margen de la heterogeneidad de la terminología utilizada para designarla, aquilatan de modo diverso diferentes aspectos de la figura (requisitos de capacidad, formas de otorgar el documento y, con ello, de comprobar la capacidad y la libertad del otorgante, cuestiones relativas al nombramiento de representante, etc.). El art. 11 LAP zanja una de las cuestiones fundamentales (la exigencia de la mayoría de edad, requisito, por cierto, no respetado en todas las legislaciones autonómicas), que pasa así a incorporarse a la LORE; pero la diversidad de regímenes autonómicos sobre los aspectos mencionados, unida a la conveniencia de reforzar la comprobación de los requisitos de capacidad y libertad cuando el documento incorpore una decisión de tanta trascendencia como la voluntad de la que

se ocupa la LORE —la figura de las instrucciones previas fue concebida para supuestos distintos—, ha llevado ya a algunos autores a sugerir la conveniencia de aprobar una regulación específica, uniforme para todo el territorio, de los documentos que incorporen una solicitud de ayuda activa para morir (Domínguez Luelmo, 2021, vía reforma del art. 11 LAP, o Beltrán Aguirre, 2021, mediante desarrollo reglamentario de la LORE).

Con respecto a la presentación de la solicitud, el art. 6.4 LORE no la restringe a los sujetos a los que el enfermo hubiera designado como representantes en el documento de instrucciones previas (o equivalente), documentos que pueden no incorporar nombramiento alguno —cabe preguntarse, sin embargo, si en el caso de existir representante no habría sido más lógico estipular que la potestad de cursar la solicitud le hubiese sido atribuida a él en exclusiva—. La LORE admite que la presente cualquier «persona mayor de edad y plenamente capaz», y añade: «En caso de que no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente [lo que parece indicar que, si las hay, la decisión de iniciar el proceso o no hacerlo se reserva a las mismas], el médico que lo trata podrá presentar la solicitud de eutanasia» (art. 6.1 y 4). Esta alusión al profesional que «trata» al paciente suscita algunas dudas relativas a su relación con la figura del «médico responsable», que en la ley parece configurarse precisamente como el responsable principal de tratamiento (art. 3. d)). Ninguna interpretación resulta del todo satisfactoria: si se quiere hacer referencia aquí al médico responsable, se produce la disfunción (en relación con otros supuestos) de que la solicitud sería presentada por aquel a quien la ley confía su primera valoración, lo que forzaría a entender que el facultativo ha de presentarla ante una instancia distinta —Domínguez Luelmo (2021) sugiere que sea ante la Comisión—; si se entiende que se está hablando de un médico distinto, esta objeción quedaría salvada, pero, como se ha indicado, el propio concepto de «médico responsable» quedaría teñido de confusión.

En lo que se refiere al desarrollo del procedimiento una vez presentada la solicitud, ha de reconocerse que la organización de los artículos 8 y 9 —empezando por sus rúbricas— resulta un tanto confusa; el hecho de que el primero se denomine «Procedimiento a seguir por el médico responsable cuando exista una solicitud de prestación de ayuda para morir», y el segundo «Procedimiento a seguir cuando se aprecia que existe una situación de incapacidad de hecho» provoca la impresión de que el art. 9 introducirá, si no un procedimiento alternativo al primero, sí al menos alguna disparidad relevante; genera, por ello, desconcierto que el precepto se limite a disponer escuetamente: «En los casos previstos en el art. 5.2 [los de incapacidad de hecho y directrices previas] el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente». Conviene, por ello, aclarar que, a diferencia de lo que sugiere esta estructuración, no se regulan dos procedimientos dispares: los supuestos de instrucciones previas también se someten al régimen de control previo (por el médico responsable y el médico consultor, primero, y por la comisión después) regulado en el art. 8 y, por lo que a la comisión se refiere, en el art. 10 —así, Domínguez Luelmo (2021)—. Afortunadamente, el examen del texto por la Comisión de Justicia aclaró las dudas al respecto suscitadas por la versión inicial, muy confusa en este punto, al incluir en el art. 8.3 las necesarias referencias a los supuestos del art. 5.2 (los de instrucciones previas); algunos pasos del proceso, con todo, se ven mati-

zados, como es lógico, por la situación de falta de capacidad de hecho del enfermo, pues en tal caso no pueden tener lugar ni el proceso deliberativo entre médico responsable y paciente solicitante previsto en el art. 8.1 ni la confirmación de la solicitud del art. 8.2. A este respecto, empero, podría suscitarse la duda de si, en caso de que el paciente hubiera nombrado representante en su documento y fuera este la persona que cursara la solicitud, podría entenderse que tal deliberación ha de entablarse con el representante, a quien el art. 5.2 considera expresamente «el interlocutor válido para el médico responsable».

Sentado lo anterior, el significado del escueto art. 9 («[...] el médico responsable *está obligado a aplicar* lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente», la cursiva es mía) resulta un tanto oscuro. Obviamente, no puede interpretarse como un deber del profesional de prestar la ayuda a morir en todo caso simplemente por el hecho de que exista un documento de instrucciones previas, puesto que, como acaba de señalarse, la solicitud, como el resto, ha de pasar el filtro del control previo. Como sugiere la autorizada voz de un jurista de la salud directamente implicado en la redacción de la Proposición de 2018, tiene más sentido interpretar aquella previsión como un recordatorio de que, una vez validada por la Comisión correspondiente, la voluntad consagrada en las instrucciones previas o documento equivalente resulta tan vinculante como la del solicitante capaz, y que los profesionales no pueden hurtarse a su deber de cumplimiento mediante el recurso a una supuesta proscripción derivada de la *lex artis*, como en no pocas ocasiones ocurre en relación con las instrucciones previas sobre rechazos de tratamientos cuando los profesionales reacios a cumplirlas se amparan en la excepción por contradicción con la *lex artis* recogida en el art. 11 LAP (Beltrán Aguirre, 2021).

## 6. EL SISTEMA DE CONTROL

El diseño de un procedimiento de control destinado a evitar una práctica abusiva y a garantizar su constricción a las situaciones legalmente previstas constituye la última gran pieza de cualquier regulación de la prestación eutanásica. A este respecto, la LORE opta por un complejo sistema mixto de control previo y posterior (este último, muy similar al que prevé la ley belga), pero muy escorado en el primer sentido: además del control generalizado en Derecho comparado, que requiere el acuerdo entre varios facultativos y que en la LORE se traduce en el concurso del médico colaborador, la norma española es, junto a la recién aprobada ley portuguesa, la primera que, en Derecho comparado, subordina la legalidad del acto a una autorización previa por un órgano administrativo. Este es uno de los puntos más discutidos de la LORE; durante la tramitación parlamentaria, numerosos comentaristas de la Proposición, especialmente los partidarios del reconocimiento del derecho, han llamado la atención sobre el riesgo de aplicación desigual inherente a este régimen de autorización previa —las comisiones son nombradas por los respectivos gobiernos de cada comunidad autónoma y a nadie se le escapa que tanto la elección de sus componentes como la ulterior actuación de estos puede verse influida por posicionamientos ideológicos contrarios a la norma (entre otros muchos, Carbonell Mateu, 2018; y González Agudelo, 2020)—. Se trata

de un inconveniente al que el legislador pretende hacer frente con el establecimiento de un régimen de recurso contencioso-administrativo (lo que traslada la cuestión a la interpretación de la norma en sede judicial) y con la previsión de la celebración de reuniones anuales entre los presidentes de las comisiones y el Ministerio de Sanidad «[...] para homogeneizar criterios e intercambiar buenas prácticas» (art. 17.5). Esta última previsión, junto a una cierta suavización de los términos del control establecidos inicialmente (si entre los dos miembros de la comisión encargados de la revisión inicial de la solicitud existe acuerdo en sentido positivo, ya no será necesario elevarla al conocimiento de aquella) fueron introducidos en el texto definitivo de la LORE tras su paso por la Comisión de Justicia a raíz de las críticas reseñadas.

El legislador se ha mostrado, ante todo, posibilista; el sistema de control previo se ha diseñado, creo, con la mira puesta en el futuro recurso y en la STC 53/1985 —no hay que olvidar las razones por las que se declaró en aquel momento la inconstitucionalidad parcial del sistema de indicaciones en el aborto—, cuya sombra continúa siendo muy alargada. En la ponderación entre las ventajas de un control previo en términos de garantías (y, por tanto, de control de constitucionalidad) y los costes que esta comprobación comporta para el sujeto que solicita la prestación (despersonalización de la cuestión al extraerla de la relación entre médico y paciente, ralentización y burocratización del proceso, intranquilidad, entre otros), la LORE busca un equilibrio ciertamente difícil de conseguir en el que, si algo prima, son los intereses del primer tipo. La cuestión que cabe plantear si hubiera sido posible articular otra modalidad de control previo igualmente garantista pero menos gravosa para el paciente y no asignada a un órgano tan ligado al poder político, algo que genera inquietud en un tema tan ideologizado como este. Quizás el estudio de cada caso por el equipo asistencial y la autorización definitiva por un comité adscrito a cada centro hospitalario habría constituido una alternativa revestida con la ventaja de que no sustrae la decisión al contexto estrictamente médico —esta es la línea de la Resolución 1216, de 2015, del Ministerio de Salud de Colombia, adoptada por este después de que lo ordenara la Corte Constitucional en su sentencia de 2014—; también habría ofrecido ventajas una opción como la de la ley portuguesa, que prevé la creación de una comisión (única para todo el país) que, aun de carácter administrativo, concita muchas menos reservas en la medida en que cada uno de sus cinco miembros es nombrado por una entidad distinta: Poder Judicial, Fiscalía, Colegio de Médicos, Colegio de Enfermeros y Comisión Nacional de Ética. Enseguida me referiré, por otra parte, a las complejas implicaciones que el sistema de control previo ideado por la LORE tiene sobre la valoración penal de las conductas que se hubieren llevado a cabo a pesar de haber sido objeto de denegación.

## 7. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY. EL NUEVO ART. 143.5 CP

A pesar de que la despenalización de algunas de las conductas antes contempladas en el tipo atenuado del art. 143.4 del Código Penal constituye la primera y fundamental consecuencia directa de la LORE, esta se presenta ante todo como una norma de Derecho admi-

nistrativo sanitario que parece pasar de puntillas por los aspectos específicamente penales. El descuido resultó especialmente notable en la versión inicial de la Proposición, cuya Disposición final primera daba pie a un dislate (el endurecimiento de la sanción respecto del tipo atenuado previo para quienes llevaran a cabo las conductas sin ser profesionales médicos, esto es, familiares o allegados) afortunadamente corregido, tras un alud de críticas doctrinales, por la Comisión de Justicia del Congreso.

¿Qué establece, pues, la LORE para los casos en que no se satisfagan los requisitos exigidos por su articulado? En su versión definitiva, la ley mantiene la atenuación de la pena del art. 143.4 CP (en idénticos términos penológicos a los de la redacción anterior y con un solo retoque en el texto para adaptar la formulación de las situaciones de enfermedad a las previstas por la propia LORE) para todos aquellos (sin distinción entre posibles sujetos activos, ya sean, por tanto, médicos, familiares o allegados) que lleven a cabo las conductas de cooperación necesaria al suicidio y de causación directa de la muerte sin la cobertura de la nueva ley; así se deduce del nuevo apartado 5 del art. 143, cuyo tenor literal es el siguiente: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia». La LORE se constituye, así, en una causa de justificación específica de las conductas tipificadas en el art. 143.4 CP, por expresa remisión al Código Penal, siempre que satisfagan los requisitos en ella previstos; cuando ello no suceda, será de aplicación el propio 143.4 CP o, en su caso, los apartados precedentes. Veámoslo con un poco más de detenimiento.

A diferencia de lo disciplinado para el caso de la interrupción del embarazo, que sí lo hace mediante el juego de los arts. 145 y 146 CP, el legislador no distingue entre el incumplimiento de unos u otros requisitos (más o menos fundamentales o secundarios, sustantivos o procedimentales) y, quizás porque asume que establecer en esta materia un régimen análogo al del aborto podría resultar excesivamente farragoso a la vista de la complejidad de los requisitos —sobre todo procedimentales— de la LORE, se ha decantado por una solución aparentemente sencilla: la plena licitud de la conducta exige el cumplimiento de todos los requisitos de la ley y, si estos no se satisfacen, se regresa al art. 143 (ampliamente, Peñaranda Ramos, 2021). Ha de observarse, en cualquier caso, que la operatividad del art. 143.4 requiere ya la concurrencia de los requisitos más básicos de la LORE: una de las situaciones de enfermedad/sufrimiento en ella contempladas y una «petición expresa, seria e inequívoca». Cuando no concurren estos elementos, el juego de preceptos penales sigue siendo exactamente el mismo que el de antes de la aprobación de la ley: homicidio o asesinato para los casos de ausencia de solicitud o de voluntad viciada (con la tan clásica como infrecuente posibilidad de autoría mediata para los casos de cooperación al suicidio en los que pueda valorarse que el suicida incapaz de entender lo que hace es utilizado como instrumento de su propia muerte), y cooperación necesaria al suicidio o causación de la muerte solicitada (arts. 143.2 y 3 respectivamente) para los supuestos en que la conducta, voluntariamente solicitada, tenga como destinatario a quien no reúne los requisitos de enfermedad/sufrimiento descritos, en términos idénticos a los de la LORE, por el 143.4 CP —se enmarcarían en los apartados 2 o 3, por ejemplo, los casos de ayuda a morir a per-

sonas con un diagnóstico inicial de demencia o los del llamado cansancio vital, que, como se indicó *supra*, no encajan en las situaciones legalmente previstas—.

El hecho de que la operatividad del 143.4 CP como tipo atenuado requiera las mismas dos grandes exigencias de la LORE dejará un campo estrecho para el juego del precepto; desde el punto de vista de la probabilidad de comisión de este tipo penal —ya muy infrecuente antes de la aprobación de la ley—, parece un sinsentido que el enfermo desee recurrir a la vía legalmente prevista —que, si se cumplen los requisitos del art. 143.4, en principio debería garantizarle la obtención de la ayuda a morir en el seno del Sistema Nacional de Salud—. Con todo, son concebibles algunos casos excepcionales: aquellos en los que, de entrada, el solicitante no reúne las condiciones legalmente exigidas para ser titular del derecho (los menores de 18 años —si bien la operatividad del art. 143.4 exige la capacidad suficiente como para que su petición se considere «seria e inequívoca»— o los extranjeros que no satisfagan las condiciones de residencia o empadronamiento requeridas por el art. 5.1 a); los supuestos en los que un enfermo no desee desde un principio solicitar la ayuda a morir por la vía legalmente prevista; o aquellos otros en los que el enfermo viera denegada su solicitud. En todos estos supuestos, la conducta no queda amparada por la LORE, si bien la determinación de las consecuencias jurídico-penales y el modo de articularlas no resultan igualmente claros para todos ellos.

La aplicabilidad del art. 143.4 CP, que jugaría aquí el papel de causa de justificación incompleta, sí resulta indiscutible en los supuestos de falta de requisitos para la titularidad del derecho, y también en aquellos (extraños) casos en los que no se hubiera iniciado siquiera el procedimiento legalmente previsto; puede resultar, en cambio, más compleja en esos otros en los que, cursada la solicitud, el enfermo se encuentra con una negativa de los profesionales, la Comisión o, en última instancia, el juzgado de lo contencioso-administrativo; si, a pesar de esa denegación (inicial, intermedia o definitiva), recibe de un tercero la ayuda a morir, la decisión sobre la aplicabilidad del art. 143.4 obligará a dilucidar varias cuestiones.

Probablemente, la LORE suscitará en el futuro la misma discusión que en su día generó el incumplimiento de los requisitos exigidos para la legitimidad de la interrupción del embarazo por el art. 417 bis del anterior Código penal de 1973 —en el régimen actual de regulación del aborto, la polémica queda zanjada por los arts. 145 y 145 bis CP—, supuestos que un sector doctrinal proponía considerar igualmente justificados por el juego de la causa genérica del estado de necesidad del art. 20.5 CP frente a aquella otra opinión, que suscribí (Tomás-Valiente Lanuza: 2009: 108-113), para la que la existencia de una causa de justificación específica (en la que el legislador ha plasmado su propia valoración del conflicto, imponiendo unos requisitos procedimentales que también persiguen proteger determinados intereses) despliega un efecto oclusivo sobre la genérica, de modo que en estos casos la solución debería conducir a la aplicación solo incompleta de la justificación: de hecho, ese es en principio el papel que está llamado a jugar el art. 143.4 CP tras la entrada en vigor de la LORE. La cuestión presenta, con todo, ciertas peculiaridades derivadas de la entrada en juego —con los ya mencionados riesgos que comporta— de una pieza esencial que nunca ha existido en el régimen jurídico del aborto: la autorización administrativa

previa; sin pretensión alguna de presuponer anticipadamente una actuación incorrecta de los miembros de las Comisiones, no resultan impensables actuaciones sesgadas por una oposición ideológica sobre la ley que generen, por ello, la duda sobre la calificación más correcta si el juez penal entiende *que la autorización debería haberse concedido*.

La pregunta es, entonces, la siguiente: en caso de llevarse a efecto la conducta no autorizada —porque se desecha presentar un recurso contencioso que el enfermo se entiende como una carga excesiva, porque se interpone pero su resolución se demora o porque finalmente el juzgado confirma la denegación—, ¿puede el juez penal realizar su propia valoración del supuesto, interpretar la denegación como indebida y entender justificada la conducta aplicando las causas genéricas de estado de necesidad o incluso de ejercicio legítimo de un derecho? La respuesta ha de ser, a mi juicio, negativa —como también lo sería en el supuesto más parecido que se me ocurre: la práctica de una esterilización de las previstas en el art. 156 CP (hasta su reciente reforma) sin contar con la requerida autorización judicial, por mucho que concurrieran los presupuestos materiales de la causa de justificación específica que dicho precepto consagra—. Todo el sentido del sistema de control previo regulado por la LORE, con independencia del juicio que merezca la opción de fondo, radica en atribuir a las Comisiones, primero y, en su caso, a los juzgados de lo contencioso después, la competencia para valorar una conducta *penalmente típica* que se convierte en lícita en la medida en que es autorizada por ellos; en caso de denegación por parte de la Comisión, el sistema previsto por la LORE, guste o no, impone al enfermo la carga de respetar dicha denegación o, en su caso, de recurrirla; y si la Comisión o después el juez de lo contencioso han entendido (desde su perspectiva necesariamente *ex ante*) que faltan los requisitos legales de esta causa de justificación específica que es la LORE, no parece posible que el juez penal (en su comprobación necesariamente *ex post*) pueda sustituir aquella valoración —que eventualmente estime excesivamente restrictiva— por la suya propia y considerar que la conducta queda justificada. La imposibilidad de que lo haga aplicando directamente la LORE y el art. 143.5 CP resulta evidente; si vehiculara tal decisión través de la alegación de una causa de justificación genérica como el estado de necesidad del art. 20.5 CP o el ejercicio de un derecho del art. 20.7 CP, ello supondría, a mi juicio, un desconocimiento tanto de la decisión del legislador como del sistema por él diseñado, que —con todo lo criticable que pueda resultar— ha ponderado y asumido el riesgo de aplicaciones desiguales y eventualmente restrictivas de la norma. Se produciría, por tanto, un efecto oclusivo de la causa de justificación específica respecto a la causa de justificación genérica que impediría al juez penal hacer jugar esta última cuando no se han colmado los requisitos de la primera.

Este efecto oclusivo podría ceder, a mi juicio, en caso de que se introdujera en el supuesto concreto una variable ajena a la ponderación realizada por el legislador y plasmada en la LORE (Tomás-Valiente Lanuza, 2009: 92-94); me refiero a retrasos desproporcionados, ya sea en la resolución de la solicitud por parte de la Comisión, ya de un recurso por parte del juzgado contencioso competente. Es cierto que, con el modelo de control previo, el legislador opta por la imposición de ciertos costes al paciente en términos de espera, que han sido ponderados con los beneficios de un mayor garantismo; pero si el retraso se convierte en desproporcionado (la propia LORE trata de evitarlo en la Disposición adicional quinta con la remisión al régimen preferente previsto en los arts. 114 ss. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), entiendo que no sería contrario a la LORE que el juzgador penal pudiera apreciar la plena licitud de la conducta.

Una vez resuelta esta cuestión, resta todavía plantearse si el juez penal queda vinculado por la valoración realizada por la Comisión o el juez de lo contencioso-administrativo. Hay que tener presente que lo previsible es que, las denegaciones de solicitudes se funden normalmente en la falta de voluntad clara o, sobre todo, en la falta de concurrencia de los presupuestos habilitantes tal y como se definen en el art. 3 —no se contemplaban otras posibilidades de tratamiento, la enfermedad no era lo suficientemente grave o la incapacidad lo suficientemente intensa, las instrucciones previas no resultaban claras, etc.—. Dado que el art. 143.4 CP, como tipo atenuado de los dos que le preceden, requiere estos mismos presupuestos de la LORE (recuérdese que su tenor literal es reformado para reproducirlos literalmente), la atribución a la valoración de la Comisión o del juez de lo contencioso-administrativo de un efecto vinculante para el juez penal supondría —nada más y nada menos— el impedimento de aplicar este último precepto y la remisión al 143.2 o 3 CP dependiendo del tipo de conducta realizada. Contra esta vinculación cabría alegar —creo que sin demérito de lo sostenido arriba— que, al realizar su propia valoración, el juez penal no suplantaría a la comisión o al juez de lo contencioso en el cometido que la LORE les asigna (*valorar la conformidad de la prestación de la ayuda a morir con el ordenamiento*); una vez sentado que —por las razones antedichas— la conducta no puede ser calificada como justificada por el juez penal, sí parece adecuado que pueda realizar su propia valoración a efectos de la correcta incardinación de aquella en uno u otro precepto penal. La solución presenta, con todo, algunas aristas que habrán de ser tratadas con mayor detenimiento en otro lugar, al igual que otros problemas interpretativos en materia penal que no pueden ser analizados aquí (pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de que una conducta llevada a cabo tras ser autorizada por la respectiva Comisión sea objeto de denuncia posterior por un tercero, que alegue que la autorización fue indebida porque no satisfacer los requisitos legales).

## 8. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La atribución a la ayuda a morir del carácter de verdadero derecho subjetivo del solicitante que satisfaga los requisitos legalmente exigidos hacía ineludible el reconocimiento a los profesionales sanitarios del derecho a ejercer la objeción de conciencia y rechazar la realización de la prestación eutanásica. Resulta obvio que el legislador ha ponderado los costes que un reconocimiento muy amplio podría comportar para la viabilidad del sistema y ha optado (en la parca regulación del art. 16) por conferirle un alcance limitado, heredero del que para la interrupción del embarazo prevé el art. 19.2 de la Ley 2/2010. Al igual que en esta, el derecho tiene en la LORE carácter individual —no cabe su ejercicio por los centros, tampoco los de la sanidad privada—, y la objeción ha de manifestarse anticipadamente y por escrito; pero, sobre todo, la LORE también constriñe la titularidad del derecho a objetar a «[...] los profesionales sanitarios *directamente implicados* en la prestación de ayuda a morir», locución cuya interpretación es, ciertamente, muy problemática —y más compleja, creo, que en el caso de la Ley 2/2010—.

La determinación de los profesionales que están «directamente implicados» no puede sino remitir a los actos por ellos realizados (el legislador habría sido más claro si hubiera delimitado la objeción por referencia a las conductas o deberes objetables y no a los profesionales titulares del derecho) y, en cualquier caso, no resulta evidente. Entre las conductas más directas, que son claramente objetables —la administración de los fármacos y su prescripción o suministro al paciente para que este se los autoadministre, conductas cuya realización no queda, como enseguida veremos, claramente asignada por la LORE—, y aquellas que, por ser anteriores y posteriores a la prestación de la ayuda, se excluyen considerando su muy indirecta relación con la misma —Ruiz Miguel las denomina objeciones «extravagantes»; así, los trámites de ingreso, los cuidados ordinarios al enfermo, la extracción de órganos o el traslado del cadáver (Ruiz Miguel, 2021), a las que podrían añadirse otras también imaginables, entre ellas el traslado en ambulancia de un centro privado a uno público en el que se practicará la eutanasia (González Agudelo, 2021: 34)—, hay un terreno intermedio, pero fundamental, en el proceso diseñado por la LORE. En el caso del médico responsable, le corresponde, y no agoto con ello todas sus funciones, recibir la solicitud del enfermo (art. 6.2), valorarla (arts. 7 y 8), decidir si, en función de las circunstancias de pérdida inminente de capacidad, procede acortar el plazo de quince días legalmente previsto entre las dos solicitudes (art. 5.1 c)), mantener con el enfermo un proceso deliberativo en dos momentos distintos (art. 8.1), recabar, en su caso, su consentimiento definitivo e informar al equipo asistencial y, si lo solicitara el paciente, a los familiares (art. 8.2), consultar con el otro especialista (art. 8.3) y comunicar la solicitud a la Comisión para que esta inicie su propia valoración en caso de que la de los dos profesionales haya sido positiva (art. 8.5); si se trata de un paciente con directrices previas, es también el médico responsable el que debe certificar la situación de incapacidad de hecho (art. 5.2) y recibir la petición que otra persona presente para iniciar el proceso; por su parte, el médico colaborador habrá de valorar la solicitud del paciente a la luz de los requisitos legales y emitir un informe al respecto (art. 8.3). Con respecto al acto concreto de la prestación de ayuda a morir, la ley no es clara; la literalidad del art. 11 parece indicar que el médico responsable prescribirá la medicación en caso de autoadministración por el paciente (art. 11.3), mientras que en los supuestos de administración de la sustancia letal parece que la ley admite la posibilidad de que sean otros profesionales los que la realicen (art. 11.2) —previsión, por otra parte, sensata, teniendo en cuenta que el médico responsable no tiene por qué ser (de hecho, normalmente no será) especialista en el manejo de fármacos durante las fases finales de la vida (tarea que encaja con la especialización en cuidados paliativos)—. En cualquier caso, y esto es también relevante, el art. 11.2 deja claro que el facultativo responsable, «así como el resto de los profesionales sanitarios», han de estar presentes y asistir y apoyar el paciente hasta el momento del fallecimiento.

En la medida en que se trata de implicaciones muy directas, quedan, pues, amparadas por la objeción, sin mayores problemas, las conductas consistentes en la prescripción, la administración y el suministro de los fármacos letales (tanto si entendemos que son asignadas a los médicos responsables como a profesionales más especializados); ningún profesional puede ser obligado a realizarlas, y parece lógico que también se considere objetable el hecho de estar presente en el momento de la ejecución de la prestación. El problema

interpretativo se refiere —y así lo subrayaron ya algunos comentaristas en relación con el texto de la Proposición (Albert, 2018: 30-31; González Agudelo, 2020: 34-36)— a todo este conjunto de actuaciones legalmente confiadas al médico responsable —valoración de la solicitud, deliberación con el paciente, presentación de solicitud ante la Comisión— que se antojan considerablemente más intensas que las meras obligaciones de informar y derivar que suelen problematizarse en el debate bioético sobre las objeciones de conciencia sanitarias (señaladamente, en el del aborto). Entender que los profesionales que reciben una petición están obligados a valorarla en todo caso —y, va de suyo, a hacerlo de modo correcto y, por tanto, con resultado positivo si se satisfacen los requisitos legales— también cuando esta tarea les repugne moralmente por percibirla como una implicación muy intensa —una percepción que no parece extravagante— en un proceso que interpretan como una vulneración injustificable de la vida humana y de sus deberes profesionales más profundos restringiría demasiado, a mi juicio, las costuras de la objeción, además de que podría propiciar una consecuencia muy indeseable y contraproducente a la hora de garantizar el derecho al enfermo: que el profesional tendiera a salvar su implicación por la vía de la valoración negativa de la solicitud, una suerte de «objeción encubierta» que Ruiz Miguel (2021) considera susceptible de sanción disciplinaria a través de la remisión prevista en la Disposición adicional segunda de la LORE.

A pesar de la indudable evolución de la actitud de la profesión médica en relación con las prácticas eutanásicas, sería un ejercicio de voluntarismo ignorar la oposición de muchos profesionales del ramo a las mismas. El tránsito directo del carácter de conducta delictiva (contraria, por tanto, a la deontología profesional codificada) al de derecho prestacional sin una etapa «intermedia» como conducta simplemente despenalizada —que sí se produjo, en cambio, en el caso del aborto— probablemente contribuirá a que no sean pocas las objeciones registradas a constituirse en médico responsable a los efectos de la LORE.

La cuestión (que, cabe augurar, se planteará en sede judicial más pronto que tarde) es, entonces, si los profesionales pueden objetar a constituirse en «médico responsable» a los efectos de la LORE, hipótesis que implicaría amparar que desde el principio pudieran negarse a valorar y tramitar la petición de ayuda a morir. Entiendo con Ruiz Miguel (2021) que la respuesta ha de ser afirmativa, dado que la función de médico responsable a efectos de la LORE supone una implicación directa del profesional, si bien en ese caso me parecería plenamente justificado exigir al profesional (como un deber ya no objetable, y que debería haber previsto la ley) la derivación a otro facultativo no objetor, al que le correspondería asumir la función de responsable y las tareas que comporta.

## 9. CONCLUSIONES

No son pocos, pues, los problemas interpretativos suscitados por la LORE. Aunque algunas afectan a cuestiones íntimamente ligadas a su articulado, el legislador ha preferido orillarlas (singularmente relevante es el tema de los trasplantes de órganos subsiguientes a la prestación de ayuda a morir —Pérez Blanco (2021)—). Desde unas premisas a mi juicio

correctas y con un alcance razonable, se ha diseñado un modelo de reconocimiento del derecho a obtener ayuda activa para morir sin duda complejo y con algunas sombras cuya articulación y puesta en práctica precisará, para empezar, de la lealtad de los gobiernos autonómicos y, por supuesto, del buen hacer de los profesionales. A quienes desde el ámbito académico saludamos la aprobación de esta ley como una buena noticia nos corresponde poner de relieve sus aspectos mejorables y contribuir en lo posible a su correcta aplicación en el futuro.

## NOTAS

1. Unos días antes de concluir la redacción de este trabajo (el 29 de enero de 2021), la Asamblea portuguesa ha aprobado una ley despenalizadora que ha de pasar todavía el filtro del presidente de la República, quien tiene en su mano vetarla o someterla a la consideración del Tribunal Constitucional.
2. Por orden cronológico: sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos *Washington vs. Glucksberg* 521 U.S. 702 (1997) y *Vacco vs. Quill* 521 (US) 793; sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-239/97 y T-970/14; sentencia del TEDH *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002; sentencia del Tribunal Supremo de Canadá *Carter vs. Canada*, 2015 SCC 5; ordenanza 207/2018 y sentencia 242/2019 de la Corte Constitucional italiana en el caso *Cappato*; sentencia del Tribunal Constitucional alemán 2BvR 2347/15, de 26 de febrero de 2020; sentencia del Tribunal Constitucional de Austria G 139/2019-71, de 11 de diciembre de 2020.
3. Coincido con los autores citados y, especialmente, con las objeciones a la sentencia del BVerfG derivadas del principio democrático vertidas por Coca Vila (2020: 512-513), tesis que intenté fundamentar en Tomás-Valiente Lanuza (1999: esp. 379-385).
4. Por mucho que la jurisprudencia del TC haya fundado el derecho a rechazar tratamientos en el derecho a la integridad física del art. 15 CE y no en un derecho general de autonomía o libertad individuales (potencialmente mucho más expansivo), lo cierto es que las conductas de retirada de mecanismos que ampara constituyen, desde un punto de vista dogmático-penal, verdaderas interrupciones de cursos causales salvadores, lo que las acerca mucho a la producción activa de la muerte. Incluso aunque quiera insistirse (como sin duda se hará en el futuro recurso contra la ley) en el factor diferenciador entre estos supuestos en los que media un tratamiento invasivo de la integridad física (afectación del art. 15 CE por el tratamiento invasivo no consentido) y la eutanasia activa regulada por la LORE (donde este elemento no concurre), resulta innegable que, desde un punto de vista valorativo, las situaciones son enormemente cercanas; el amparo de las primeras como verdadero derecho fundamental hace difícilmente sostenible (y esto es lo que ahora interesa recalcar, pues esto es lo único que el TC tendrá que dirimir) que las segundas *hayan de ser necesariamente tratadas como delitos y que su permisión deba considerarse inconstitucional*.
5. Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, BOCG, XIV Legislatura, Congreso de los Diputados, Serie B, Num.67.
6. BOCG, XIV Legislatura, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 27-1.
7. Se plantea expresamente la cuestión en relación con la LORE, aunque solo en lo que afecta a la capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas, Domínguez Luelmo (2021).
8. Dos sentencias de la Corte Constitucional colombiana de 2017, de las que me he ocupado con detalle en otro lugar (Tomás-Valiente Lanuza, 2019) son buena muestra de una manera confusa de interrelacio-

nar los dos grandes pilares de legitimidad de las conductas eutanásicas. Lo que en su sentencia seminal de 1997 arrancaba como un derecho de autonomía, que se reconocía a las personas capaces de ejercerla respecto del acortamiento de su propio y muy intenso sufrimiento (en fase terminal) pasa a construirse en las sentencias de 2017 como un derecho a ver acortado el padecimiento de esas características, atribuido ahora también a personas totalmente incapaces, en el que el desaparecido factor autonomía es cubierto por el consentimiento (en sustitución del incapaz) prestado por los padres (las sentencias se refieren a niños y adolescentes) o representantes legales.

9. Por otra parte, la sentencia no cuestiona en ningún momento la pervivencia de la prohibición del homicidio solicitado del §216 StGB, que (en contraposición a la tradicional atipicidad de la participación en el suicidio, solo interrumpida en los breves años de vigencia del ya anulado §217) siempre ha sido delito en Alemania. Con todo, resulta discutible si una premisa de partida tan vigorosa como la adoptada por la sentencia puede limitarse solo a la participación en el acto autorreferente (suicidio) y no se desborda a la ejecución de la heterolesión consentida (homicidio solicitado). Existe, a mi juicio, una clara tensión en un ordenamiento jurídico que prohíbe cualquier homicidio solicitado de forma autónoma y libre —en cualquier circunstancia, también en la de enfermedad o sufrimiento extremo— y, en cambio, considera amparada por un derecho fundamental sustraído a la posibilidad de prohibición legal) la ayuda al suicidio autónomamente solicitada, cualesquiera que sean las motivaciones del suicida; el criterio diferenciador entre ambas conductas (tradicionalmente situado por la doctrina penal alemana en el hecho de que en la *Tötung auf Verlangen* el sujeto pierde el dominio sobre el último momento decisivo para la causación de su muerte, que en cambio sí retiene cuando él mismo la ejecuta), al margen de no ser en absoluto tan claro en los ejemplos concretos (como los del dominio del hecho compartido que en su día dieron lugar a una intensa polémica doctrinal en Alemania), no justifican, a mi entender, y no en términos constitucionales, una diferencia de trato tan radical como la descrita. En línea similar, aunque más contundente por cuanto entiende que de la sentencia se deriva *necesariamente* la inconstitucionalidad del homicidio solicitado, Coca Vila (2020: 505, n.30).

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT MÁRQUEZ, Marta (2018): «El papel de la Administración en la determinación del contenido de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en el contexto de “nuevos derechos”: los casos del aborto y la eutanasia», *Estudios de Deusto*, 66(2), 153-189.
- ALEMANY, Macario (2018): «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 201-222.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2016): «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad», *Ius et Veritas*, 53, 262-266.
- ANTÓN, Jacinto (2020): «Lo único que nos garantizan es la eutanasia», *Gac. Med. Bilbao*, 117(1), 16-18
- ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo (2019): *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Granada: Comares.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (2021): «El procedimiento y los controles necesarios con el fin de garantizar la observancia de los requisitos objetivos y subjetivos», en C. Tomás-Valiente Lanuza (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- BROGGI TRIAS, Marc Antoni (2021): «La ayuda profesional al final de vida y la demanda eutanásica», en C. Tomás-Valiente Lanuza (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio (2021): «La tríada “bien constitucional vida humana/derecho a la vida/inexistencia de un derecho a la propia muerte” (Acerca de la constitucionalidad de la regulación de la eutanasia en España en perspectiva comparada)», en C. Tomás-Valiente Lanuza (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.

- CAMBRÓN, Ascensión (2020): «La eutanasia, derecho fundamental», *Derecho a morir dignamente*, 82, 3-6.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos (2018): «El derecho a decidir sobre sí mismo: eutanasia y maternidad. A propósito de la Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia», en F. Morales Pratos *et al.* (coords.), *Represión penal y estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor: Aranzadi, 799-818.
- (2020): «El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional», *Derecho a morir dignamente*, 82, 10-12.
- CLIMENT GALLART, Jorge (2018): «La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la disposición de la propia vida», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8, 124-137.
- COCA VILA, Ivo (2020): «El derecho a un suicidio asistido frente a la prohibición de su fomento como actividad recurrente (§ 217 StGB)», *InDret, Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 4/2020, 500-513.
- COMISIONES REGIONALES DE CONTROL DE LA EUTANASIA DE LOS PAÍSES BAJOS (2012): «Annual Report 2012» [en línea] <<https://english.euthanasiecommissie.nl/the-committees/documents/publications/annual-reports/2002/annual-reports/annual-reports>>. [Consulta: 31/01/2021.]
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2019): «Informe del Comité de Bioética de España valorando el borrador de Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamientos involuntarios» [en línea] <<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/Informe%20valorando%20el%20Borrador%20del%20Protocolo%20Adicional-modificado%2015.01.2020.pdf>>. [Consulta: 31/01/2021.]
- (2020): «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» [en línea] <<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf>>. [Consulta: 31/01/2021.]
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto (2020): «El Derecho penal y la eutanasia», *Derecho a morir dignamente*, 82, 23-25.
- DE LUCAS, Javier (2014): «El derecho a la eutanasia y al suicidio asistido», *Derecho a morir dignamente*, 67, 8-11.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (2021): «Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir», en C. Tomás-Valiente Lanuza (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- DWORKIN, Ronald (1994): *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. R. Caracciolo y V. Ferreres, Barcelona: Ariel.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (2020): «Contrasentido de la propuesta», *Derecho a morir dignamente*, 82, 16-19.
- GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria (2020): «Garantizar la efectiva aplicación de la ley», *Derecho a morir dignamente*, 82, 32-36.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier (2021): «Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de las personas menores de edad», en C. Tomás-Valiente Lanuza (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- JAKOBS, Günther (1997): «la organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte», en Id., *Estudios de Derecho penal*, trad. M. Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 395-417.
- JUANATEY DORADO, Carmen (2020): «Reflexiones a propósito de la propuesta de regulación de la eutanasia voluntaria en España», *Revista General de Derecho Penal* 34, 1-25.
- MARCOS DEL CANO, Ana María (2019): «Eutanasia: ¿excepción moral válida o derecho subjetivo?», *Moralia*, 42, 145-165.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro (2020): «La fundamentación jurídica y el contenido de la eutanasia y el suicidio asistido en las proposiciones de ley orgánica presentadas para su regulación en España», *Derecho y Salud*, 30(2), 6-43.

- MENDOZA BUERGO, Blanca (2019): «Autonomía, consentimiento y menores: La pretendida contrarreforma de 2015», en M. Cancio Meliá *et al.* (coords.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro* vol. 1, Madrid: UAM ediciones, 639-653.
- MORESO, Josep Joan (2021): «Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio», en C. Tomás-Valiente Lanuza (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel (2020): «Necesidad de un concepto pre-legal de eutanasia, aspectos constitucionales y otras precisiones sobre la Proposición de “Ley Orgánica de regulación de la eutanasia”. Intervención de terceros en la muerte deseada y política legislativa», *Revista General de Derecho Penal*, 34, 1-40.
- PAYÁN ELLACURÍA, Ekain (2020): «Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de *lege ferenda*», *e-Eguzkilore, Revista electrónica de Ciencias criminológicas*, 5, 1-36.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (2021): «Eutanasia, suicidio, autonomía personal y responsabilidad penal de terceros», en C. Tomás-Valiente Lanuza (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- PÉREZ BLANCO, Alicia (2021): «Eutanasia y donación de órganos», en C. Tomás-Valiente Lanuza (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo (2020): «Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania», *Revista de Derecho Político*, 109, 295-325.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2008): *Eutanasia y derechos fundamentales*, Madrid: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2021): «Objeción de conciencia y eutanasia», en C. Tomás-Valiente Lanuza (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid: Marcial Pons.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen (1999): *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE.
- (2009): *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Granada: Comares.
  - (2014): «La despenalización en Europa: cuestiones abiertas», *Derecho a morir dignamente*, 67, 15-22.
  - (2016): «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret* 3/2016, 1-73.
  - (2019): «La evolución del derecho al suicidio asistido y la eutanasia en la jurisprudencia constitucional colombiana: otra muestra de una discutible utilización de la dignidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116, 301-318.

**Fecha de recepción: 31 de enero de 2021.**

**Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2021.**

¿EXISTE UN DERECHO A LA EUTANASIA? PANORAMA INTERNACIONAL Y  
ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE LA EUTANASIA DE NUESTRO PAÍS  
*IS THERE A RIGHT TO EUTHANASIA? INTERNATIONAL SCENE AND  
ASSESSMENT OF THE SPANISH LAW ON EUTHANASIA*

*Ana María Marcos del Cano*  
*Catedrática de Filosofía del Derecho*  
*UNED*

RESUMEN

Este artículo da cuenta de la problemática jurídica de la eutanasia, una cuestión compleja no solo por sus connotaciones éticas, sociales y jurídicas, sino también porque afecta directamente a la dificultad de legitimar por ley una decisión que, siendo personalísima, incide directamente en la inderogable dignidad de la propia vida. Para llevar a cabo este análisis, se pondrán de manifiesto los valores que están en liza en esta materia, y se examinarán tanto las regulaciones aprobadas en otros países como la Proposición de Ley presentada en el Parlamento de nuestro país.

PALABRAS CLAVE

Final de la vida, derecho a morir, dignidad, vida humana, autonomía.

ABSTRACT

This article gives an account of the complex legal problems of euthanasia, not only because of its ethical, social and legal connotations, but also because it directly affects the difficulty of legitimizing by law a decision that, being highly personal, directly affects the non-derogable dignity of life itself. For this analysis, the values that are at stake in this matter will be highlighted, as well as the regulation that has been given in other countries and the bill that has been presented in the Parliament of our country.

KEY WORDS

End of life, right to die, dignity, human life, autonomy.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.006](https://doi.org/10.36151/td.2021.006)

# ¿EXISTE UN DERECHO A LA EUTANASIA? PANORAMA INTERNACIONAL Y ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE LA EUTANASIA DE NUESTRO PAÍS

Ana María Marcos del Cano

Catedrática de Filosofía del Derecho  
UNED

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Concepto de eutanasia y valores ético-jurídicos implicados. 3. Panorama internacional de la regulación jurídica de la eutanasia. 4. Análisis crítico de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia de España. 5. Reflexiones *in fine*. Notas. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las preguntas que confluyen en el análisis ético, jurídico y social de la eutanasia constituyen un reto para las sociedades actuales y, sobre todo, para los que en este momento están al frente de ellas, al menos en lo que a las decisiones legislativas se refiere. No parece ya que los juristas, y menos aún los filósofos del Derecho, podamos eludir el tema espinoso y, en cierto sentido tabú, de la eutanasia. Los datos emergentes del grupo social en el que se desenvuelve nuestra vida nos obligan a salir de nuestra «torre de marfil» y acometer la trabajosa tarea de dar respuesta jurídica a las situaciones enmarcadas dentro la eutanasia. Y digo trabajosa porque no es nada fácil dar «solución» a determinadas preguntas tan existenciales y totales que han ocupado la mayor parte de la reflexión de filósofos y teólogos. ¿Qué es la vida humana? ¿A quién pertenece? ¿Qué es la libertad? ¿Qué prima: la vida o la

libertad? ¿Qué significa morir con dignidad? ¿Qué papel debe cumplir el Estado y, en este caso, el Derecho en orden a preservar esos valores? Estos difíciles interrogantes se ubican en el fondo del asunto, aunque los que están en la «superficie», si se me permite la expresión, no son menos complejos: ¿En qué consiste la calidad de vida? ¿Qué rasgos definen al enfermo terminal? ¿Qué vulnerabilidad e influenciabilidad presentan las personas en estas etapas? ¿Puede surgir el efecto de mimesis que tanta repercusión tiene en el suicidio? ¿Qué papel se atribuye al testamento vital y a los terceros en el proceso decisorio del final de la vida? ¿Por qué debe ser el médico el que practique la eutanasia?

Las causas de esta demanda social son complejas, pero podríamos afirmar que lo que en un primer momento provocó la reivindicación de la legalización de la eutanasia fue la avanzada tecnología empleada en las UCI en los años 70, que propiciaba una prolongación artificial de la vida sin que ello llevara aparejado una mejoría en la calidad de vida del paciente. Por otro lado, el aumento de la esperanza de vida ha motivado que en el final de la existencia se incrementen las situaciones de incapacidad por deterioro de las funciones cognitivas que impiden a la persona decidir cómo y dónde quiere morir. El aumento de la soledad y la profunda transformación de la institución familiar han provocado que ya no se disponga de una red amplia de relaciones, como ocurría en otras épocas, para acompañar esos procesos. A estos factores se añade la preeminencia en la cultura actual del principio de autonomía, es decir, la programación, el control y la planificación de todos los ámbitos de la vida, dinámica a la que la muerte no es ajena.

Esta evolución implica que el paciente cobre mayor protagonismo en el curso de su enfermedad a la hora de decidir sobre sus tratamientos, como muy claramente dejó establecido la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, que no solo consagra el derecho al consentimiento informado ante cualquier tratamiento, sino también el derecho a rechazarlo. Asimismo, cada persona puede firmar el documento de voluntades anticipadas indicando sus preferencias para ser tratado en el ámbito sanitario cuando carezca de consciencia, si bien hay que decir que en España su firma todavía sigue siendo minoritaria. Según el Ministerio de Sanidad, en 2018 tan solo había 265.303 personas inscritas en el Registro Nacional de Instrucciones Previas, el 0.6 % de la población española

Por otro lado, las connotaciones humanas y sociales, ideológicas y éticas de este tema suscitan vivas polémicas que, en ocasiones, oscurecen el debate acerca de la cuestión, ello al margen de la confusión terminológica que difumina los contornos de lo que es y no es la eutanasia. Si tenemos en cuenta, además, que la investigación médica avanza constantemente, no es difícil inferir que, aparte de la incertidumbre que puede producirse en el diagnóstico de las enfermedades, es posible que en poco tiempo se disponga de un tratamiento para una patología que hoy se considera incurable. Por último, y no por ello menos importante, hay que destacar el conflicto entre los bienes jurídicos de máxima relevancia que están en liza: autonomía y vida humana, dignidad, bien común, como a continuación veremos.

Y es que en este tema nos situamos en un ámbito fronterizo, el trance de la muerte, en el que la singularidad y las circunstancias de cada individuo son personalísimas. De hecho,

a la opinión pública siempre llegan «casos», no grupos o colectivos, a saber, los de Ramón Sampederro, Inmaculada Echeverría, o, más recientemente, María José Carrasco, ninguno de los cuales, por otro lado, constituye propiamente un supuesto de eutanasia, pues no estamos en el proceso final de la vida. ¡Qué difícil es para el Derecho, pensado para la generalidad, recoger situaciones singulares! No es menos cierto, sin embargo, que en su propio sistema cuenta con mecanismos para regular lo particular y específico, y que esas situaciones deben ser escuchadas y atendidas.

Con este inicio prevengo al lector de cualquier solución salomónica. Me vienen a la mente las palabras de Gustavo Bueno cuando afirma que «[...] quien afecte tener ideas muy claras sobre la eutanasia es un ingenuo que con su declaración demuestra tener las ideas tan oscuras que casi habría de dejarlas de ver como ideas» (Bueno, 1996: 200).

A continuación, expondré los puntos fundamentales que deberían tenerse en cuenta en la regulación jurídica de la eutanasia, además de un análisis crítico sobre Ley Orgánica presentada de nuestro país. En primer lugar, me referiré al concepto de eutanasia y a la necesidad de delimitar claramente qué acciones contempla y cuáles no. En segundo término, expondré los valores éticos que se encuentran en liza y su proyección jurídica, a saber, autonomía, vida humana, dignidad humana y bien común. Posteriormente, esbozaré un breve panorama de la normativa internacional que despenaliza la eutanasia. Por último, realizaré un análisis crítico de la Ley Orgánica 3/2021, de 25 de marzo, de regulación de la eutanasia.

## 2. CONCEPTO DE EUTANASIA Y VALORES ÉTICO-JURÍDICOS IMPLICADOS

Con el fin de centrar el tema y dada la ambigüedad de la palabra «eutanasia», considero imprescindible comenzar ofreciendo un concepto jurídico para fijar sus elementos. De este modo, será necesario: *i)* buscar un consenso en relación con el significado de los términos que se utilicen; y *ii)* tener presentes las conductas o acciones a las que nos referimos cuando utilizamos el vocablo «eutanasia» y diferenciarlas de conductas similares.

En este caso, considero absolutamente imprescindible dejar clara desde el principio mi posición acerca de lo que es la eutanasia:

Es la acción de procurar la muerte por motivos de piedad, a quien, sufriendo una enfermedad terminal, la solicita para poner fin a sus sufrimientos<sup>1</sup>.

Me interesa destacar, ante todo, que es preciso circunscribir los supuestos de eutanasia a los enfermos terminales, pues su situación difiere de las que se enmarcan en otros supuestos (entre ellos, los tetrapléjicos, las personas con discapacidad, las personas con problemas de salud mental, los enfermos graves crónicos, los recién nacidos con graves enfermedades...) en lo que respecta a la expectativa de vida, la capacidad del individuo, la calidad de vida, el estado de irreversibilidad, etc.<sup>2</sup>. El enfermo terminal es aquella persona que, como con-

secuencia de una lesión o enfermedad, padece, según los actuales conocimientos médicos, una afección incurable y se encuentra en la fase final de su vida sin ninguna esperanza de recuperación (normalmente, el plazo suele establecerse en unos seis meses). En general, se encuentran en esta situación aquellos enfermos cuyos padecimientos no pueden ser controlados y para los que no existen planes orientados a continuar con los tratamientos curativos en el estado actual de la ciencia.

En esta condición de «terminalidad» coinciden la mayoría de los expertos a la hora de definir la eutanasia. A tales efectos, el documento «Atención médica al final de la vida: conceptos y definiciones» elaborado por el Grupo de Trabajo con el mismo nombre de la Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos y publicado en abril de 2015 define la eutanasia en contexto de enfermedad terminal. Desde un punto de vista jurídico, y dado que la eutanasia constituye una excepción a la protección y garantía del derecho a la vida, es imprescindible determinar claramente los supuestos de hecho a los que se puede aplicar. Si nos alejamos de la «objetividad» que otorga el criterio de terminalidad, estamos abriendo las puertas a otros supuestos muy difícilmente determinables. En este sentido, tanto la legislación de Canadá como la de Australia, la que próximamente entrará en vigor en Nueva Zelanda, así como la reforma jurisprudencial realizada en Colombia, abogan por que los supuestos de eutanasia se ciñan a los enfermos terminales.

Dicho esto, resulta palmario que la eutanasia implica un conflicto entre valores básicos y primordiales para cualquier ser humano y también para el Derecho. La dificultad que se plantea en este punto radica no tanto en el hecho de determinar esos valores cuanto en el de fijar su posible jerarquía. Es una cuestión muy controvertida elegir *a priori* cuáles o cuál debe ser el bien jurídico que el ordenamiento debe proteger en detrimento de los otros o en coordinación con ellos. Además, no estamos ante un conflicto interpersonal, sino intrapersonal (Ruiz Miguel, 1993: 135), es decir, ante un conflicto relacionado con la propia autonomía del sujeto titular del derecho a la vida.

Sin pretensión de exhaustividad, los valores que subyacen a este tipo de situaciones son los siguientes: vida humana, autonomía individual, dignidad humana y bien común. Veamos brevemente la problemática que encierra cada uno de ellos, así como su proyección en el mundo jurídico.

En relación con la vida humana, se constata que no resulta nada fácil definirla. Es más, lejos de ser un concepto pacífico, presenta una dificultad extrema cuando nos aproximamos a la literatura sobre el tema y observamos lo numerosas y dispares que son las definiciones que se han propuesto (Marcos del Cano, 1999: 74). ¿Qué se entiende por vida humana? Normalmente, ha sido un valor definido de acuerdo con criterios científico-naturalísticos, es decir, habrá vida humana siempre y cuando se cumpla con los correspondientes presupuestos biofisiológicos, cualquiera que sea el estado, la condición y la capacidad de prestación del tipo que sea de su titular. Desde un punto de vista descriptivo, esta perspectiva coincidiría con la definición de lo que es un ser humano vivo según los parámetros de los que dispone la ciencia para determinar cuándo hay y cuándo no hay vida. En el caso de la eutanasia, el debate se centra en averiguar cuál es el final de esa vida. En este sentido, estamos ante la muerte en el momento en el que hay una lesión encefálica irreversible. La

pregunta que surge respecto a este valor es la siguiente: ¿cuál es la vida humana que protege (o debe proteger) el ordenamiento jurídico? ¿La creación natural en su dimensión simplemente biológica, la *vida biológica*, o más bien lo que en ella hay de autocreación «artificial», en el sentido más propio del término, de artífice, de creación personal, cultural y social, lo que algunos autores denominan la *vida biográfica* (Rachels, 1986: 50)?

Desde el punto de vista jurídico, ¿la norma jurídica debe proteger solo la vida autobiográfica o también la biológica? ¿O la norma jurídica debe proteger solo la vida que el titular del bien jurídico quiere vivir, independientemente de sus circunstancias? ¿O la norma jurídica debe proteger solo la vida biográfica y, cuando estamos ya ante la vida biológica caracterizada por su ínfima calidad, debe legitimar la decisión del individuo para disponer de esa vida? El reconocimiento del derecho a la vida es la respuesta que el ordenamiento jurídico da a la necesidad de proteger y garantizar el valor de la vida frente a al propio Estado (prohibiendo la pena de muerte), frente a terceros y frente al propio titular de la vida. Así ha sido hasta ahora, pues se entiende que ese derecho no es disponible por el propio titular, en la medida en que corresponde al Estado la obligación de proteger la vida humana no como ejercicio de paternalismo —si así fuera, podrían ser tildadas de paternalistas todas las medidas adoptadas en la actual pandemia, así como, por ejemplo, la prohibición de la venta de órganos, la invalidez de un contrato de esclavitud, etc.—. Y es que la disponibilidad de la propia vida atenta contra la propia dignidad que, en sí misma, comprende no solo la vida personal, sino también su inherente proyección social y la humanidad que en sí misma anida en esa vida, como ya advirtiera Kant al definir la dignidad humana como aquello que trasciende todo precio y que no admite nada equivalente. Esa dignidad es inderogable para cada ser humano y lo es porque la vida humana, aunque la propia persona sea su dueña, su propietaria, no es disponible por su pertenencia al bien común, a la humanidad misma, en su sentido más genuino de deber para con uno mismo.

De acuerdo con la más consolidada interpretación de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2004: 47-48), estos no son negociables, son indisponibles, lo que quiere decir que están sustraídos tanto a las decisiones políticas como a las operaciones del mercado y son inalienables por el propio sujeto que es su titular. Allí donde estuviera admitida su disposición, los derechos fundamentales resultarían degradados a la categoría de derechos patrimoniales, que establecen relaciones de dominio y sujeción.

Por su parte, el principio de autonomía individual es entendido como la capacidad del individuo para configurar su vida como crea conveniente según sus planes, sus valores y la circunstancias en que se desarrolla. La autonomía, que supone el reconocimiento del actuar autorresponsable y del derecho que tiene cada ser humano para determinar su propio destino vital y personal, con el respeto a sus propias valoraciones y a su visión del mundo, no se pensó ni surgió para ser el fundamento de la destrucción de la propia vida. Como muy atinadamente arguyó Stuart Mill, no puedo utilizar mi libertad para destruir la misma vendiéndome como esclavo ni podría vender mi derecho de sufragio y menos aún mi propia vida. Del mismo modo, el principio de mayoría tampoco podría ser utilizado por un parlamento democrático para destruir la democracia, principio sustentador previo a todo

su quehacer. La libertad individual no puede separarse de su inextricable proyección social, no puede considerarse de un modo solipsista y olvidando lo común.

El reconocimiento legal de la eutanasia, como luego veremos, puede tener una influencia clara en la conciencia social de lo que es una «vida digna» de ser vivida y en la desvalorización de las vidas de las personas más vulnerables. Y lo que es peor: al ser considerada como un «derecho» —y no como una excepción a la protección de la vida—, la eutanasia puede llegar a concebirse como algo normal, ampliable y deseable, promoviendo así esta práctica como «lo mejor» para determinadas situaciones.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el derecho a la vida y su relación con la autonomía individual. En la STC 53/1985 sostiene que el derecho a la vida es un *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos que merece, por ello, especial protección del ordenamiento jurídico, y frente al que existe una obligación negativa general de no lesionarlo y una obligación positiva del Estado de contribuir a su protección. El ciudadano tiene libertad para decidir voluntariamente su propia muerte por un acto propio, pero no existe un derecho a la muerte; ello supondría la disponibilidad condicionada del derecho a la vida.

La STC 120/1990 establece en su FJ 7 (doctrina reiterada en la STC 137/1990) lo siguiente: «El derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho.

En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente. [...]. La decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica».

Una ley de eutanasia rompe el equilibrio necesario entre la protección de la vida y el respeto a nuestra vida privada y nuestras creencias. De la tensión entre el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la vida, y el artículo 8, que garantiza el derecho a la privacidad en la forma de tomar decisiones sobre el propio cuerpo, no se deriva una obligación positiva del Estado de actuar ante una solicitud de ayuda a morir.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en el caso *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, declara que no es contrario a los derechos humanos prohibir el suicidio asistido, pues tal proscripción tiene como objetivo evitar que puedan

darse situaciones de abusos, esto es, que pueda aplicarse el suicidio asistido a personas que no lo hayan solicitado expresamente o que lo hayan hecho con una voluntad viciada, y afirma que el derecho a la vida del art. 2 no reconoce un derecho diametralmente opuesto a la vida, un derecho a morir. En el caso *Haas c. Suiza*, de 20 de enero de 2011, establece que, si bien del art. 8 del CEDH (derecho a la vida privada) puede inferirse un derecho a decidir el momento de la muerte, ello no obliga al Estado a facilitar los medios.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el caso *Gross c. Suiza*, que se cita en la exposición de motivos de la LO 3/2021, no puede ser alegada, pues fue anulada por la Gran Sala.

En la Sentencia *Washington vs. Glucksberg* (1997), el Tribunal Supremo de EE. UU. consideró que no cabía defender un derecho constitucional a la eutanasia, aun reconociendo la autonomía de la voluntad del individuo como una manifestación de la libertad consagrada constitucionalmente. La razón es que los estados podían no reconocer ese derecho para proteger así otros objetivos lícitos que deben perseguir los poderes públicos; concretamente: prohibir la muerte intencional; preservar la vida; evitar el suicidio —especialmente entre los jóvenes, ancianos y personas que no tienen un tratamiento adecuado para el dolor—; proteger la integridad y la ética de la profesión médica y mantener su rol como persona que cura; y proteger a las personas vulnerables de presiones psicológicas.

Una excepción a este planteamiento (pero muy restringida) podría vislumbrarse en la Sentencia de 26 de febrero de 2020 del Tribunal Constitucional alemán, que declaró inconstitucional la prohibición del favorecimiento comercial del suicidio y reconoció el derecho a una muerte autodeterminada en la República Federal de Alemania (Riquelme, 2020: 295-320) con base en el principio de neutralidad del Estado hacia las concepciones de vida que vale la pena vivir y la dignidad de la persona. Ahora bien, los casos de suicidio no caen dentro del ámbito protegido por el derecho a la vida. En la resolución comentada, el Tribunal Supremo alemán estableció que el derecho a una muerte determinada debe garantizar que la persona inicialmente resuelta a morir pueda llevar a cabo su propósito, pero que también cambiar de parecer incluso en el último instante, y esta posibilidad solamente puede ser preservada si es el titular del derecho el que cuenta en todo momento con el dominio sobre la acción que irremediablemente pone fin a su vida.

Ahora bien, la Constitución Española no contiene una cláusula general como la de la *privacy*, la del debido proceso en EE. UU. o la dignidad en Alemania, cláusulas que operan como auténticos derechos fundamentales y pueden propiciar una interpretación evolutiva que ampare ciertas conductas no protegidas por el enunciado constitucional.

Debo asimismo hacer referencia a la sentencia de la Corte Constitucional Italiana nº 242 (2019), de 25 de septiembre, que con un modo de proceder único hasta el momento (con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 580 del Código Penal italiano, que castiga la ayuda al suicidio, la Corte dictó la Ordenanza núm. 207, de 24 de octubre de 2018, en la que daba un plazo de un año al Parlamento para que dictara una ley que despenalizara la ayuda al suicidio en ciertos extremos, ley que no fue aprobada, por lo que la Corte dictó la referida sentencia) declaró la inconstitucionalidad de la norma penal

—aunque no la anuló, sino que la *manipuló*— no por no reconocer un derecho a la eutanasia activa, sino por infracción del principio de igualdad, siendo el término de comparación la ley llamada de «Disposiciones sobre el Consentimiento Informado y Disposiciones Anticipadas de Tratamiento» (Ley núm. 219/2017), que permite al paciente renunciar a todo tratamiento, incluidos los cuidados vitales.

Y es que la voluntad de la persona no es condición necesaria y suficiente para legitimar las elecciones, sobre todo si tenemos en cuenta que, en el caso de la eutanasia, ese deseo se materializa en un deseo de no sufrir, de ahí que la justificación para solicitar la propia muerte dependa, en la mayoría de los casos, de la condición existencial del paciente. Y si se puede, en la medida de lo posible, eliminar esas condiciones de sufrimiento, la solicitud carecería de fundamento, siempre y cuando no se hayan agotado posibles vías intermedias de actuación como el abordaje de las condiciones sociales, existenciales y de cuidado integral de la persona que así lo solicite.

Por otro lado, y a mayor abundamiento, la dignidad humana no puede igualarse sin más a una manifestación de la voluntad, como ya hemos señalado más arriba. La dignidad, que por su carácter histórico-cultural necesita ser redimensionada y resignificada en cada situación concreta, pues su contenido es variable, se manifiesta en la imposibilidad de utilizar a nadie como instrumento ni como medio. Implica el principio de respeto recíproco en el ámbito relacional, sin excepciones, de manera que las personas no pueden ser instrumentalizadas ni sustituidas por nada ni por nadie ni ser consideradas como objetos o medios, sino como fines en sí mismas. La utilización que de la dignidad humana se hace en el ámbito de la eutanasia es muy ambigua y fundamenta a la vez posiciones contrarias. Pero lo que es claro es que en la relación entre médico y paciente, en la que la voluntad de este último implica que el primero le procure la muerte, se está rompiendo el equilibrio, la confianza básica de la relación, y se está instrumentalizando a una de las partes.

### 3. PANORAMA INTERNACIONAL DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA EUTANASIA

La aproximación del mundo del Derecho a la eutanasia ha sido, en cierto modo, forzada por los hechos. En el ámbito internacional<sup>3</sup>, casi todos los países prohíben penalmente la eutanasia y ni siquiera la regulan específicamente: lo hacen dentro del marco más amplio del castigo de las conductas de colaboración en el suicidio ajeno o del homicidio a petición (Rey, 2008: 439). En los países de nuestro entorno solo Holanda<sup>4</sup>, Bélgica<sup>5</sup> y Luxemburgo<sup>6</sup> han aprobado leyes que permiten la práctica legal de la eutanasia. La pionera fue Holanda, que promulgó su regulación después de más de cincuenta años de debate jurídico, médico y social. En Suiza está permitido el suicidio asistido, no la eutanasia. El Tribunal Supremo Federal de Suiza ha reconocido el derecho de una persona a suicidarse, siempre que sea consciente, que actúe tras una reflexión seria y que sea capaz de terminar con su vida por su propia mano. De igual modo, desde 1998 en el estado de Oregón se permite la muerte asistida autoadministrada, mientras que la eutanasia es ilegal<sup>7</sup>. En Canadá, la ley de asistencia

médica para morir de 2016 despenalizó la eutanasia y el suicidio asistido. En el Territorio Norte de Australia se permitió durante un período de dos años (1995-1997) hasta que el Senado Federal anuló la ley<sup>8</sup> y, recientemente, el estado de Victoria ha aprobado la ley de la eutanasia y el suicidio asistido en 2017, regulación que permite a los enfermos terminales solicitar la muerte asistida a través de la ingesta de medicamentos que la induzcan. En Colombia, la situación ha sido diferente; una sentencia de la Corte Suprema de 2017 aprobó la despenalización de la eutanasia y ordenó al legislador de que aprobara una ley en este sentido. El Congreso todavía no ha legislado sobre la cuestión, si bien el Ministerio de Salud Pública en 2015 dictó una resolución para proveer de unas guías de actuación tanto a las instituciones de salud como a los pacientes para informar sobre el modo de prestar el servicio en Colombia. Recientemente, Nueva Zelanda ha aprobado por referéndum que entre en vigor en noviembre de 2021 la «Ley sobre elección de la muerte», norma que solo se aplicará a enfermos terminales<sup>9</sup>.

El debate sigue vigente en los países de nuestro entorno, pero ni Italia ni Alemania ni Francia han legislado sobre la materia y mantienen la penalización de la eutanasia y las conductas de suicidio asistido. Existen, sin embargo, dos sentencias —la primera, de la Corte Constitucional italiana<sup>10</sup> y la segunda del Tribunal Constitucional alemán<sup>11</sup>— que se han pronunciado a favor de que el legislador regule la eutanasia (*vid. supra*). En 2019<sup>12</sup>, la Corte Constitucional italiana consideró «no punible» a quien «facilite la ejecución de suicidio de un paciente mantenido con vida mediante tratamientos de soporte vital y siempre y cuando padezca una enfermedad irreversible y con plena capacidad para tomar decisiones», es decir, amplió el ámbito de la limitación de esfuerzo terapéutico para enfermos terminales.

En Alemania, el reciente fallo del Tribunal Constitucional declara que las disposiciones legales que imponen penas de prisión de hasta cinco años a quien ayude a morir a una persona con enfermedad terminal y graves sufrimientos son contrarias a la Ley Fundamental de Bonn, pero la legislación tampoco ha cambiado. En ningún caso podrá ser el médico el que practique el suicidio asistido.

En Francia se prohíbe tanto la eutanasia como el suicidio asistido. Sin embargo, determinados casos muy dramáticos y mediáticos motivaron la aprobación de una ley en 2016 por la que se crean nuevos derechos para pacientes y personas al final de la vida, entre ellos el derecho a la sedación en situaciones terminales.

Analizando este panorama internacional, que se ha expuesto de modo muy breve, queda patente que solo puede hablarse de la despenalización de la eutanasia propiamente dicha en Holanda, Bélgica y Luxemburgo, si bien en ningún caso se califica como «derecho» ni, por supuesto, como «prestación» del sistema público de salud, como se pretende en España.

El consenso internacional aboga por la extensión de los cuidados paliativos, como establecen sendas Recomendaciones del Consejo de Europa: la Recomendación núm. 1418, de 25 de junio de 1999 (Asamblea Legislativa), relativa a la protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos terminales y los moribundos, y la Recomendación 24, de 12 de noviembre de 2003 (Comité de Ministros), sobre organización de cuidados paliativos. La generalidad de los países ha descartado la idea de un «derecho a la muerte».

#### 4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA DE ESPAÑA

La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia<sup>13</sup> (en adelante LORE) «[...] pretende dar una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista a una demanda sostenida de la sociedad actual como es la eutanasia». Así comienza su exposición de motivos. La primera reflexión tiene por objeto analizar si realmente esta demanda es, como dice la exposición de motivos, «sostenida».

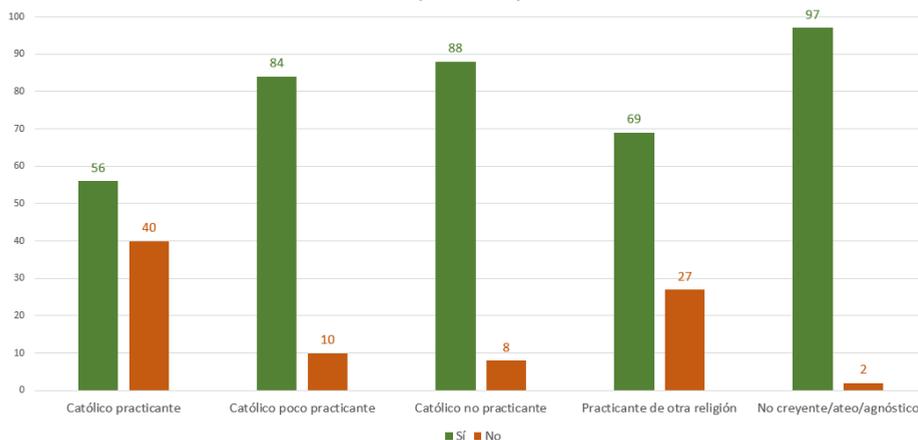
En las encuestas del CIS no aparece la eutanasia como un problema que preocupe a la sociedad española, si bien un cuestionario de 2009 establecía que España debería regular por ley la eutanasia, aunque no expresara el contenido, el sentido ni las condiciones de tal regulación.

PREGUNTA 37  
¿Cree Ud. que en España debería regularse por Ley la eutanasia?

	%	(N)
Si, con toda seguridad	58.4	(1449)
Creo que sí, pero no estoy totalmente seguro/a	15.2	(377)
Creo que no, pero no estoy totalmente seguro/a	4.2	(104)
No, con toda seguridad	10.3	(256)
No sabe qué significa eutanasia	5.0	(125)
N.S.	5.9	(146)
N.C.	1.0	(24)
TOTAL	100.0	(2481)

Los datos que ofrece Metroscopia indican que en 2017 un 84 % de los españoles estaban a favor de la eutanasia.

¿CREE USTED QUE UN ENFERMO INCURABLE TIENE DERECHO A QUE LOS MÉDICOS LE PROPORCIONEN ALGÚN PRODUCTO PARA PONER FIN A SU VIDA SIN DOLOR?  
POR HÁBITOS RELIGIOSOS  
DATOS DEL SONDEO DE FEBRERO DE 2017  
(EN PORCENTAJES)



Sin embargo, hay que hacer una matización, dada la ambigüedad que puede derivarse de los confusos términos empleados en la encuesta. La pregunta concreta de Metroscopia no es clara. La cuestión no es tanto si el ciudadano quiere que le practiquen la eutanasia (el acto deliberado de procurar la muerte a quien padece una enfermedad terminal y la solicita para poner fin a sus sufrimientos) cuanto el hecho de que se le ayude a morir en circunstancias dignas, sin dolor, con cuidados paliativos, acompañado y a ser posible en su domicilio.

A diferencia de España, la situación de los Países Bajos obedece a un proceso largo, rico y complejo en el que desde un principio se involucraron muy intensamente tanto la propia profesión médica como los tribunales, dando lugar a un debate tanto social como parlamentario que en España, desde luego, no se ha producido. No ha existido en nuestro país un debate social, médico y jurídico para aprobar esta norma. Apenas se han dictado sentencias judiciales sobre la eutanasia, excepción hecha de la de Ramón Sampredo, que ni siquiera era propiamente eutanasia, sino suicidio asistido. Falta mucho camino por recorrer antes de que estemos ante la necesidad de aprobar una ley sobre la eutanasia. Es más, se ha aprovechado una coyuntura caracterizada por la debilidad del Gobierno para aprobar una ley de gran trascendencia jurídica y social que, sobre todo, afectará a la comprensión de la vida humana y su dignidad tanto para nosotros como para las generaciones futuras.

Por otro lado, una de las cuestiones más discutibles de la LORE es que instituye un derecho. En su exposición de motivos, la ley lo fundamenta en los derechos a la vida y a la integridad física y moral y en «bienes constitucionalmente protegidos» como la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad, optando por la respetar la autonomía de la voluntad y descartando cualquier presión. ¿Estamos ante un derecho? La pregunta no es baladí. Normalmente, se considera que tenemos derecho «a algo bueno». En este contexto, la muerte sería «lo bueno» que eliminaría nuestro sufrimiento, si bien la muerte en sí es un hecho —no tanto un derecho—, un hecho inexorable. Muchos han descartado la idea de poder hablar de un derecho a la muerte, entre ellos nuestro propio Tribunal Constitucional, que en las SSTC 120/1990 y 137/1990<sup>14</sup> negó la existencia de un derecho a la propia muerte. Podría decirse, en tal caso, que se trata de una manifestación del *agere licere*, de un «libre actuar», pero no de un derecho que obligue a una actuación de los poderes públicos para su satisfacción (*vid. supra*).

Y es que, desde mi punto de vista, en todos los casos la eutanasia constituye una excepción al principio general de protección y garantía del derecho a la vida: no se trata de un «derecho civil» al que tiende la ciudadanía. Esta caracterización desvirtúa en sí mismo el concepto de derecho entendido como un bien, como un factor de cohesión social, de atribución de libertades, de creación de civilidad y de generación de posibilidades de vida mejor para la sociedad y para las personas. Hay que recordar que, como ya advirtiera Aristóteles, el propio Derecho tiene una función pedagógica e instructiva que configura no solo el modo de actuar a través de la regulación de las conductas, sino también el pensamiento, la conciencia, la propia comprensión del ser humano y la mutua interacción y relacionalidad que nos constituye como sociedad. Por ello, lo que se establece por ley tiene una incidencia directa en la conciencia personal y social que regula.

Es evidente que con el tiempo se crean nuevos derechos y así lo demuestran las distintas generaciones de derechos, desde los primeros derechos civiles y políticos hasta los actuales derechos a la protección del medio ambiente. Ahora bien, no todo es susceptible de ser un derecho, al igual que no todos pueden ser titulares de derechos. No toda pretensión, por muy justificada que esté, puede convertirse en un derecho; esa posibilidad reenvía a una concepción libertaria del derecho carente de fundamento dentro del marco en el que estamos, que es el de un Estado social y democrático de Derecho. Ningún individuo, por justo que sea, puede pretender que el dictamen de su conciencia se erija en ley para los demás: no tiene legitimidad democrática para hacerlo, incluso si puede alegar la superioridad moral de ese dictamen de su conciencia individual. Si hablamos de normas o decisiones que aspiran a vincular la conducta de todos, como sucede en el ámbito del Derecho, entramos de lleno en el grupo social, en la tarea de justificar qué es más adecuado, como diría Kant, para que las libertades de cada uno convivan con las de los demás en un régimen general de libertad (De Lucas, 2020: 17). El fundamento del derecho es social, pues de su existencia depende la convivencia pacífica en sociedad. El Derecho no se crea para uno solo: es precisamente la sociedad la que exige el Derecho, como afirma el célebre aforismo latino *ubi societas, ibi ius*. No se puede extrapolar al Derecho la lógica económica de «lo quiero, lo compro», pues el Estado no puede reconocer derechos bajo demanda, como si se tratara de una empresa.

Y es que cuando el Estado prohíbe y castiga la eutanasia (con una pena mínima, por cierto)<sup>15</sup> no solo protege al individuo de sí mismo (aunque en determinadas circunstancias estuviera incluso moralmente justificado que le dejara actuar), sino que está apostando por la protección y garantía de la vida, por el respeto de la dignidad de las personas más vulnerables de una sociedad, por la suficiencia de los recursos públicos para que los cuidados necesarios que hacen más llevadera esa fase final de la vida lleguen a todos y cada uno. Y esto no es paternalismo estatal, pues los bienes que están en liza son de gran importancia para la conciencia de la sociedad que estamos configurando entre todos. El mismo Stuart Mill (1965: 49) —y Hart, apoyándose en él— sostuvo que el único propósito para el cual puede ser ejercido el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada en contra de su voluntad es la prevención del daño a terceros. Y aquí el daño es real, pues cabe preguntarse en qué lugar queda la protección de la fragilidad humana extrema en nuestra civilización. ¿Qué grado de debilitamiento, estigmatización y pérdida de sensibilidad hacia las personas más vulnerables y de las personas con discapacidad y padecimientos graves crónicos se producirá? En este mismo sentido se pronuncia el famoso y mediático filósofo estadounidense Michael Sandel (1988)<sup>16</sup>: la ley debe enjuiciarse a la luz del modo en que equilibra estos derechos no solo en teoría, sino también en la práctica, y el reconocimiento legal del derecho a morir puede influir decisivamente en la conciencia social de la vida, que pasará a considerarla como una posesión, cambio de percepción que puede provocar el incremento del prestigio de las vidas independientes y la devaluación de la de las personas dependientes, y que puede dejar de ser un fenómeno excepcional para convertirse en una tendencia generalizada.

El argumento expuesto cobra especial vigor cuando en nuestro Sistema Nacional de Salud no se ha producido aún la universalización de cuidados paliativos y de otros medios de apoyo social y psicológico en el contexto de la enfermedad. En estas circunstancias, ¿cómo vamos a ofrecer la «muerte» si antes no se han reconocido y activado todas las alternativas que pueden desarrollarse en nuestro sistema sociosanitario?

Además, la fundamentación arriba expuesta es realmente paradójica porque admitirla supone reconocer el derecho a morir en cualquier contexto o situación. Dado que, siguiendo la máxima kantiana, la dignidad es predicable de todos los seres humanos con independencia de su contexto o situación, cualquier individuo estaría ética y jurídicamente legitimado para exigir la ayuda del Estado ayuda para acabar con su vida, y ello al margen de que padeciera una enfermedad terminal o crónica. Así pues, nos encontramos frente a un verdadero oxímoron, porque ¿cuál sería el argumento ético y legal para restringir el reconocimiento del derecho a morir solo a algunos contextos? Cualquier miembro de la comunidad que expusiera su pretensión de morir tendría el derecho a ver satisfecha su demanda ¿Por qué rechazar la petición del que, en ejercicio de su dignidad, pretende que se acabe con su vida sin esgrimir razones para ello y al margen de un contexto de enfermedad? Es decir, la vida de los ciudadanos quedaría en gran medida en manos del Estado —lo que, con cierto regusto amargo, recuerda la vieja advertencia biopolítica de Foucault—, alterando, por tanto, lo que ha constituido el deber esencial del Estado, que no es otro que proteger la vida de aquellos<sup>17</sup>.

Ya intuyó genialmente Hart (1963: 239) que, si hubiéramos nacido con caparazón como las tortugas, no tendríamos necesidad del Derecho, porque el Derecho cumple la función de proteger a los más débiles, sobre todo a los más vulnerables, y es cuando menos «dudoso», permítaseme decirlo, que este derecho a la eutanasia cumpla con esa función, aun cuando una ley lo establezca, pues como el mismo autor sostiene «[...] el Derecho no puede tener cualquier contenido, [...] porque ha de reservar un lugar para aquellos enunciados cuya verdad dependen de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen». ¿No se dejará de proteger a los más vulnerables? ¿No se dará una salida (que ni siquiera se habían planteado) a aquellos cuyas condiciones de vida son ínfimas en lugar de procurarles asistencia? ¿No se dejará de invertir en investigación en enfermedades degenerativas? ¿No constituirá este derecho un retroceso en la igualdad de derechos que han conseguido las personas con discapacidad? Por mucha mayoría que concite, el legislador no es omnipotente cuando la ley afecta a la dignidad de las personas; la concepción del legislador jurídicamente ilimitado desfigura el propio carácter del Derecho y esta afirmación no presupone la obediencia a un legislador superior.

Por otro lado, ¿no se desvirtuará la relación médico-paciente y hasta los mismos fines de la medicina? ¿No se está socavando la confianza en la que se basa la relación médico-paciente? ¿No se está atribuyendo un poder desorbitado al médico que a la postre es quien va a ejecutar la acción y, lo que es más problemático, el que va a interpretar la voluntad del paciente y las condiciones que le legitiman para solicitar la eutanasia? Que el Sistema Nacional de Salud se organice para que la eutanasia sea una prestación social constituye un excesivo poder otorgado al Estado, un poder que no le corresponde.

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Derecho se ha considerado vinculado a la moral en aquellas cuestiones relativas a la protección y garantía de la dignidad humana, valor transversal y fundamentador de los derechos humanos. Es cierto que no existen derechos absolutos; es más, cuando hay un conflicto entre derechos básicos de primer orden, hay que realizar un juicio preferencial. El hecho de calificar la prestación eutanásica como «derecho» desvirtúa en sí mismo lo que es un derecho: un bien, un factor de cohesión de libertades y de generación de posibilidades de vida mejor para la sociedad.

Y, sobre todo, el legislador legisla para la generalidad, no para casos particulares y menos aún para casos que conmocionan a la opinión pública. La primera regla de técnica normativa que aprende todo jurista es que no se puede legislar cuando ha habido casos mediáticos que condicionan el sosiego y la deliberación del legislador. La generalidad son todos los pacientes que no desean la eutanasia, pero que sí necesitan un final de vida digno, sin dolor, con asistencia integral y recursos sociales, y eso es lo que debe garantizar el Estado. Una situación concreta, por muy dramática que sea, no puede erigirse en norma, especialmente si, además, conlleva consecuencias negativas para el bien común, entre ellas el debilitamiento de la actitud de defensa de la vida hacia los más débiles y el empobrecimiento del quehacer sanitario. Máxime cuando la exigencia de la ayuda a morir implica que los que la reclaman no están dispuestos a disponer fácticamente de ella por sí mismos o con ayuda de terceros, sino que pretenden que los profesionales sanitarios (en definitiva, el Estado) asuman la responsabilidad de procurarles la muerte (Albert, 2019: 19).

Los países en los que se permite la eutanasia establecen una despenalización, pero no crean un derecho. Si la despenalización comporta una excepción a la protección general de la vida, la creación de un derecho a la eutanasia se percibe como algo bueno, extensible, deseable. Por otra parte, una de las críticas más contundentes que, a mi juicio, merece la Proposición de Ley (PLORE) atañe a la laxitud con la que determina el *sujeto pasivo*: las personas con *padecimiento grave, crónico e imposibilitante*, expresión que hace referencia «[...] a una persona afectada por limitaciones que inciden directamente sobre su autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no pueda valerse por sí misma, así como sobre su capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para la misma, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico».

La eutanasia debería ceñirse única y exclusivamente a situaciones terminales<sup>18</sup>. Extenderla a otros supuestos en los que no hay una situación de proximidad con la muerte implica hundirnos en una inseguridad jurídica que puede abocar a la tan temida *pendiente resbaladiza* (Meier, 2020), como ya ocurre en Holanda. En este país, la aplicación de la eutanasia se ha extendido a personas con sufrimiento psíquico, con depresión, a quienes consideran que «están cansados de vivir», a personas con enfermedades asociadas a la vejez<sup>19</sup>, incluso a menores de 12 a 16 años con graves padecimientos, siempre que cuenten con el consentimiento de sus padres y, en virtud de la novedad introducida por el Protocolo

de Gröningen (que supone un claro desbordamiento del marco legal vigente), a «[...] los bebés con un pronóstico de calidad de vida muy pobre asociado a un sufrimiento continuo y sin esperanza de mejoría, con el consentimiento de los padres».

Además, esta inclusión de «personas con padecimiento crónico e imposibilitante» se va a constituir en un factor discriminatorio, como ya ha advertido el CERMI<sup>20</sup>, y hará mella en la lucha por la igualdad de los derechos de las personas con discapacidad, pues muchas de ellas tienen padecimiento crónico e imposibilitante, cuando precisamente lo que ha logrado la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006) es visibilizar su situación e incorporarlos como sujetos en igualdad de derechos a la sociedad. En su segunda revisión de la situación en España, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas formuló algunas recomendaciones, entre ellas «[...] velar por que no existan disposiciones que permitan la eutanasia por motivos de discapacidad, ya que tales disposiciones contribuyen a la estigmatización de la discapacidad, lo cual puede propiciar la discriminación». En este mismo sentido se ha pronunciado el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid<sup>21</sup>.

Mucho más problemático es el hecho de que se haya incluido el sufrimiento psíquico como justificación en estos casos de la eutanasia. Muchas veces este sufrimiento tiene su origen en trastornos psiquiátricos que, por regla general, pueden ser tratados. No son pocos los psiquiatras que se han pronunciado al respecto y han advertido al legislador de los riesgos de esta ley para los pacientes con trastorno mental (Alacreu-Crespo, Giner y Courtet, 2021).

Por lo que respecta a la acción, es importante determinar quién es el *sujeto activo* que la realiza. La equiparación de dos situaciones distintas —la eutanasia y la ayuda al suicidio— que realizó la Proposición de Ley no se compadece con la doctrina jurídica más rigurosa. La cuestión de quién es el autor de la muerte es sustancial, no accidental. En términos jurídicos, son muy diferentes el supuesto en el que es el propio paciente el que se administra una dosis letal (aunque esta se la haya proporcionado un profesional sanitario) y aquel otro en el que es el propio médico el que le inyecta dicha sustancia. Es muy diferente cooperar con actos necesarios al suicidio que ejecutar la muerte directamente (Tomás-Valiente, 2005: 17).

En este sentido, la Proposición de Ley estableció que fuera el médico el lleve a cabo la prestación de ayuda para morir. Sin embargo, no se ha fomentado ni el debate ni el consenso necesario con los profesionales sanitarios que deben aplicar la eutanasia. De hecho, la Organización Médica Colegial de España se opuso a esta regulación en un pronunciamiento público del 21 de mayo de 2018 en el que solicitó al Gobierno la aprobación de una ley general de cuidados que garantice el acceso universal y equitativo a los cuidados paliativos de calidad en el Sistema Nacional de Salud y la regulación del derecho a la sedación paliativa en la agonía. Este mismo organismo volvió a pronunciarse oficialmente el 18 de diciembre de 2020, expresó su honda preocupación ante la aprobación de esta ley y anunció que activaría todos los mecanismos necesarios en defensa de la profesión médica, el ejercicio de la medicina, los valores del profesionalismo médico y la relación entre médi-

co y paciente. Además, denunció la falta de comparecencia oficial en el trámite de debate de la norma, algo verdaderamente incomprensible cuando se trata de una ley que afecta a la profesión médica de una forma tan determinante<sup>22</sup>.

En los Colegios de Médicos de Madrid, Las Palmas y Tarragona se realizó una encuesta sobre la eutanasia en octubre de 2019. La mayoría de los colegiados respondieron afirmativamente (el 69.2 % en el caso de Madrid<sup>23</sup>, si bien solo participaron en la encuesta 1044 de los 46.000 colegiados), pero la pregunta era esta: «¿Crees que en España debería regularse la eutanasia por ley?». Es decir, no se preguntaba a los médicos si estaban a favor de la eutanasia, sino únicamente si la misma debería regularse por ley —la regulación, es claro, puede adoptar modalidades muy distintas—. Efectivamente, los médicos prefieren que esté regulada por ley para que ellos tengan más seguridad jurídica a la hora de actuar, pero eso no significa que estén a favor de un «derecho a la eutanasia», pues la pregunta nada decía acerca del contenido de la regulación.

La Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL) y la Asociación Española de Enfermería en Cuidados Paliativos (AECPAL)<sup>24</sup> estiman que el concepto de «dignidad» en los procesos de enfermedad avanzada o final de vida es mucho más amplio y complejo que la elección del momento de la muerte. No consideran que la eutanasia sea un acto médico. En España, donde cada ocho minutos fallece una persona en situación de dependencia sin recibir las ayudas que tiene reconocidas, según datos recientes del Observatorio Estatal para la Dependencia de la Asociación de Directores y Gerentes en Servicios Sociales<sup>25</sup>, no se puede zanjar la cuestión recurriendo a la eutanasia. Y es que, según los datos del último «Informe de la situación de los cuidados paliativos en nuestro país», el 50 % de las personas enfermas en España no tienen acceso a estos cuidados<sup>26</sup>.

En este mismo sentido, la Sociedad Española de Enfermería de Gerontología y Geriátrica (SEEGG)<sup>27</sup> considera que esta norma que se va a tramitar aborda el sufrimiento extremo de aquellas personas que prefieren dar por finalizada su vida y, en cambio, obvia el de aquellos ciudadanos que en esta etapa solicitan vivir dignamente y con el mayor apoyo posible para paliar ese sufrimiento.

No existirá nunca el libre derecho a decidir ni se dignificará el proceso de la muerte mientras las personas que sufren al final de su vida no tengan a su disposición todas las opciones posibles. En nuestro país los cuidados paliativos son un derecho, pero no una realidad, para todos los ciudadanos que los necesitan.

También la Asociación Médica Mundial, en su Declaración sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio del 21 de octubre de 2019, firmada en Georgia, se opone firmemente a la eutanasia y a la ayuda al suicidio con intervención médica<sup>28</sup>.

Pero tampoco se consultó al Comité de Bioética de España —cuya función es, precisamente, informar sobre las cuestiones éticas y jurídicas que se plantean en la biomedicina—, que tuvo que actuar de oficio publicando su «Informe 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», de 30 de septiembre de 2020, texto que afirmaba claramente que no se puede hablar de un «derecho a la eutanasia».

La posterior aprobación de la LORE ha carecido de un trámite que es imprescindible en la de todas las leyes, particularmente cuando se trata de una ley orgánica: la comparecencia suficientemente representativa e integradora de las distintas posiciones sobre la materia en la Comisión de Estudio de ambas Cámaras. En una sociedad crítica y responsable no valen apaños y simulacros, especialmente si queremos configurar de verdad una democracia deliberativa en la que es exigible que todos los afectados tengan voz en las cuestiones que configuran la agenda pública.

En cuanto a los requisitos exigidos para que el paciente emita su voluntad, el solicitante debe dejar constancia de la misma en documento escrito y firmado. Ahora bien, se establece la excepción de que «en caso de hallarse impedido físicamente, una persona mayor de edad podría hacerlo por él». ¿Quién lo va a hacer por él? ¿El cuidador, el familiar, el médico? ¿Acaso el legislador ha tomado en consideración las situaciones reales de vulnerabilidad y de influenciabilidad en la que se encuentran estas personas? ¿No habrá una excesiva presión sobre el paciente en estos momentos, máxime si se establece que alguien pueda firmar por él?

Pero es que, además, el artículo 5.2 *in fine* habla de la «situación de incapacidad de hecho» del paciente, que se puede apreciar por un facultativo o por varios especialistas. Esta previsión no tiene precedentes en el Derecho civil español, dado que la incapacidad es siempre *de iure* y solo se puede ser declarada en un procedimiento contradictorio con intervención del forense y del fiscal. En particular, plantea un problema de interpretación y aplicación el artículo 9 en relación con el artículo 5.2 de la LORE —que regula del procedimiento a seguir cuando se aprecie si existe incapacidad de hecho permanente certificada por un médico—; en tal caso, el médico responsable está obligado *ex art. 9* a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente del paciente. Pero en el proceso de presentación de enmiendas tal previsión se ha llevado hasta el punto de contemplar la posibilidad que el médico puede iniciar de hecho el proceso de la eutanasia basándose únicamente en el documento de instrucciones previas. Así, el art. 6.4 *in fine* dispone: «[...] En caso de que no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico responsable podrá presentar la solicitud de eutanasia [...]». Al final, el principio de autonomía del paciente queda reducido a lo que en su día este expresó en el documento de instrucciones previas, pero se materializará por un tercero, en este caso el médico. El problema es que en la emisión de esas instrucciones previas deberían exigirse los mismos requisitos que los que se estipulan para la manifestación de la voluntad de solicitar y recibir la llamada prestación de ayuda para morir establecidos en los artículos 4 y 5 de la ley. Por otra parte, tampoco se establece el plazo de vigencia de esos documentos de instrucciones previas, omisión que obvia la gran diferencia que existe entre tomar una decisión cuando no se padece ni se ha diagnosticado la enfermedad y hacerlo cuando ya se está afectado por ella.

El procedimiento para llevar a cabo la «prestación de ayuda a morir», como eufemísticamente se denomina a la eutanasia en la LORE, consiste en que el médico abre un proceso deliberativo con el paciente sobre su diagnóstico, las posibilidades terapéuticas y los resultados esperables, y los eventuales cuidados paliativos. El médico debe comprobar

que la solicitud es voluntaria, que ha sido formulada sin coacciones externas y que se encuentra en algunas de las dos situaciones contempladas en esta misma ley, y también podrá informar de la petición a los familiares o allegados si así lo requiere el enfermo. Asimismo, deberá consultar a otro facultativo competente en el ámbito de las patologías padecidas y este deberá corroborar el cumplimiento de las condiciones establecidas en la ley en el plazo de 10 días, a cuyo efecto redactará un informe que pasará a formar parte de la historia clínica. A partir de aquí, el médico debe asegurarse que han pasado 15 días naturales entre el día en que se solicitó la ayuda y el día en el que se le presta. En este periodo, el *médico responsable* deberá consultar con el *médico consultor* para corroborar que se cumplen los requisitos. Una vez haya constatado que se cumplen los requisitos, el médico responsable lo pondrá en conocimiento del presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación, que en el plazo máximo de tres días hábiles deberá realizar el control previo. Ésta designará a dos miembros de la Comisión —un profesional médico y un jurista— para que verifiquen si se cumplen o no los requisitos.

Los plazos establecidos en la LORE constituyen garantías para asegurar la decisión autónoma del paciente, pero sorprende que la ley prevea una flexibilización de ese plazo (puede considerarse un plazo más reducido) al albur de la interpretación del médico. En este sentido, el art. 5.1 c) *in fine* dispone: «Si el médico responsable considera que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, podrá aceptar cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica». Si eso se hace así, ¿dónde quedan todos los procesos de deliberación e información que el médico debe realizar con el paciente con el fin de aclarar cualquier duda durante esos 15 días, tal y como establece en el art. 8? Pero es que, además, esa voluntad expresada por el solicitante puede sustituirse por lo que el mismo haya suscrito con anterioridad en el documento de instrucciones previas o equivalente (art. 5.2) y, como ya he advertido anteriormente, el propio médico puede incoar el procedimiento de eutanasia de oficio si no hubiera ninguna persona que lo hiciera (*sic*).

El art. 6 se establece que la petición de ayuda a morir debe hacerse por escrito en un documento fechado y firmado por el paciente para dejar constancia de la voluntad inequívoca y del momento en que se solicita. Sin embargo, los párrafos siguientes prevén la posibilidad de atenuar estos requisitos si, debido «[...] a la posible situación personal o condición de salud del paciente que no le fuera posible fechar y firmar el documento [...]», hasta el punto que el art. 6.1 *in fine* llega a habilitar a «[...] otra persona mayor de edad y plenamente capaz para fecharlo y firmarlo», persona que indicará que «[...] quien demanda la prestación de ayuda para morir no se encuentra en condiciones de firmar el documento e indicar las razones». Y el art. 6.2 añade: «El documento deberá firmarse en presencia de un profesional sanitario que lo rubricará. Si no es el médico responsable, lo entregará a este. El escrito deberá incorporarse a la historia clínica del paciente». Pero, ¿qué persona es la que firma el documento que legitima la decisión de realizar la eutanasia? Aunque lo firme ante el médico (que ni siquiera es el médico responsable ni el médico consultor), ¿qué garantías hay de que la persona que lo firma sustituye realmente a la voluntad

del que lo pide? ¿Se habrá percatado el legislador de las situaciones reales de vulnerabilidad y deterioro del paciente, así como de los intereses que pueden estar en juego a la hora de contemplar semejante dejación de garantías en la expresión de su voluntad? ¿No se produce una excesiva relajación de los requisitos de solicitud de la eutanasia al permitir la firma de la misma a familiares, allegados o cuidadores? Esta previsión abre las puertas a situaciones de grave inseguridad jurídica en la determinación del principal argumento que justifica la validez de la eutanasia, a saber, que esta es el resultado de la voluntad del paciente. Al final, se deja en manos de «otra persona» que le acompañe la firma del documento de voluntades anticipadas para solicitar la eutanasia.

La nueva regulación va a generar muchos problemas de interpretación no solo entre los médicos, sino también respecto a las familias. Me parece que esta flexibilización de los requisitos de la solicitud de la eutanasia conducirá sin duda a abusos no deseables, que pueden ser evitados si se restringen los requisitos de la petición únicamente al paciente que la solicite. Este relajamiento de los requisitos ha sido cuestionado no solo por los expertos en bioética, sino también por la ONU, dado que no garantiza los derechos de los pacientes y permite la influencia de terceros en el proceso. Por ello, conviene tener en cuenta esa experiencia, pues en ocasiones son los problemas de aplicación práctica los que pueden llevar a que la ley no logre alcanzar los objetivos que propone.

Otro factor de inseguridad jurídica —y de falta de transparencia— es la posibilidad de que la eutanasia se realice en el domicilio (art. 14), además de en los centros públicos, privados y concertados. Me parece muy grave que, para preservar la intimidad del paciente y garantizar el cobro de los seguros de vida que hubiera suscrito, se considere legalmente como muerte natural a la muerte por eutanasia. Esta calificación va a dificultar enormemente el seguimiento de la aplicación de la ley, su evaluación *ex post*, como exige el Derecho comunitario, aparte de otras consideraciones que exceden los propósitos de este trabajo.

## 5. REFLEXIONES IN FINE

Es evidente que estamos ante un tema muy complejo que no puede resolverse con un sí o con un no rotundos. Hay que huir de las ideologías para dar una respuesta a un a cuestiones tan personalísimas e íntimas como el momento de la muerte, la vivencia del dolor y de la enfermedad.

Si tuviera que hacer una propuesta, diría que el debate sobre la eutanasia versa sobre la humanización de la muerte en una sociedad en la que la tecnología, la hospitalización, la soledad, la crisis sanitaria y económica postcovid y el aumento de la expectativa de vida nos coloca en situaciones nuevas con respecto a otras épocas, trances en los que la persona debe poder anticipar ese momento y pensar cómo y dónde quiere morir.

Ante el problema del significado de la expresión «morir con dignidad» y ante las soluciones doctrinales, legislativas, jurisprudenciales, médicas, asistenciales, políticas que tratan de preservar esa dignidad en el final de la vida, creo que es necesario poner de manifiesto

que esa dignidad se hará realidad concienciando a cada individuo de su derecho a decidir responsablemente sobre los tratamientos que se le apliquen, a rechazarlos, a solicitar el alta voluntaria y a morir en su domicilio, eso sí, con cuidados paliativos. Los médicos también deben concienciarse de que tienen ante sí a una persona y no simplemente una patología, y que la no curación no supone ninguna frustración, dado que queda el camino del alivio, una tarea igualmente profesional. Los juristas debemos proponer medidas e infraestructuras para que se incorporen a los hospitales sistemas eficaces de cuidados paliativos y vías alternativas que mejoren la comunicación entre el médico y el paciente, que se dignifique la vida en su tramo final —eso es lo que significa la eutanasia: una buena muerte—. Una sociedad progresista es la que construye una colectividad del cuidado (Garrau, 2018: 66), valora a los más frágiles y otorga recursos públicos asistenciales y cuidados hasta el final de la vida.

Esta cuestión pertenece a la franja fronteriza del sentimiento de lo humano, un terreno atravesado por dimensiones constitutivas como lo personal, lo social, lo sanitario, lo jurídico, lo cultural, lo político, lo filosófico y lo religioso. Se trata de un asunto de tal calado y complejidad que nos demanda máximos de criticismo racional, humanidad y responsabilidad ética y jurídica. Y, sobre todo —y para nosotros constituye la base de cuanto hemos afirmado—, es cuestión de afectividad, comprendida aquí como mismidad, subjetividad, sentimiento, dinamismo del conocimiento más real y sustantivo. De lo contrario, estaríamos absolutizando fragmentariedades. Estas postulan una ultimidad del yo, una dignidad última de la vida como singularidad personalísima, intransferible y única en relación e integración de lo plural y social.

## NOTAS

1. Concuerda con lo que dice el documento «Atención Médica al final de la vida: conceptos y definiciones», elaborado por el Grupo de Trabajo de la Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos (abril 2015). Disponible en: <[https://www.cgcom.es/sites/default/files/conceptos\\_definiciones\\_al\\_final\\_de\\_la\\_vida/files/assets/common/downloads/Atenci.pdf](https://www.cgcom.es/sites/default/files/conceptos_definiciones_al_final_de_la_vida/files/assets/common/downloads/Atenci.pdf)>. [Consulta: 29/01/2021.]
2. Para profundizar más, *vid.* Marcos del Cano (1999: 65-67).
3. *Vid.* el estudio exhaustivo sobre la normativa internacional en Marcos y De la Torre (2020).
4. Ley de comprobación de terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio y de modificación del Código Penal y de la Ley reguladora de los funerales de 28 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 1 de abril de 2002.
5. Concretamente, el 20 de septiembre de 2002. Dicha ley está publicada en el *Moniteur Belge* de 22 de junio de 2002, pp. 28515-28520.
6. Ley de 16 de marzo de 2009, sobre la eutanasia y el suicidio asistido, que convirtió a Luxemburgo en el tercer país de la Unión Europea en legalizar la eutanasia, tras Holanda y Bélgica. Disponible en: <<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2009/03/16/n2/jo>>. [Consulta: 19/11/2020.]

7. Este modelo se ha implementado en los mismos términos en Washington, Vermont, California, Columbia y Hawái.

8. En 1996, la Asamblea Legislativa del territorio Norte de Australia despenalizó la eutanasia y el suicidio asistido, pero en 1997 el Senado anuló la ley anterior.

9. *Vid.*, al respecto, <<https://elpais.com/sociedad/2020-10-30/nueva-zelanda-se-convierte-en-el-primero-pais-que-legaliza-la-eutanasia-en-referendo.html>>. [Consulta: 19/11/2020.]

10. Disponible en: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=242>>. [Consulta: 19/11/2020.]

11. Disponible en: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-012.html?fbclid=IwAR1mgUGQicW\\_-UjjJuJjuT4sDmqUI2i8xvKvN7A-20QvYRupGSlMwi1a2Mpc](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-012.html?fbclid=IwAR1mgUGQicW_-UjjJuJjuT4sDmqUI2i8xvKvN7A-20QvYRupGSlMwi1a2Mpc)>. [Consulta: 08/01/2021.]

12. *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional nº 242, de 25 de septiembre de 2019.

13. Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Disponible en: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/03/24/3>>. [Consulta: 13/04/2021.]

14. *Vid.* STC 120/1990, de 27 de junio, que resuelve el recurso de amparo presentado por los reclusos en huelga de hambre, concretamente el FJ 7, en el que el Tribunal Constitucional declaró que el derecho a la vida «[...] tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho».

15. *Vid.* art. 143.4 del Código Penal de 1995.

16. Su reflexión está disponible en: <<https://youtu.be/NRMRpqBSKNw>>. [Consulta 08/01/2021.]

17. Informe del Comité de Bioética de España, 30 de septiembre de 2020. Disponible en: <<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf>>. [Consulta 08/01/2021.]

18. En este sentido, también se recoge en el Documento de “Atención Médica al final de la vida: conceptos y definiciones”, elaborado por el Grupo de trabajo “Atención médica al final de la vida”, de la Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos (abril 2015). Disponible en: <[https://www.cgcom.es/sites/default/files/GT\\_atencion\\_medica\\_final\\_vida/#8](https://www.cgcom.es/sites/default/files/GT_atencion_medica_final_vida/#8)>. [Consulta: 26/01/2021.]

19. Disponible en: <<https://english.euthanasiecommissie.nl/the-committees/documents/publications/annual-reports/2002/annual-reports/annual-reports>>. [Consulta: 08/01/2021.] Concretamente, en su página 15 afirma: «[...] también una acumulación de enfermedades propias de la vejez (como alteraciones visuales (enfermedades de la vista), alteraciones auditivas, osteoporosis (descalcificación ósea), artrosis (desgaste), problemas de equilibrio, deterioro cognitivo (problemas de memoria y conocimiento)) puede causar un sufrimiento insoportable y sin perspectivas de mejora».

20. Disponible en: <<https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-reclama-al-congreso-que-garantice-que-la-ley-de-eutanasia-sea>>. [Consulta: 03/01/2021.]

21. Disponible en: <[http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_derechos\\_humanos/sala\\_prensa/comunicados\\_de\\_prensa/posicionamiento-idhpb-ley-de-eutanasia.pdf](http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/sala_prensa/comunicados_de_prensa/posicionamiento-idhpb-ley-de-eutanasia.pdf)>. [Consulta: 30/01/2021.]
22. *Vid.* <[https://www.cgcom.es/sites/default/files//u183/np\\_ley\\_eutanasia\\_cgcom\\_18\\_12\\_2020.pdf](https://www.cgcom.es/sites/default/files//u183/np_ley_eutanasia_cgcom_18_12_2020.pdf)>. [Consulta: 08/01/2021.]
23. *Vid.* <<file:///C:/Users/Ana/Downloads/Resultados%20encuesta%20Colegio%20de%20M%C3%A9dicos%20de%20Madrid.pdf>>. [Consulta: 08/01/2021.]
24. Su comunicado sobre la Proposición de Ley está disponible en: <<https://www.secpal.com/Comunicado-de-SECPAL-y-AECPAL-sobre-la-Proposicion-de-Ley-Organica-de-Regulacion-de-la-Eutanasia>>. [Consulta: 08/01/2021.]
25. Disponible en: <Prensa (directoressociales.com)>. [Consulta: 08/01/2021.]
26. «Informe de la situación actual de los cuidados paliativos en España». Disponible en: <<http://www.caib.es/sacmicrofront/archivopub.do?ctrl=MCRST3145ZI178957&cid=178957>>. [Consulta: 19/11/2020.]
27. Su comunicado está disponible en: <<http://seegg.es/2020/12/19/posicionamiento-de-la-seegg-sobre-la-propuesta-de-ley-sobre-la-despenalizacion-de-la-eutanasia/>>. [Consulta: 08/01/2021.]
28. Disponible en: <<https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-sobre-la-eutanasia-y-suicidio-con-ayuda-medica/>>. [Consulta: 08/01/2021.]

## BIBLIOGRAFÍA

- ALACREU-CRESPO, Adrián, Lucas GINER y Philippe COURTET (2021): «¿Los pacientes psiquiátricos son más vulnerables ante la ley de la eutanasia española?», *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, en pruebas, 24/01/2021, DOI: 10.1016/j.rpsm.2021.01.003.
- ALBERT, Marta (2019): «Nota del editor invitado: legalización de la eutanasia: lo que está en juego», *Cuadernos de Bioética*, 30, 19-21.
- ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, Salvador (2021): «Proposición de Ley de Eutanasia (II): ¿cuándo se puede pedir la eutanasia?», [en línea] <<https://hayderecho.expansion.com/2021/01/05/proposicion-de-ley-de-eutanasia-ii-cuando-se-puede-pedir-la-eutanasia/>>. [Consulta: 08/01/2021.]
- BUENO, Gustavo (1996): *El sentido de la vida*, Oviedo: Pentalfa ediciones.
- DE LUCAS, Javier (2020): *Decir no. El imperativo de la desobediencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERRAJOLI, Luigi (2004): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- GARRAU, Marie (2018): *Politiques de vulnérabilité*, Paris: CNRS Editions.
- HART, Herbert L.A. (1963): *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- KUBLER-ROSS, Elisabeth (2007): *Sobre la muerte y los moribundos*, Madrid: De Bolsillo Clave.
- MARCOS DEL CANO, Ana María (1999): *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid: Marcial Pons-UNED.
- MARCOS, Ana María y Francisco Javier DE LA TORRE (eds.) (2020): *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Madrid: Dykinson.
- MEIER, Diane E. (2020): «The Treatment of Patients With Unbearable Suffering—The Slippery Slope Is Real», *JAMA Intern Med.* Published online December 07. DOI:10.1001/jamainternmed.2020.6884 [Consulta: 08/01/2021.]
- RACHELS, James (1986): *The end of life. Euthanasia and Morality*, Oxford: Oxford University Press.

REY, Fernando (2008): «El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en perspectiva comparada. Garantías de procedimiento a tener en cuenta ante su eventual despenalización en España», *Revista de Derecho Político*, 71-72, 439-477.

– (2020) «El suicidio asistido en Italia: ¿un nuevo derecho?», *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, 457-483.

RIQUELME, Pablo (2020): «Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania», *Revista de Derecho Político*, 109, septiembre-diciembre, 295-325.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (1993). «Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)», *Revista del centro de estudios Constitucionales*, 14, 135-165.

SANDEL, Michael (1998): *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge: Cambridge University Press.

SIMÓN, Pablo y Inés M. BARRIO (2012): «La eutanasia en Bélgica», *Revista Española de Salud Pública*, 86, 5-19.

STUART MILL, John (1965): *Libertad, gobierno representativo, esclavitud femenina*, Madrid: Tecnos.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen (2005): *Posibilidades de regulación de la eutanasia solicitada*, Documento de Trabajo núm. 71, Fundación Alternativas.

**Fecha de recepción: 1 de febrero de 2021.**

**Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2021.**

# AVANZANDO EN DERECHOS. POR FIN LEY DE EUTANASIA ADVANCING IN RIGHTS. AT LAST, AN ACT ON EUTHANASIA

*Carlos Barra Galán*

*Médico especialista jubilado*

## RESUMEN

El Congreso aprobó el 17 de diciembre de 2020 la Proposición de Ley de regulación de la eutanasia. Como antecedentes históricos, cabe destacar la resolución de la Asamblea General de la ONU que aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, la Constitución Española de 1978 y, más recientemente, la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El caso del Hospital Severo Ochoa, en el que se intentaba garantizar la atención en la fase final de la vida, puso de manifiesto la necesidad de regularización de una muerte digna. Diferentes CCAA promulgaron leyes de derechos y garantías en ese sentido, conocidas como leyes de muerte digna. Encuestas realizadas en los últimos años mostraron que la voluntad de los ciudadanos está a favor de la regulación de la eutanasia. Cuidados paliativos y eutanasia no son conceptos opuestos ni opciones alternativas.

## PALABRAS CLAVE

Eutanasia, autonomía del paciente, final de la vida, muerte digna, cuidados paliativos.

## ABSTRACT

On December 17th, 2020, Spanish Congress approved the proposed law to regulate euthanasia. The following references serves as historical antecedents: resolution of the UN General Assembly that approved the Universal Declaration of Human Rights in 1948, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, the Spanish Constitution of 1978. More recently, the Basic Law regulating patient autonomy and rights and obligations of 2002. The case of the Severo Ochoa Hospital, which tried to guarantee care in the final phase of life, highlighted the need to regularize a dignified death. Different Autonomous Communities (CCAA) enacted laws of rights and guarantees in this sense, known as laws of dignified death. Surveys carried out in recent years showed that the citizens' will is favorable towards regulation of euthanasia. Palliative care and euthanasia are not opposed concepts nor they are alternative options.

## KEY WORDS

Euthanasia, patient autonomy, end of life, dignified death, palliative care.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.007](https://doi.org/10.36151/td.2021.007)

# AVANZANDO EN DERECHOS. POR FIN LEY DE EUTANASIA

Carlos Barra Galán

Médico especialista jubilado

**Sumario:** 1. Antecedentes históricos. 2. Posicionamiento de la sociedad española y de los profesionales. 3. Posicionamiento de las formaciones políticas. 4. Posicionamiento de la Iglesia católica. 5. Posicionamiento de algunas entidades y organizaciones profesionales.

Antes de comenzar mi exposición, creo oportuno indicar que, cuando se me propuso participar con un texto en un monográfico sobre la eutanasia y la Proposición de Ley en tramitación, expresé mi agradecimiento por la invitación, y que, una vez conocido el perfil de la publicación y la identidad de los participantes, sentí cierto desasosiego, pues no soy experto en bioética ni erudito del Derecho.

He sido profesional de la medicina en activo durante cuatro décadas. Casi tres de ellas las he dedicado a la medicina asistencial hospitalaria y durante el tiempo restante he ocupado puestos de responsabilidad en diversas instituciones del Sistema Nacional de Salud. En consecuencia, lo que puedo aportar en relación con el proceso del final de la vida y el respeto a la dignidad, autonomía y libertad de las personas en ese trance es la experiencia acumulada como médico, la adquirida como miembro de la Asociación Derecho a Morir Dignamente (DMD), donde llegué de la mano de mi amigo el doctor Luis Montes, así como mis firmes convicciones en la consecución de una democracia en la que las libertades estén garantizadas y el respeto a la dignidad de las personas constituya una de sus señas de identidad.

Comienzo a escribir este texto semanas después que el Pleno del Congreso de los Diputados del pasado día 17 de diciembre aprobara por amplia mayoría (198 votos a favor) la Proposición de Ley de regulación de la eutanasia; la Proposición de Ley aprobada será después remitida al Senado, donde, a tenor de su composición actual, será votada favorablemente. Estamos, pues, muy cerca de que España incorpore a su ordenamiento jurídico un nuevo derecho: el de solicitar y recibir ayuda para morir en los términos establecidos en la ley; en pocos meses, será un hecho.

Soy consciente de que hay personas en nuestra sociedad —de hecho, me encuentro entre ellas— que, a pesar de la satisfacción por el paso dado, pensamos que este debería

haber llegado antes; asimismo, sé que otras personas piensan que este nuevo derecho nunca debería reconocerse; ello es lógico en una sociedad democrática y plural, aunque creo que es pertinente establecer una diferenciación esencial entre ambas formas de afrontar la llegada inminente del nuevo derecho.

Quienes piensan que esta ley llega tarde fundamentan su postura en el hecho de que la demora en hacer realidad el derecho de las personas a pedir ayuda para morir ha comportado el intenso sufrimiento de muchas personas a las que la vida les resultaba insoportable y que, por ello, solicitaban ayuda para morir, pero no podían recibirla debido al grave reproche penal previsto para quien o quienes les ayudasen; se les imponía vivir por obligación, sin respetar sus valores, lo que en algunos casos les llevaba al suicidio en soledad, y ello podría haberse evitado.

Quienes, por el contrario, propugnan que el derecho a solicitar y recibir ayuda para morir no tiene que estar reconocido en nuestro ordenamiento jurídico defienden que el derecho a la vida y su protección tiene un carácter absoluto y, en consecuencia, no admiten que la persona tenga derecho a decidir cómo y cuándo morir. Tratan de imponer la vida no tanto como un derecho cuanto como una obligación para aquellos que no desean seguir viviendo porque estiman que las condiciones en que lo hacen atentan a su dignidad. Intentan, así, imponer sus valores y creencias al conjunto de la sociedad.

Enumeraré algunos elementos recogidos en el texto aprobado por el Congreso que considero relevantes. Se trata, en mi opinión, de un texto bien articulado y muy garantista —un rasgo que puede minimizar las posibles acciones orientadas a impedir su normal aplicación— que proporciona la adecuada seguridad jurídica a los profesionales que realicen la ayuda para morir y les garantiza el derecho a la objeción de conciencia y que establece un procedimiento de verificación previa y un control *a posteriori* mediante la constitución de una Comisión de Evaluación y Garantías en cada comunidad autónoma respetando el modelo territorial del Estado. La prestación se incorpora a la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y tienen derecho a recibirla todos los españoles, las personas con residencia legal en España y también quienes acrediten mediante certificado su empadronamiento en territorio español superior a 12 meses.

Una cuestión trascendental en el articulado de la ley era definir y determinar los procesos de enfermedad o padecimientos considerados como requisitos indispensables para permitir a quienes los padeciesen que solicitaran la eutanasia.

Es difícil ignorar que la eutanasia es una cuestión controvertida y que, por ello, su regulación debe llevarse a cabo mediante una norma que no propicie una fractura en el amplio respaldo social que concita su legalización, sino que permita incrementar aún más ese apoyo. En mi opinión, la enfermedad grave e incurable y el padecimiento grave, crónico e incapacitante, tal y como están definidos en el artículo tercero del texto, son los supuestos que actualmente generan un consenso más amplio en la sociedad española.

La sociedad se mueve, aparecen demandas sociales de nuevos derechos o de la ampliación del ámbito de los ya existentes y, en consecuencia, ninguna ley es inamovible.

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Dado que la inminencia de la aprobación de la ley de regulación de la eutanasia ha vuelto a poner en el candelero esta cuestión no tanto porque deba producirse ahora un debate que, en mi opinión, ya ha tenido lugar y ha concluido con un apoyo ampliamente mayoritario en la sociedad cuanto porque inevitablemente surgirán voces que traten de descalificar el texto propuesto, me parece necesario recordar que el respeto a la dignidad de las personas y la asunción de mayores cotas de libertad y autodeterminación en sus proyectos vitales constituyen importantes logros sociales que han ido plasmándose en declaraciones o leyes que garantizan su protección y ejercicio.

Haciendo un breve ejercicio de memoria histórica, cabe recordar que, tras la trágica experiencia de la primera mitad del siglo XX, en la que la Primera y la Segunda Guerras Mundiales asolaron una gran parte del planeta, la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas que aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) supuso el compromiso de los Estados miembros de asegurar el respeto a los derechos y libertades fundamentales; la dignidad se consideraba inherente a las personas y la libertad un derecho humano. Esta importante Declaración, así como el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), marcaron un rumbo que posteriormente quedaría reflejado en otras declaraciones, convenios y pactos transnacionales relativos a los derechos y las libertades fundamentales. En España, tras cuarenta años de dictadura de corte totalitario y una vez reinstaurada la democracia, la Constitución aprobada en 1978 reconoció esos derechos y libertades.

De modo paralelo al reconocimiento de derechos y libertades, también se han ido produciendo modificaciones en el vínculo de los pacientes con los sistemas de salud y sus profesionales, consolidándose así un marco relacional en el que las personas han asumido un papel progresivamente más activo y han podido ejercer en mayor medida su autonomía, tendencia reflejada en las declaraciones, convenios y leyes aprobados sobre la materia.

Merecen citarse, al respecto, la Consulta Europea sobre los Derechos de los Pacientes (1994), que marcó como objetivo definir los principios y establecer las estrategias para promover los derechos de los pacientes en los procesos de reforma de la atención sanitaria que se estaban llevando a cabo, principios que fueron incluidos en la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes adoptado el mismo año. El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (1997), del Consejo de Europa, supuso un avance muy importante, pues en momentos de grandes avances en los conocimientos médicos y tecnológicos, este instrumento establece que el interés y el bienestar del ser humano prevalecen sobre el interés exclusivo de la sociedad y la ciencia, protegiendo su dignidad e identidad y garantizando sin ningún tipo de discriminación el respeto a su integridad y sus demás derechos y libertades fundamentales en relación con las aplicaciones de la biología y la medicina; la Carta Europea de los derechos de los pacientes (2002) marcaría, años después, una referencia para su territorio.

En nuestro país la Ley General de Sanidad (1986) estableció en su articulado los derechos de los pacientes y, más tarde, la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (2002) supuso un avance trascendental en el reconocimiento de la autonomía de las personas durante las intervenciones que afectan a su estado de salud.

Posteriormente, la promulgación de leyes sobre derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso del final de la vida en bastantes comunidades autónomas —conocidas como leyes de muerte digna— supuso un robustecimiento del respeto a los derechos de los pacientes, entre ellos su dignidad, su integridad y su intimidad, el derecho a recibir información veraz sobre su situación, la exigencia de recabar su consentimiento ante cualquier actuación sobre su cuerpo, los derechos a registrar sus documentos de voluntades anticipadas (testamento vital), a tener la capacidad de decidir ante varias propuestas de intervención sobre su proceso, a rechazar tratamientos y a recibir cuidados paliativos, derechos, todos ellos, encaminados a facilitar y fortalecer el ejercicio de su autonomía como pacientes y a garantizar el respeto de sus derechos como persona.

La primacía otorgada al respeto de los derechos de las personas y la ampliación de sus niveles de autonomía y capacidad de decisión en su relación con el sistema de atención sanitaria y sus profesionales exigían también un cambio en la actuación de estos, toda vez que durante muchos años habían ejercido su labor en un marco desequilibrado y asimétrico de relación con los pacientes caracterizado por la manifiesta preeminencia de sus decisiones sobre cuestiones que afectaban al cuerpo y la vida de los mismos, que mantenían una actitud pasiva y de aceptación acrítica ante aspectos trascendentales que les afectaban directamente. Esos cambios obligados y, sin duda, positivos en la relación con los pacientes no eran fáciles de asumir para los médicos; de hecho, en mi experiencia constaté que, aunque se habían dado pasos importantes para el establecimiento de una relación entre médico y paciente más acorde con el respeto de los derechos y obligaciones de ambos, como luego expondré, aún queda camino por recorrer.

Asimismo, una vez promulgadas las leyes las Administraciones públicas deben facilitar su difusión de cara al conocimiento de las mismas tanto por la ciudadanía y como por los profesionales, que deberían recibir una formación adecuada al respecto; asimismo, deben garantizar la asignación de recursos suficientes para que puedan cumplirse y establecer mecanismos de evaluación para verificar su grado de cumplimiento.

A este respecto, me pareció muy interesante el informe del Defensor del Pueblo Andaluz (2017) sobre el grado de cumplimiento la Ley 2/2010, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, informe publicado siete años después de que fuera aprobada la ley andaluza, una norma pionera en nuestro país. En sus conclusiones, el informe valora la calidad técnica de la ley, y afirma que, en términos generales, los derechos se respetan y cumplen, aunque se advierten carencias, insuficiencias e inequidades que impiden afirmar que se garantizan plenamente a todas las personas en proceso de muerte y se respetan por igual en todo el territorio de la comunidad. Sería necesario que procedimientos de evaluación similares fueran realizados en todos aquellos territorios en los que, aunque han sido promulgadas leyes de muerte digna, no se conocen los resultados

de su puesta en marcha respecto a cuestiones esenciales como el nivel de cumplimiento de los derechos recogidos en los textos aprobados, el grado de conocimiento de su existencia por parte de la ciudadanía y los profesionales, los datos reales y fiables sobre las condiciones en que mueren las personas en nuestros hospitales y centros residenciales, y el cumplimiento por parte de las Administraciones públicas en la asignación de los recursos necesarios.

He participado en numerosos actos con ciudadanos y en no pocas reuniones con colegas y creo que puedo afirmar que el papel desempeñado hasta hoy por las instituciones públicas responsables es, en general, manifiestamente mejorable.

Considerando todo lo expuesto hasta aquí, puede sostenerse que los avances en el respeto a la dignidad de las personas y el ejercicio en libertad de su autonomía en todos los órdenes de su vida —también en su relación con los sistemas de salud y sus profesionales— han sido evidentes, aunque claramente insuficientes.

Dado que el motivo central de esta exposición es la eutanasia y su próxima legalización en nuestro país, es necesario recordar que los avances antes citados no permitían la plena libertad en el ejercicio de la autonomía personal.

La petición de ayuda para morir y la posibilidad de recibirla cuando el mantenimiento de la vida supusiera un dolor físico o psíquico insoportable sin posibilidad alguna de curación y en condiciones tales que, a juicio del paciente, atentaran contra su dignidad seguían siendo una pretensión moral legalmente no reconocida o, si se quiere, negada: lo impedía un Código Penal que establecía un grave sanción —la privación de libertad— a quienes hicieran efectiva esa ayuda y, en consecuencia, la dificultaba enormemente. La imposibilidad de conseguir ayuda para morir, para poder terminar una vida que no era tal, conducía a muchas personas a un suicidio en soledad, sin nadie que les acompañara en ese trance. Quisiera manifestar aquí mi profundo reconocimiento a todas aquellas personas que, encontrándose en situaciones en las que sus vidas les resultaban insoportablemente dolorosas y en condiciones que atentaban a su dignidad, testimoniaron públicamente su deseo de morir, pidieron ayuda para ello y, al no conseguirla, tuvieron que marcharse en situaciones que no deseaban; conocí personalmente a algunos de ellos y me conmovió observar que pedían ayuda para morir desde un sentimiento de profundo amor a la vida.

## 2. POSICIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA Y DE LOS PROFESIONALES

El añorado José Saramago decía: «Si no nos movemos hacia donde está el dolor y la indignación, si no nos movemos hacia donde están las propuestas, no estamos vivos, estamos muertos». Hace muchos años que, en la cuestión que abordamos aquí, la sociedad española está viva: ha contemplado el dolor que tantos testimonios públicos daban a conocer, ha sufrido en carne propia sufrimientos muy intensos e innecesarios en pacientes, familiares y amigos, ha conocido las posturas hipócritas e intolerantes de quienes, insensibles al dolor

de otros, intentaban imponer su moral y sus creencias, y ha expresado con claridad su contundente posición en favor de la promulgación de una ley de eutanasia.

El apoyo de la sociedad española a la regulación legal de la eutanasia ha ido aumentando desde hace más de dos décadas, y así lo atestiguan encuestas y sondeos de opinión realizados con rigor metodológico. Los datos del Centro de Investigaciones Sociológicas de 1988 mostraban que los ciudadanos preguntados sobre si un enfermo incurable tenía derecho a que los médicos le proporcionarse algún producto para poner fin a su vida respondían de manera afirmativa en un porcentaje del cincuenta y tres por ciento (53 %). En enero de 2008 finalizó la causa contra el doctor Luis Montes y sus colaboradores después de que la Audiencia Provincial de Madrid ratificara en un auto el archivo y sobreseimiento del caso y ordenara que se suprimiera cualquier referencia a la pretendida mala *praxis* en sus actuaciones. Una encuesta de Metroscopia mostraba que el setenta por ciento (70 %) de la ciudadanía apoyaba que un enfermo incurable tuviera derecho a recibir ayuda médica para poner fin a su vida sin dolor, apoyo se vería incrementado en diez puntos porcentuales en otra encuesta de la misma firma demoscópica realizada meses después (julio de 2008).

El estudio 2803 del CIS, de mayo de 2009, preguntaba a los encuestados si cada persona es dueña de su propia vida y de elegir cuándo y cómo morir, y las respuestas afirmativas superaron el setenta y siete por ciento (77 %); el estudio preguntaba asimismo si debía castigarse al médico que pusiera fin, sin dolor, a la vida de un paciente en la fase final de una enfermedad irreversible si este lo solicitara de manera reiterada y consciente, y la respuesta fue negativa en un porcentaje del setenta y cinco por ciento (75 %); en el caso de la pregunta sobre si creían que la eutanasia debía regularse por ley en nuestro país, la respuesta fue favorable en un porcentaje superior al setenta y tres por ciento (73 %). El sondeo realizado por Metroscopia en abril de 2019 mostró que un ochenta y siete por ciento (87 %) de encuestados está a favor de que un enfermo incurable tenga derecho a asistencia para poner fin a su vida sin dolor si así lo pide.

Por tanto, es un hecho constatable que la sociedad española ha apoyado cada vez con más fuerza la necesidad de regular por ley la eutanasia.

La futura promulgación como ley del texto aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados supondrá que, en esta materia, nuestro ordenamiento jurídico se hará eco del sentir ampliamente mayoritario de la ciudadanía y servirá para mejorar la calidad de nuestro sistema democrático, que avanza en derechos y libertades.

Teniendo en cuenta que el texto aprobado por el Congreso de los Diputados acoge en su articulado la inclusión de la prestación de ayuda para morir en la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y que los médicos tendrán un papel protagonista cuando este nuevo derecho se haga efectivo, es importante conocer la posición actual de estos profesionales sobre la eutanasia y su regulación por ley.

A este respecto, cabe señalar que en 2002 el Centro de Investigaciones Sociológicas publicó el estudio núm. 2451, titulado «Actitudes y opiniones de los médicos ante la eutanasia». El ámbito de la encuesta era nacional y la muestra fueron los médicos menores de 65 años; en la pregunta núm. 19 se les pedía su opinión sobre si debería cambiarse la

ley para permitir a los enfermos solicitar y recibir el suicidio asistido por un médico y/o la eutanasia activa: la respuesta afirmativa de un cuarenta y uno por ciento (41 %) se limitaba a los supuestos de enfermos terminales con las facultades mentales conservadas, mientras que más de un dieciocho por ciento (18.4 %) respondieron afirmativamente incluso en los casos de aquellos pacientes con las facultades mentales conservadas independientemente de que su enfermedad fuera terminal o crónica. En la pregunta núm. 25 se preguntaba si la experiencia personal con familiares o amigos enfermos habían cambiado su opinión sobre la aplicación de la eutanasia: más de un treinta por ciento (30.7 %) respondió afirmativamente, indicando que esa vivencia había influido en su opinión favorable a la eutanasia. En aquel entonces ya parecía existir una divergencia entre la posición taxativa de un código deontológico inamovible en este asunto, posición vigente incluso en nuestros días, y la opinión más plural de los profesionales.

Mucho más recientes son las encuestas realizadas entre sus colegiados —y con el mismo cuestionario— por los Colegios Oficiales de Madrid, Bizkaia, Las Palmas y Tarragona en 2019, encuestas en las que los resultados obtenidos fueron bastante homogéneos. En las cuatro provincias, los colegiados que fueron preguntados sobre si el debate sobre la eutanasia y el suicidio médicamente asistido debía dirimirse en el ámbito de toda la sociedad o solo en la esfera médico sanitaria, respondieron con porcentajes superiores al ochenta por ciento (80 %) que la cuestión debía sustanciarse en el ámbito de toda la sociedad; en la pregunta sobre si la eutanasia debía regularse por ley, las respuestas afirmativas eran ampliamente mayoritarias; también lo eran, pero con un porcentaje algo más reducido, las respuestas relativas al suicidio médicamente asistido; por lo que respecta a quién o quienes deberían aplicar la eutanasia, la respuesta mayoritaria era que solo los médicos deberían llevarla a cabo —los porcentajes eran notablemente inferiores cuando se planteaba si podría aplicarla cualquier profesional del campo de la medicina o la enfermería—.

También se preguntaba si los profesionales debían tener el derecho reconocido por la ley a negarse a realizar la prestación; las respuestas afirmativas eran ampliamente mayoritarias: preguntados si se acogerían a la objeción de conciencia, las respuestas afirmativas de los profesionales rondaron el treinta por ciento (30 %), salvo en el Colegio de Madrid, que se situaron en el treinta y ocho por ciento (38 %).

En mi opinión, los resultados de estas encuestas realizadas por cuatro colegios que representan aproximadamente el veinticinco por ciento (25 %) del total de colegiados en España muestran, si se las su compara con el estudio del CIS de 2002, una evolución positiva clara en defensa de la necesidad de regular por ley la eutanasia y reflejan la realidad actual sobre las tomas de postura del colectivo médico respecto a la eutanasia y el suicidio médicamente asistido; ello no es de extrañar, dado que los médicos formamos parte de la sociedad en que vivimos, no somos ajenos a sus problemas y reivindicaciones, podemos compartir el reconocimiento de nuevos derechos, somos y hemos sido un colectivo con opiniones plurales ante los problemas y demandas sociales y, en consecuencia, nadie puede arrogarse nuestra representatividad para imponer un punto de vista único ante cuestiones de indudable importancia para la sociedad.

Desde mi experiencia personal, creo que, a pesar del paternalismo y la supremacía de la posición del médico que históricamente ha caracterizado su relación con los pacientes, siempre encontré profesionales que establecían con ellos una relación respetuosa con su autonomía y su dignidad. Hace más de cuatro décadas, en mis primeros años de actividad en un gran hospital de la Comunidad de Madrid, compartí mi experiencia con compañeros que realizaban una *praxis* médica que respetaba la dignidad de los pacientes por encima de los recelos que esa forma de actuar pudiese generar: utilizaban sin miedo fármacos para controlar eficazmente el dolor y eliminarlo, sedaban pacientes cuando entendían era necesario y desconectaban respiradores en las Unidades de Cuidados Intensivos cuando no existía posibilidad alguna de recuperación, y todo ello lo hacían de común acuerdo con los enfermos o sus familiares; su forma de actuar ponía de manifiesto el humanismo que tiene que acompañar al quehacer médico.

Ese compromiso claro con el respeto a la dignidad de las personas en el tramo final de su vida lo mostraron, años después, un grupo de médicos que en el hospital Severo Ochoa de Leganés realizaban una *praxis* médica que intentaba garantizar que la atención en la fase final de la vida de los pacientes se realizara con el mayor respeto posible a su dignidad y sus valores; en marzo de 2005, y solo por ejercer de manera correcta su profesión, estos profesionales sufrieron un ataque brutal por parte del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, presidida por Esperanza Aguirre (hoy investigada por haber cometido presuntamente delitos de extrema gravedad); su consejero de Sanidad, Manuel Lamela (también investigado), utilizó una denuncia falsa que acusaba al doctor Luis Montes y sus colaboradores de haber cometido cerca de cuatrocientos homicidios, dio credibilidad a aquella acusación y judicializó el caso.

Finalmente, la justicia sentenció que la actuación de los médicos del Hospital Severo Ochoa había sido correcta, sin atisbo alguno de mala *praxis*. Conviene recordar que el Colegio de Médicos de Madrid fue cómplice del gobierno regional, ya que dejaron a sus colegiados —acusados de actuaciones muy graves— en una situación de completa indefensión.

Luis Montes y su equipo realizaban sedaciones paliativas en fase terminal con consentimientos informados firmados en todos y cada uno de los pacientes; garantizaban, además, el respeto a su intimidad habilitando en el servicio de urgencias espacios que hicieran posible la intimidad y el acompañamiento familiar en sus instantes finales.

Años después, en 2009, la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial de España determinó que la sedación en la agonía era una práctica correcta y el actual Código Deontológico de los médicos españoles recoge en su artículo 38.6 que la sedación paliativa en el enfermo en fase terminal es un tratamiento adecuado y obligado donde no tiene cabida la objeción de conciencia; ello demuestra que, en términos históricos, los criterios que determinan la buena *praxis* no son inamovibles.

Los responsables sanitarios deben garantizar que todo paciente que necesite ese procedimiento lo reciba, independientemente de quién sea el profesional responsable de su atención y del lugar donde se realice: en un centro sanitario o residencial, pero también en su domicilio. Desgraciadamente, esto no ocurre siempre, incluso en la actualidad. Hace poco

más de dos años me encontré directamente implicado en una de esas situaciones y para mí fue tremendamente desagradable tener que exigir a un colega que aplicase esa medida necesaria y ratificada como buena *praxis*.

A este respecto, el preámbulo de la Constitución Española establece en uno de sus párrafos que España proclama su voluntad de «Garantizar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»; sabemos que próximamente se va a aprobar la ley que regula y legaliza la eutanasia en determinados supuestos. Por su parte, el vigente Código Deontológico de los médicos españoles dispone en su artículo 38.5: «El médico nunca provocará ni colaborará intencionadamente en la muerte del paciente. No realizará eutanasia ni colaborará en la práctica del suicidio asistido». En mi opinión, la Organización Médica Colegial deberá modificar ese artículo, pues su permanencia en los términos en los que está redactado podría suponer para los médicos una taxativa prohibición que la futura ley no contempla si la eutanasia se realiza en las condiciones en ella establecidos.

Tengo la convicción de que, desde el comienzo de mi actividad profesional hasta la actualidad, y a pesar del caso del Hospital Severo Ochoa, que no solo agredió de manera brutal al doctor Luis Montes y sus más directos colaboradores, sino que sembró la inquietud en muchos profesionales que comenzaron a utilizar determinados fármacos con cautela e incluso con miedo, se ha ido produciendo una evolución lenta pero positiva en el posicionamiento de los médicos ante el proceso de morir de las personas y sus peticiones de ayuda para hacerlo. A ello han contribuido los cambios legislativos aprobados, que han proporcionado mayor seguridad jurídica; sin duda la Proposición que en breve tiempo será ley coadyuvará decisivamente a este objetivo.

### 3. POSICIONAMIENTO DE LAS FORMACIONES POLÍTICAS

Me parece oportuno reflexionar ahora sobre la posición que han mantenido los principales partidos políticos respecto a la posibilidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una ley de eutanasia. La primera formación política a la que me referiré será el Partido Socialista Obrero Español, partido en el que desde hacía años se debatía sobre la eutanasia y la posibilidad de presentar un proyecto o proposición de ley que afrontara la cuestión; lo cierto es que muchos militantes que consideraban oportuno impulsar esta iniciativa política no lograban reunir los apoyos necesarios para conseguirlo y las diferentes direcciones socialistas fueron reticentes a presentarla; hubo que esperar hasta mayo de 2018 para que el grupo socialista presentara una Proposición de Ley en este sentido. Pedro Sánchez era entonces el secretario general del partido y líder de la oposición, y Mariano Rajoy presidente en el último tramo de su Gobierno. Esta iniciativa no pudo seguir todo el proceso de tramitación a causa de los avatares políticos de aquellas fechas: una moción de censura que desalojó del poder al Partido Popular y dos elecciones generales posteriores.

La contundencia con que el PSOE ha materializado su promesa de promulgar una ley de eutanasia mediante la presentación de la Proposición en enero de 2020, así como el impulso dado a su tramitación y la excelente defensa del texto por parte de la ponente, la diputada y doctora María Luisa Carcedo, supone, en mi opinión, la adopción de una posición política coherente con la demanda de una amplia mayoría de sus militantes y votantes reflejada en encuestas o sondeos realizados desde hace años. En 2007, un sondeo de Metroscopia indicaba que, preguntados si creían que un enfermo incurable tenía derecho a pedir a los médicos que le proporcionasen algún producto para poner fin a su vida sin dolor, un noventa y uno por ciento (91 %) de los votantes potenciales del PSOE respondieron afirmativamente, y que en el sondeo que la misma empresa demoscópica realizó en 2019 ese porcentaje se elevaba al noventa y tres por ciento (93 %).

Bajo un Gobierno de coalición progresista con presencia mayoritaria del PSOE, nuestro país va a ser uno de los primeros en Europa en tener una ley de eutanasia, dando así continuidad al proceso de incorporación al ordenamiento de nuevos derechos ampliamente demandados por la sociedad, derechos que anteriormente se concretaron, entre otras, en las leyes del matrimonio entre parejas del mismo sexo y del aborto.

Junto al PSOE como partido más votado, Unidas Podemos forma parte del Gobierno de coalición. La postura de esta formación, absolutamente favorable a la eutanasia, era conocida. Tanto es así que en enero de 2017 presentó una Proposición de Ley Orgánica sobre la eutanasia que no fue admitida a trámite por el Pleno del Congreso al no conseguir los votos necesarios (mayoría absoluta). En aquella votación, el grupo parlamentario socialista se abstuvo, decisión que, a mi juicio, fue un error y así lo manifesté públicamente. Como miembro de la Ejecutiva Federal de AFDMD, defendí entonces esa proposición porque posibilitaba la apertura del proceso parlamentario hacia una ley de eutanasia que, con absoluta seguridad, habría mejorado sustancialmente si hubiese continuado su recorrido parlamentario.

Desde la restauración de la democracia, el Partido Popular ha representado en exclusiva y durante la mayor parte del periodo democrático el pensamiento conservador en nuestro país y ha llegado a ocupar la presidencia del Gobierno de España en dos periodos. Ha sido, por tanto, un actor político muy importante durante los años en los que había que consolidar la democracia e ir avanzando en derechos y libertades, a veces para homologarnos con nuestros vecinos europeos y otras incluso para establecer derechos que nos situaban a la cabeza en su reconocimiento. La historia muestra que el Partido Popular ha estado ausente en los procesos de avance en derechos y libertades y que siempre se ha opuesto a su reconocimiento: lo hizo con el divorcio, el aborto, el matrimonio entre parejas del mismo sexo y ahora lo ha hecho en la tramitación de la Proposición de Ley de la eutanasia.

Este posicionamiento político de la formación que actualmente es el principal partido de la oposición contrasta con la opinión que sus potenciales votantes han expresado al ser preguntados en varias encuestas. Así, en los sondeos realizados por Metroscopia en 2017 y 2019, un sesenta y cinco por ciento (65%) de potenciales votantes del Partido Popular respondieron afirmativamente a la pregunta de si las personas con una enfermedad incurable podían pedir a los médicos que les proporcionaran algún producto para poner fin a su vida

sin dolor. Lo lamentable es que la dirección del partido conoce perfectamente ese sentir de sus militantes y votantes y que, a pesar de ello, se opone a la consecución de este nuevo derecho que, una vez reconocido, no criticará cuando lo ejerzan sus militantes y votantes, como ya ha ocurrido con las leyes antes citadas, que también supusieron el reconocimiento de nuevos derechos.

No es bueno que, ante cuestiones importantes que generan un amplio consenso social, un partido de indudable importancia en el conjunto del Estado se quede aislado en un posicionamiento político solo compartido por la extrema derecha, pero lo más preocupante ha sido contemplar la absoluta falta de solidez de los argumentos esgrimidos para fundamentar su voto en contra tanto cuando presentaron la enmienda a la totalidad de la Proposición de Ley —que provocó el bochorno y la indignación de la amplia mayoría de portavoces de las restantes formaciones políticas parlamentarias— como en la intervención de su representante en el Pleno que aprobó el texto; su posición política inmovilista y totalmente alejada de la realidad social del país no es propia de una formación que pretende ser alternativa de gobierno.

Importantes y políticamente inteligentes han sido las posturas adoptadas por las demás formaciones que tradicionalmente se encuadran en el espectro político de centro y centro-derecha (C's, PNV, JuntsxCat, PRC y CC), que entendieron que la demanda social sobre este tema era muy amplia, que sus potenciales votantes y sus militantes estaban mayoritariamente a favor de la eutanasia y que, en consecuencia, lo procedente era apoyar la Proposición. Las restantes formaciones ubicadas en el espectro de la izquierda no plantearon duda alguna sobre su apoyo a la aprobación del texto.

#### 4. POSICIONAMIENTO DE LA IGLESIA CATÓLICA

A pesar de que la opinión de la sociedad sobre este asunto es, desde el inicio de la tramitación parlamentaria de esta Proposición de Ley ha sido evidente la oposición frontal a la misma de algunas instituciones y organizaciones profesionales. Ello es perfectamente normal en democracia, donde las libertades de conciencia y expresión son derechos fundamentales.

En mi opinión, la institución más importante que ha expresado su opinión contraria a la regulación por ley orgánica la eutanasia ha sido la Iglesia católica. A través de su máximo órgano jerárquico, la Conferencia Episcopal, en diciembre de 2020 emitió una extensa nota ante la aprobación en el Congreso de la Proposición de Ley. Ese texto contenía unas afirmaciones que me parecen francamente desacertadas, dado que provienen de una institución que representa al mundo católico —que, sin duda, es plural, como el resto de la sociedad—. Afirmar que con esta ley se produce «[...] un cambio en los fines del Estado: de defender la vida a ser responsable de la muerte infligida» es una afirmación muy grave y profundamente desleal con un Estado aconfesional que les proporciona un trato preferencial que, en mi opinión, debería corregirse; sostener, en la referida nota contra la ley de

eutanasia, que «[...] la muerte provocada no puede ser un atajo que nos permita ahorrar recursos humanos y económicos en los cuidados paliativos y el acompañamiento integral» es establecer un juicio de intención que no tiene ningún sustento; y aderezarlo, además, con el manido recurso a los cuidados paliativos no solo es oportunista, sino que trata de confundir a la ciudadanía.

Los obispos deberían saber que quienes defendemos la eutanasia, más aún si somos profesionales de la medicina, hemos exigido siempre que la universalidad de la asistencia sanitaria se extendiese también a los cuidados paliativos. Queremos, por tanto, cuidados paliativos de calidad para todos los ciudadanos, pues somos defensores de un sistema sanitario público de acceso universal y con todas las prestaciones.

Asimismo, no es cierto que la tramitación de la Proposición de Ley se haya realizado de forma sospechosamente acelerada, como indica la nota de los obispos. Olvidan que ya en 2018 se había presentado una Proposición de Ley con un texto muy similar y que solo las contingencias políticas de aquellas fechas (moción de censura, dos elecciones generales) impidieron que pudiese completarse el proceso legislativo. Por tanto, no se ha producido ningún apresuramiento ni tampoco ha habido improvisación en la presentación de la Proposición de Ley, y su tramitación hasta la aprobación por el Pleno del Congreso ha cumplido todos los pasos previstos.

Lo cierto es que la posición de la Iglesia como institución, expresada a través de sus órganos jerárquicos, es respetable y entendible, pues defiende la sacralidad de la vida y, por tanto, considera que las personas no son propietarias de sus vidas y les impide el ejercicio de su autonomía en libertad.

Al igual que el conjunto de la sociedad, también el colectivo de los católicos es plural. De hecho, cuando los católicos han sido preguntados sobre la eutanasia y la necesidad de su regulación, probablemente sus respuestas no han sido del agrado de la jerarquía de la Iglesia española. Así, según un sondeo de Metroscopia de 2017, un cincuenta y seis por ciento de los católicos practicantes (56%) respondían afirmativamente a la pregunta ¿cree usted que un enfermo incurable tiene derecho a que los médicos le proporcionen algún producto para poner fin a su vida sin dolor? El ochenta y cuatro por ciento (84 %) de los católicos poco practicantes respondieron afirmativamente, y en el caso de los no practicantes el porcentaje fue de un ochenta y ocho por ciento (88 %); el sondeo realizado en 2019 arrojaba aumento de entre 2 y 3 puntos porcentuales en cada uno de los grupos antes señalados. Es evidente que los posicionamientos de la jerarquía eclesiástica española no parecen coincidir mucho con la opinión de sus feligreses.

El comunicado emitido por la Coordinadora Estatal de Comunidades Cristianas Populares manifestando su satisfacción por la aprobación de la ley —que, para esta organización, representa un avance democrático de libertad y de afirmación de los derechos humanos— evidencia las diferentes sensibilidades existentes entre los creyentes respecto a la eutanasia y su regulación legal.

Asimismo, ha habido voces muy cualificadas en el mundo católico que llevan manifestando públicamente su apoyo a la eutanasia desde hace años. Una de esas voces es la

del sacerdote y teólogo Hans Küng, que en su libro *Una Muerte Feliz* sostiene: «Aplazar indefinidamente mi vida temporal no se corresponde con el arte de vivir ni con mi fe en una vida eterna. Llegada la hora, yo debo decidir responsablemente el momento y el modo de mi tránsito hacia la muerte», En ese mismo libro, Küng también explicitaba el momento en el que tomaría la decisión: «[...] la percepción de cualquier signo de una demencia incipiente».

Sería absurdo pensar que la Iglesia católica española se posicionaría a favor de una ley de eutanasia. No se puede pedir a nadie, tampoco a la Iglesia católica, que renuncie a sus principios y convicciones, pero sí es exigible que los desacuerdos incluso en temas de gran trascendencia —y este, sin duda, lo es— no pueden conducir a verter la acusación contra quien mantiene la posición contraria de que persigue fines execrables. Esta no es la forma de entablar debates en una sociedad democrática y sería muy deseable que la oposición de la Iglesia a la ley fuera menos ruidosa y más constructiva que la mantenida respecto al aborto y el matrimonio entre personas del mismo sexo. El abrumador y mayoritario apoyo social a la ley, incluso entre los creyentes católicos, y la experiencia de las confrontaciones perdidas tras las posiciones muy beligerantes que mantuvo contra el aborto y el matrimonio entre parejas del mismo sexo posiblemente hagan reflexionar a la jerarquía de esta institución.

## 5. POSICIONAMIENTO DE ALGUNAS ENTIDADES Y ORGANIZACIONES PROFESIONALES

Llegados a este punto, me parece oportuno realizar algunas consideraciones sobre una cuestión que se ha introducido reiteradamente estos últimos años al abordar la cuestión de la eutanasia y su posible regulación en un intento de ralentizar, o incluso de negar, la necesidad de aprobar una ley de eutanasia. Me refiero a la posición contraria a la eutanasia mantenida por algunos responsables de colegios médicos y por conocidos profesionales de los cuidados paliativos.

Estos sectores tratan de justificar su posición afirmando que, si se implementara un sistema de cuidados paliativos de calidad y de acceso universal, no se solicitaría la eutanasia, y que, por tanto, el proceso de regulación de la ayuda para morir debería posponerse hasta que se desarrollen esos cuidados paliativos de acceso universal y de calidad. En mi opinión, este argumento omite dos cuestiones. En primer lugar, no contempla el obligado respeto a la dignidad y autonomía de las personas que, aun si reciben cuidados paliativos de calidad —o, por el contrario, se niegan a recibirlos—, consideran que las condiciones en que continúan viviendo atentan a su dignidad y, en consecuencia, piden que exista un marco legal que les permita marcharse.

La segunda cuestión que ignoran es que, en contraste con lo que afirman, ha podido comprobarse que, aunque en determinado contexto existan unos buenos cuidados paliativos de acceso universal, ello no es óbice para que haya personas que soliciten la eutanasia.

Un claro ejemplo es Bélgica, país que comenzó a desarrollar los cuidados paliativos hace casi cuatro décadas y que actualmente dispone de unas prestaciones de este tipo de buena calidad, pero en el que, no obstante, se siguen registrando solicitudes de eutanasia, que se realizan bajo la cobertura de la ley aprobada en 2002.

Recientemente hemos conocido una declaración oficial contra la Proposición de Ley de eutanasia que firman conjuntamente los Colegios Profesionales de Médicos, Odontólogos y Estomatólogos, y Farmacéuticos de Madrid. A mi juicio, la declaración no aporta nada nuevo a los argumentos ya expuestos en otras ocasiones, contiene alguna afirmación de extrema gravedad y otras aseveraciones inexactas.

Plantear hoy que los españoles —que han expresado un apoyo ampliamente mayoritario a la promulgación de la ley— han sido confundidos por la presión de los medios es simplemente una idiotez. Recurrir de nuevo a la teoría de la pendiente resbaladiza para oponerse a la futura ley e ignorar, al mismo tiempo, que en los países donde la eutanasia es legal desde hace dos décadas los datos muestran que no se han producido abusos es un argumento poco consistente. Utilizar una vez más los cuidados paliativos y sus niveles de desarrollo contra la regulación de la eutanasia es un argumento ya obsoleto que no contempla los datos de países en los que, ya se ha dicho, existen unos cuidados paliativos muy desarrollados y de buena calidad, como ocurre en Bélgica, y no por ello dejan de producirse solicitudes de eutanasia. Afirmar, aprovechando una situación de déficit en el desarrollo de los cuidados paliativos, que la única alternativa que se ofrece a determinados pacientes es matarlos constituye una aserción tan brutal que solo merece la calificación de miserable.

De no retirarse el texto cuando llegue al Senado, estas organizaciones pedirán al Gobierno de la Comunidad de Madrid que no aplique la ley. Parece una invitación a este ejecutivo regional para que incumpla una ley orgánica y ello es realmente preocupante, al margen de que el Gobierno Autonómico no tenga esa competencia. Lo que pone en evidencia la declaración de esta especie de alianza de entes colegiales madrileños es el carácter ultraconservador e inmovilista de sus juntas directivas, que en el caso del Colegio de Médicos de Madrid no refleja la pluralidad de opiniones sobre el tema entre los colegiados madrileños.

En este sentido, es conveniente reiterar una vez más que cuidados paliativos y eutanasia no son conceptos opuestos ni opciones alternativas. Quienes desde las organizaciones y colectivos que han abogado siempre por el derecho de las personas a decidir en libertad sobre el conjunto de toda su vida, incluida la muerte, hemos defendido que el sistema sanitario disponga de unos cuidados paliativos de calidad y para todos los ciudadanos que los precisen.

La importancia de la labor que los profesionales realizan en este campo proporcionando la mejor calidad de vida posible a los pacientes está fuera de toda duda; son un recurso asistencial importante y necesario que nos merece consideración y respeto. Exigimos ese mismo respeto para quienes, recibiendo los mejores cuidados paliativos posibles, deciden, de manera libre y en coherencia con sus valores y su concepción de la dignidad, poner fin

a su vida por resultarles insoportable; se trata de la consecución de un nuevo derecho que permita el ejercicio pleno de la autonomía personal.

Para concluir, me permitiré una referencia muy personal. Pronto hará tres años que perdimos a mi fraternal amigo Luis Montes. En aquellos días difíciles, un periodista amigo nuestro me pidió que escribiese un obituario en el diario *El País*. Concluí ese texto con esta postdata: «Más pronto que tarde nuestro país tendrá una ley de eutanasia, en su consecución habremos trabajado muchos, pero sin duda el artífice de ello ha sido mi amigo Luis, el Dr. don Luis Montes Mieza». La ley ya está de camino y, con el respeto a todos aquellos que han luchado por hacer realidad este nuevo derecho, sigo manteniendo lo que expresé aquellos días.

**Fecha recepción: 28 de enero de 2021.**

**Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2021**

# REFLEXIONES ÉTICAS Y MÉDICAS SOBRE LA EUTANASIA Y SU REGULACIÓN *ETHICAL AND MEDICAL REFLECTIONS ON THE EUTHANASIA AND ITS REGULATION*

*Amparo Gisbert Aguilar*

*Equipo de Soporte de Cuidados Paliativos*

*Hospital Clínico Universitario. Valencia*

## RESUMEN

El debate sobre el final de la vida requiere definir los escenarios éticos que surgen en este contexto. Desde la experiencia profesional, el artículo plantea que, aunque son opciones poco solicitadas por los pacientes, la eutanasia y el suicidio médicamente asistido son cuestiones de actualidad. Se trata de argumentar en qué medida podrían aliviar el sufrimiento de los pacientes cuando estos lo soliciten. La deliberación entre profesionales y pacientes que tenga en cuenta los valores de ambos en un contexto de calidez y soporte ante los síntomas físicos, emocionales, espirituales y sociales desde el punto de vista ético es fundamental para buscar la aplicación más correcta de la ley de eutanasia.

## PALABRAS CLAVE

Eutanasia, ética, cuidados paliativos, autonomía.

## ABSTRACT

The end-of-life debate requires defining the ethical scenarios that appear in this context. The article puts forward, from the professional experience, that euthanasia and medically assisted suicide, although they are options not very often required by patients, are present today. The main point is to discuss to which level these measures could alleviate the suffering of the patients when they require them. Deliberation between professionals and patients taking into account the values of both, in a context of warmth and support of physical, emotional, spiritual and social symptoms from the ethical point of view is essential for seeking the most correct application of the law of euthanasia.

## KEY WORDS

Euthanasia, ethics, palliative care, autonomy.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.008](https://doi.org/10.36151/td.2021.008)

# REFLEXIONES ÉTICAS Y MÉDICAS SOBRE LA EUTANASIA Y SU REGULACIÓN

Dra. Amparo Gisbert Aguilar

Equipo de Soporte de Cuidados Paliativos  
Hospital Clínico Universitario, Valencia

**Sumario:** 1. Introducción. 1.1. Eutanasia y suicidio asistido. 1.2. Limitación o adecuación del esfuerzo terapéutico. 1.3. Rechazo de tratamiento o denegación de consentimiento. 1.4. Sedación paliativa. 1.5. Suspensión de atención médica por fallecimiento. 2. Aspectos éticos. 3. Aspectos clínicos. 4. Conclusiones. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Un debate serio y clarificador sobre el final de la vida y las posibilidades de actuación solo puede realizarse de manera adecuada si somos capaces de definir cuáles son los escenarios ante los que vamos a encontrarnos en este contexto.

Desgraciadamente, en la práctica diaria, tanto los pacientes como los familiares no tienen claros los términos. Habitualmente nos encontramos en situaciones en las que, con su mejor intención, los familiares solicitan la eutanasia para el enfermo porque no pueden soportar verlo en esas circunstancias... y se les ha de explicar que la eutanasia siempre es una petición personal y reiterada en el tiempo.

Por este motivo, la propuesta de consenso de Simón Lorda *et al.* (2008: 271) sobre el uso correcto de las palabras me parece fundamental como paso previo a la deliberación sobre la eutanasia.

Seguidamente, pues, definiremos los cinco escenarios más relevantes en la toma de decisiones clínicas al final de la vida. Este proceso siempre debe ser realizado teniendo en cuenta la indicación, el pronóstico, los deseos del paciente, el contexto familiar y los condicionantes asistenciales o sociales. Los cinco escenarios posibles son los siguientes: eutanasia y suicidio asistido, limitación o adecuación del esfuerzo terapéutico, rechazo de tratamiento, sedación paliativa y suspensión de la atención médica por fallecimiento.

## 1.1. EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO

Eutanasia es una bella palabra que, como es bien sabido, etimológicamente tan solo significa buena muerte.

Tal y como lo conocemos actualmente, el debate sobre la eutanasia arranca, en realidad, cuando la búsqueda de la buena muerte empieza a convertirse en una práctica medicalizada.

La polémica generada alrededor de la eutanasia está profundamente marcada por la crisis del modelo de la relación clínica —el modelo paternalista— y por la altamente tecnificada medicina actual. Podríamos sintetizar el núcleo del debate afirmando que no todo lo que es técnicamente posible es éticamente correcto.

En relación con la eutanasia se han utilizado multitud de términos y definiciones que solo han conseguido generar una enorme confusión en los profesionales, los ciudadanos y los medios de comunicación.

La palabra eutanasia únicamente debería hacer referencia a aquellas actuaciones que:

- Producen la muerte de los pacientes de forma directa mediante una relación causa-efecto única e inmediata.
- Se realizan a petición expresa, reiterada en el tiempo e informada de los pacientes en situación de capacidad.
- Tienen lugar en un contexto de sufrimiento, entendido como «dolor total», motivado por una enfermedad incurable que el paciente experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios como, por ejemplo, los cuidados paliativos.
- Son realizadas por profesionales sanitarios que conocen a los pacientes y mantienen con ellos una relación clínica significativa.

Cuando, en este contexto, la actuación del profesional se limita a proporcionar al paciente los medios imprescindibles para que sea él mismo quien se produzca la muerte, se habla de *suicidio médicamente asistido*.

## 1.2. LIMITACIÓN O ADECUACIÓN DEL ESFUERZO TERAPÉUTICO

El segundo escenario consiste en retirar —o no iniciar— medidas terapéuticas porque el profesional sanitario estima que en la situación concreta del paciente son inútiles o fútiles, ya que tan solo consiguen prolongar su vida biológica y no existe la posibilidad de proporcionarle una recuperación funcional con una calidad de vida mínima. Cuando, tras una evaluación ponderada de los datos clínicos de que dispone, un profesional concluye que una medida terapéutica resulta fútil, no tiene ninguna obligación ética de ponerla en práctica y, si ya la ha iniciado, debería proceder a retirarla. De lo contrario, incurriría en lo que se ha denominado obstinación terapéutica.

Cuando el paciente está conectado a un respirador y se decide limitar el esfuerzo terapéutico, se produce una situación de gran impacto emocional: la muerte inmediata, ya que el paciente se mantenía con vida gracias al respirador. La retirada del mismo no es la causante de la muerte: sin el soporte de esta técnica, el paciente habría fallecido mucho antes.

### 1.3. RECHAZO DE TRATAMIENTO O DENEGACIÓN DE CONSENTIMIENTO

Si en la limitación del esfuerzo terapéutico el peso principal de la decisión recae en el profesional, en las decisiones de rechazo de tratamiento o denegación de consentimiento el protagonismo total corresponde al paciente.

El rechazo de tratamiento se enmarca en la teoría del consentimiento informado, es decir, el paciente recibe toda la información necesaria y decide rechazar un tratamiento con plena conciencia de las consecuencias que esta decisión tendrá en su supervivencia.

Solo en situaciones excepcionales, entre ellas, el peligro para la salud pública o una emergencia vital súbita e inesperada que no permite demoras en la atención, y cuando no haya constancia previa de las preferencias del paciente, los profesionales pueden actuar sin su consentimiento.

La situación de incapacidad del paciente no anula su derecho a rechazar tratamientos o denegar el consentimiento, pero sí cambia sustancialmente la forma en que puede ejercerlo. Por eso es tan importante que los pacientes realicen «voluntades anticipadas», tengan un representante legal y lleven a cabo un proceso de «planificación anticipada de decisiones» acompañados de los profesionales que los atienden.

Dentro del escenario de rechazo de tratamiento podría incluirse también la negativa del paciente a ingerir alimentos o líquidos. Se trata de una decisión personal del mismo con la que pretende acortar el proceso final de la vida ejerciendo su autonomía.

### 1.4. SEDACIÓN PALIATIVA

La sedación paliativa consiste en la administración de fármacos a un paciente que se encuentra en situación de enfermedad muy avanzada, en las dosis y combinaciones requeridas para reducir su conciencia todo lo que sea preciso. El objetivo de esta intervención es aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios que causan sufrimiento al paciente, contando para ello con su consentimiento informado y expreso o, si ello no es posible, con el de su familia o representante legal.

Es una estrategia terapéutica que se utiliza cuando resulta necesaria y que los profesionales sanitarios registran en la historia clínica para tener una garantía ética de que el procedimiento ha sido el adecuado.

## 1.5. SUSPENSIÓN DE ATENCIÓN MÉDICA POR FALLECIMIENTO

Cuando un paciente entra en muerte encefálica (por ejemplo, tras una hemorragia cerebral, un accidente de tráfico, etc.), el hecho de no iniciar o retirar todas las medidas terapéuticas de soporte vital no produce la muerte del paciente porque, en realidad, esta ya ha acontecido.

Si el paciente ya fallecido, es candidato a ser donante de órganos, la única diferencia es que, antes de proceder a la desconexión final, se realiza una serie de intervenciones clínicas destinadas a posibilitar la conservación y la extracción de esos órganos.

En España, las encuestas realizadas en los últimos años revelan que cada vez existe un mayor apoyo social a la regulación la eutanasia. En una encuesta realizada por el Colegio de Médicos de Vizcaya a 723 médicos, el 88 % de estos respondió que el debate sobre la eutanasia y el suicidio asistido corresponde a toda la sociedad; el 86 % que la eutanasia debe ser regulada por ley; y el 71 % que el suicidio médicamente asistido también debe serlo. De acuerdo con una encuesta que la Sociedad Española de Medicina Interna realizó en 2019 a sus socios, un 83 % estaba a favor de regular la eutanasia, mientras que un 17 % estaba en contra.

En cuanto a la población general, sendas encuestas de Metroscopia realizadas en 1988 y 2017 formularon la siguiente pregunta a los ciudadanos: «¿Cree usted que un enfermo incurable tiene derecho a que los médicos le proporcionen algún producto para poner fin a su vida sin dolor?». En 1988, el 53 % respondió afirmativamente, mientras que en 2017 el porcentaje de respuestas afirmativas se elevó a 84 %. Existe, por tanto, una necesidad de dar respuesta a un cambio de percepción social sobre estos temas (Real de Asúa, 2020).

## 2. ASPECTOS ÉTICOS

Cuando hablamos de la autogestión del cuerpo, de la vida y de la muerte, un primer hito lo constituye la doctrina del consentimiento informado, concepto que hace referencia a la capacidad del ser humano de tomar decisiones sobre su propia vida tras haber sido informado de manera correcta sobre sus posibilidades de tratamiento cuando padece determinada enfermedad.

Para hacerlo efectivo se han desarrollado diferentes estrategias: la posibilidad de elaborar un documento de «Instrucciones previas o voluntades anticipadas» a fin de que este que sea tenido en cuenta si en el final de su vida la persona no tiene capacidad para decidir. Este documento debería ser firmado después de un proceso de «Planificación anticipada de decisiones» realizado por el paciente con la ayuda de los profesionales que vayan atendiendo a lo largo de su enfermedad.

El siguiente paso de este proceso sería la despenalización de la eutanasia y del suicidio asistido en ciertos supuestos. Es el corolario que se sigue lógicamente de la asunción de la

autonomía como valor fundamental del ser humano, una característica propia y distintiva de la cultura liberal y moderna.

La muerte verdadera, plena, auténtica, no es un mero acontecimiento biológico ajeno a nosotros mismos, sino un momento fundamental de nuestra biografía. Del mismo modo que existe la obligación de personalizar la vida, también existe la de personalizar la muerte. Salvo casos excepcionales, esto no tiene por qué ser una justificación del suicidio o de la eutanasia. Significa, más bien, que la muerte no es un fenómeno natural, sino cultural, humano, y que, por tanto, tenemos obligaciones morales en relación con ella. ¿Cuáles? Una, muy importante, es hacer lo posible para que no llegue antes de que las personas hayan podido llevar a cabo su proyecto vital. La muerte de una madre que no puede ver desarrollarse a sus hijos es una tragedia, lo mismo que el fallecimiento de un joven por accidente. La muerte de un anciano que ha cumplido su ciclo vital es un motivo de dolor, pero no puede considerarse una tragedia. Esto es lo que ha llevado a Callahan (1997) a proponer una nueva ética de las etapas finales de la vida.

Una vez que han cumplido su proyecto vital, las personas tendrían que ser capaces de renunciar a procedimientos extraordinarios que tengan por objeto prolongarles un poco más la vida. Los Estados deberían dirigir sus esfuerzos a hacer efectiva la promoción de un mejor cuidado de las personas mayores en lugar de invertir grandes sumas en terapias que en sus cuerpos ya desgastados serán de muy escasa eficacia.

Por otra parte, la investigación biomédica debería buscar remedio a las enfermedades que matan prematuramente a las personas antes que empeñarse en controlar procesos degenerativos propios de organismos ya depauperados por la edad.

La primera obligación ética es procurar a todos los seres humanos una buena vida. La segunda, conseguir que tengan una buena muerte (Gracia, 2005: 49-50).

Ezekiel Emanuel, bioeticista americano, ha propuesto una lúcida reflexión sobre el hecho de que nuestra capacidad de prolongar la vida ha aumentado mucho más que la de prolongar el bienestar. En la actualidad, vivimos más años, pero con serias limitaciones físicas y mentales.

Este autor afirma que querría morir a los 75 años, argumentando que es verdad que la muerte es una pérdida, ya que nos priva de experiencias y puntos de referencia, de tiempo para estar con nuestros seres queridos. En definitiva, se nos priva de todas las cosas que valoramos. Pero hay una simple verdad que, parece, muchos de nosotros no queremos entender: vivir demasiado tiempo es también una pérdida; hace que, si no desarrollamos una discapacidad, muchos de nosotros nos sintamos vacilantes y en declive, un estado que, aunque no es peor que la muerte, quizás significará privación. Se nos priva de nuestra creatividad y de la capacidad de contribuir al trabajo, a la sociedad, al mundo. Transforma el modo en que las personas nos experimentan, la forma en que se relacionan con nosotros y, lo más importante, cómo nos recordarán. Ya no seremos recordados como personas vibrantes y comprometidas, sino como seres débiles, ineficaces e incluso patéticos (Emanuel, 2014).

El análisis ético debería basarse en tres criterios que sirvan de fundamento para la elaboración de los juicios morales:

- i)* La creencia en la dignidad de todos y cada uno de los seres humanos. Los seres humanos somos medios los unos para los otros, pero al mismo tiempo somos también fines; por ello, tenemos dignidad y no precio.
- ii)* La relación existente entre medios y fines, es decir, la creencia profunda de que los fines no justifican los medios, sino que, precisamente al revés, muchas veces los medios justifican y hacen buenos los fines.
- iii)* Por último, la necesidad ética de que todos los afectados participen en el proceso de toma de decisiones. La deliberación moral necesita unos mínimos no solo durante el proceso (reciprocidad, transparencia y responsabilidad), sino también en el resultado (libertad, oportunidad básica y oportunidad justa), y estos objetivos son difícilmente alcanzables sin la adopción compartida de decisiones.

En el debate actual sobre las decisiones al final de la vida están en juego dos ideas básicas: por un lado, el derecho de las personas a decidir sobre los tratamientos y las opciones clínicas y, por otro, el deber de la sociedad y de los profesionales de la salud de intervenir en el proceso de la muerte y en las decisiones que conlleva. Estos derechos y deberes siempre están totalmente teñidos de valores.

En nuestros días existe un acuerdo universal ético-sanitario que aboga por la implantación efectiva y el óptimo desarrollo de los cuidados paliativos al más amplio nivel y que defiende, asimismo, la necesidad de reconocer el derecho a la toma de decisiones por parte de los pacientes en todos aquellos aspectos relacionados con su salud, enfermedad y proceso terapéutico.

El debate social sobre la eutanasia debe enmarcarse en una reflexión individual y comunitaria más global sobre el conjunto de las decisiones relativas al final de la vida, decisiones relacionadas con los valores y las actitudes sobre la salud y la enfermedad, la vida y la muerte, la discapacidad, la dependencia, el cuidado, la libertad, etc. Resulta importante recalcar este extremo porque, hoy por hoy, en el debate sobre la eutanasia, muchas veces se olvida que forma parte de un problema mucho más global y totalizador —es un problema sanitario sí, pero también social, político y económico. Actualmente el debate está polarizado por dos visiones éticas contrapuestas. Por un lado, la de quienes se oponen a la eutanasia y, por tanto, a cualquier decisión legal en el sentido de su despenalización, una perspectiva basada en la defensa de la sacralidad de la vida. La segunda postura es la de quienes sostienen que, cuando la vida no llega a un mínimo de calidad, vivir puede ser incluso peor que morir y defienden, por tanto, que se avance hacia el reconocimiento del derecho de las personas a decidir sobre el final de su vida (Martínez Urionabarrenetxea, 2005: 400-407).

Son, pues, dos visiones éticas absolutamente enfrentadas en lo que respecta a los valores. De hecho, múltiples estudios han puesto en evidencia que la oposición a la eutanasia ha existido siempre y que, también hoy, está estrechamente vinculada a los valores religiosos. Se trata de un desacuerdo moral de máximos, pero esta discrepancia no puede implicar que

no sea posible llegar a acuerdos de mínimos que permitan a unos y a otros seguir viviendo y defender sus valores de máximos.

Adela Cortina afirma que, para que una sociedad pluralista como la nuestra crezca moralmente en vez de perder tono moral, deben reforzarse los mínimos y ampliarlos, evitando que las éticas de máximos se utilicen como armas arrojadas desde intereses espurios. Para ello, es necesario mantener una relación de no absorción entre los mínimos y los máximos. La economía del desacuerdo moral se construye mediante la deliberación ciudadana y la aprobación de leyes, leyes que en los países democráticos no son ni más ni menos que fruto del consenso ético de mínimos, o al menos del acuerdo ético de mínimos mayoritario de una sociedad (Cortina, 2001).

A pesar de las afirmaciones sobre la sacralidad de la vida expresadas por la jerarquía de la Iglesia católica, existen diferentes organizaciones religiosas que están de acuerdo con la despenalización de la eutanasia.

El Instituto Borja de bioética de la Universidad Ramon Llull (Fabre *et al.*, 2005: 1-9) elaboró una «Declaración sobre la eutanasia» en la que se manifestaba en los siguientes términos:

«Toda reflexión sobre la eutanasia debe enmarcarse en una clara apuesta por la vida de toda persona, y por una vida humana de calidad. Esta apuesta pasa no solo por una adecuada atención sanitaria, sino también por la exigencia de las necesarias atenciones sociales, económicas, culturales y espirituales que hacen posible una vida humana de calidad. La apuesta por la vida no ignora ni excluye la exigencia de saber asumir y afrontar sus acontecimientos más difíciles de modo responsable.

Creemos que la vida es un don que recibe la persona para vivirla responsablemente. De ahí que no la podamos concebir como un hecho que nos limita, sino como un potencial del que disponemos para ponerlo al servicio de un proyecto verdaderamente humano y humanizador.

Esta premisa nos permite reflexionar a propósito de aquellas situaciones en las que la vida ya no se percibe como un don, sino como una pesada carga. Entre estas situaciones tiene una especial relevancia aquella en que la vida se convierte en una dolorosa y agónica espera de la muerte.

En el marco de la apuesta por la vida, la reflexión sobre la eutanasia se adentra en el inexorable proceso del morir de la persona, un proceso que puede culminar en el último acto humano en la medida en que se sabe afrontar con lucidez y responsabilidad. Esta lucidez y responsabilidad pueden significar una firme decisión de anticipar la muerte ante su irremediable proximidad y la pérdida extrema y significativa de calidad de vida. En estas situaciones se debe plantear la posibilidad de prestar ayuda sanitaria para el bien morir, especialmente si ello significa apoyar una actitud madura que concierne, en definitiva, al sentido global de la vida y de la muerte.

Consideramos que la defensa de la vida es un valor ético y debe ser jurídicamente protegido. Sin embargo, se podría admitir una excepción en el caso de la eutanasia tal y como ha sido descrita. Por tanto, se debería plantear cómo tipificar estos casos desde la perspectiva médica y cómo recogerlos en una norma jurídica.

No podemos olvidar la realidad social en la que vivimos: una sociedad que pretende poseer la madurez suficiente para reflexionar y dar respuesta desde la ética y la ley a las demandas de eutanasia, debe tener en cuenta la asistencia sanitaria que se presta a los ciudadanos que se encuentran en el tramo final de su vida: es una realidad palpable que en el Estado español no está suficientemente desarrollada la asistencia a los enfermos con enfermedades en fase terminal, con un adecuado tratamiento del dolor y del sufrimiento (unidades de cuidados paliativos), con el apoyo técnico domiciliario que permita que la persona pueda morir en casa en un contexto de confort familiar

y afectivo y por tanto requiere mayor desarrollo. Muchos pacientes mueren en condiciones precarias, con un sufrimiento innecesario y sin un entorno adecuado. En consecuencia sería necesaria una acción firme en política sanitaria, con más inversiones en personal y en infraestructuras especializadas para mejorar y ampliar este tipo de asistencia».

En relación con el debate que se plantea frecuentemente sobre si la sedación irreversible es equivalente a la eutanasia, Azucena Couceiro concluye que el problema de la sedación no es el mismo que el problema de la eutanasia, pero que no por ello deja de ser un grave problema moral (Couceiro, 2003: 29-58)

En el siguiente cuadro, que incorpora algunas modificaciones respecto al que en su día publicaron Barbero y Camell (1997: 26-34), pueden verse las diferencias y los aspectos comunes de las diferentes medidas para aliviar el sufrimiento de los pacientes.

	<b>Objetivo Primario</b>	<b>Mal menor que asume</b>	<b>Objetivo Final</b>
<b>1. Intervención paliativa habitual:</b> Escala analgésica + soporte emocional, + reducción de amenaza + incremento de recursos etc.	Control del dolor y otros síntomas y situaciones que preocupen al paciente	<b>Ninguno:</b> El conocimiento de los opioides ha hecho que prácticamente desaparezca el riesgo de acelerar la muerte por depresión respiratoria	Aliviar el sufrimiento
<b>2. Sedación profunda y permanente</b>	Control del dolor y otros síntomas y situaciones que preocupen al paciente	Desaparición de la conciencia: vida <b>CONSCIENTE</b> * Acortamiento de la vida	Terminar definitivamente con el sufrimiento
<b>3. Suicidio médicamente asistido y eutanasia</b> (activa, directa y voluntaria)	Control del dolor y otros síntomas y situaciones que preocupen al paciente	Desaparición de la vida <b>BIOLÓGICA</b>	Terminar definitivamente con el sufrimiento

Progresión de medidas para combatir el sufrimiento. Modificada de Barbero y Camell (1997)

Los profesionales de la sanidad nos hemos preocupado mucho más por la desaparición de la vida biológica que por la desaparición de la conciencia. Baste recordar con qué rapidez y frecuencia se tomaban estas decisiones: avisaban a la familia de que se «iba a dormir» al paciente con el objetivo de que se despidieran de él. Afortunadamente, el desarrollo de los cuidados paliativos ha modificado la forma de proceder a la sedación, y ha propiciado un mejor uso de los fármacos y las dosis empleadas. Solo un absoluto respeto de las indicaciones médicas y de la autonomía podrá justificar esta práctica como lo que realmente debe ser: un «mal menor», asumido desde una ética de la responsabilidad, que debe ser aplicado solo cuando el resto de las posibilidades de intervención no han dado resultado.

Hay otros ejemplos de diferentes grupos cristianos y personas creyentes que no coinciden con la opinión oficial de la Iglesia:

La Comisión de Laicidad de Cristianos y Cristianas de Base de Madrid caracteriza la eutanasia como un derecho humano:

«En resumen, la decisión sobre el morir pertenece al núcleo de la dignidad de las personas. Si las personas eligen cómo vivir y el sentido que le dan a su vida, también deben poder elegir su muerte, su modo de morir. Sea porque no quieren soportar una enfermedad terminal llena de dolores y sufrimientos insoportables, físicos o psicológicos, o sea porque no desean llegar al final de una vida que ya no es una vida humana, reducida a una expresión puramente biológica, una vida vegetativa» (Comisión de Laicidad, 2017).

Juan Masiá, sacerdote jesuita y profesor de bioética desautorizado por sus superiores en materias de moral sexual y bioética, trabaja desde hace años en el Departamento de Bioética de la Universidad de Sofía en Japón. Su opinión sobre la Proposición de Ley de la eutanasia es la siguiente:

«La proposición de ley es moderada y garantista. Me parece sensata y razonable la regularización digna de la eutanasia responsable, pero en contexto eutanásico, es decir, que sea verdaderamente eu-thanasia o buen morir; mejor dicho, buen vivir mientras y hasta morir. Desde mi doble dedicación a la bioética laica y a la espiritualidad cristiana, puedo celebrar la presentación del Proyecto de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia. Hacen un flaco favor a la defensa de la vida y de la fe las afirmaciones de algunas instancias jerárquicas eclesásticas que califican de homicidio a la eutanasia jurídica y éticamente responsable, o que invitan a manifestaciones de oración y penitencia para apoyar la oposición a la ley» (Masiá, 2020).

Otra opinión destacable es la del Teólogo Hans Küng, que en el tercer volumen de sus memorias planteó la opción de asumir la muerte solicitando la aceleración médicamente asistida del fallecimiento. Lo afirmó al constatar el avance de su enfermedad. Su testimonio está suscitando reacciones ambivalentes en los partidarios y detractores de la regulación jurídica orientada a despenalizar la eutanasia.

Contra la opción planteada por el teólogo se ha argumentado los siguiente:

- Algunas instancias religiosas han argüido que no tenemos derecho a adueñarnos de la propia vida y violar, así, una ley divina.
- Algunas posturas humanistas no religiosas han sostenido que la autonomía personal no justifica que renunciemos voluntariamente a la vida mediante una elección que implicaría la destrucción de esa misma autonomía.

Para apoyar la opción de Küng se han vertido estos argumentos:

- Algunas posturas religiosas han afirmado que tenemos derecho a ejercitar la libertad dada por Dios para decidir el cómo y el cuándo del final de la vida.
- Algunas posturas no religiosas han alegado que el ejercicio de la autonomía personal es un derecho humano inalienable (Küng, 2013).

Juan Masiá (2013) reflexiona sobre estos argumentos, ninguno de los cuales le parece suficientemente convincente.

Masiá considera que la difusión mediática de estas cuatro argumentaciones fomenta en la opinión pública la impresión generalizada de que el rechazo de la eutanasia se identifica

con una expresión de identidad religiosa y de que su aceptación y defensa coincide necesariamente con una actitud no religiosa o incluso, antirreligiosa. Se argumenta, por tanto, como si el rechazo o la aceptación fuesen cuestión de fe o de agnosticismo.

Frente a esa opinión tan extendida, hace años que Masiá presenta este tema en las clases de ética como una cuestión de decisión humana razonable y responsable.

Supongamos que cuatro clases de personas (a las que llamaremos convencionalmente A, B, C y D) se encuentran en la situación descrita por Küng, es decir, ante la proximidad de la muerte. Dos de ellas (A, no religiosa, y C, religiosa) optan por la eutanasia. Las otras dos (B, no religiosa, y D, religiosa) rechazan la eutanasia. Preguntadas por las razones de su decisión, la explican del siguiente modo:

Persona A (no religiosa): quiere ser coherente con su convicción de que es razonable y responsable no solo pedir ayuda en el morir, es decir, ayuda (curativa, paliativa y humana) para vivir dignamente hasta el final el proceso de morir, sino también solicitar ayuda para determinar cómo y cuándo acelerar el final del proceso en circunstancias especialmente penosas y amenazadoras para su dignidad.

Persona C (religiosa): está convencida en conciencia de que no contradice su fe en el Dios de la vida la adopción de una decisión personal sobre el momento de despedirse de esta vida y asumir la muerte que se aproxima como acto de confianza en la «Vida de la vida» (entendiendo que es el caso de Hans Küng).

Persona B (no religiosa): está convencida de que conculca su dignidad asumir la vulnerabilidad humana tal cual es, sin forzar la prolongación ni la aceleración del proceso de morir, sino dejándose llevar al mar del morir en que desemboca el río de su deterioro biológico.

Persona D (religiosa): se siente llamada o invitada (pero no obligada por ley divina ni eclesial) a confiar en el misterio último que da sentido a su vida, dejar la determinación del cuándo y el cómo de su final en manos de quien se la dio y encomendar su espíritu confiadamente para morir hacia la «Vida de la vida».

Juan Masiá se identifica con esta última opción; respeta y reconoce la validez razonable y responsable de las otras tres posturas y no pretende imponer la suya en ningún caso a los demás individuos ni la sociedad civil. Por ello, no se opone a la despenalización de la eutanasia y comparte la declaración científica y teológicamente respaldada del Instituto Borja de Bioética (2005) cuando afirma que «[...] lucidez y responsabilidad en el último acto de la vida pueden significar una firme decisión de anticipar la muerte ante su irremediable proximidad y la pérdida extrema y significativa de calidad de vida. En estas situaciones se debe plantear la posibilidad de prestar ayuda sanitaria para el bien morir, especialmente si ello significa apoyar una actitud madura que concierne al sentido global de la vida y de la muerte».

Cabe, pues, constatar que las creencias religiosas de las personas pueden llevarles a argumentar en un sentido u otro y que lo más importante es, siempre, el respeto a todos los seres humanos.

Por su parte, la Asociación Derecho a Morir Dignamente ha esgrimido estos argumentos:

«Morir es una decisión personalísima. Ninguna persona solicita a su médico una eutanasia sin estar convencida de que su sufrimiento es irremediable. Además del sentido común, todas las leyes aprobadas exigen que se consideren todos los recursos disponibles, como los cuidados paliativos. En Oregón, donde desde 1998 tienen sistematizada la recogida de estos datos, las tres razones para morir más frecuentes son: el sufrimiento existencial, la incapacidad para disfrutar de la vida y la pérdida de autonomía. Las personas no deciden morir por miedo al dolor, a síntomas de la agonía o a cualquier otro que se pueda tratar con cuidados paliativos, sino porque consideran que «vivir así» ya no tiene sentido. Por ello, afirmar que los cuidados paliativos son el antídoto de la eutanasia es un acto de fe que, como tal, no se basa en la realidad (el deseo de morir), sino en las creencias personales (la muerte voluntaria es inaceptable). En Bélgica, en seis de cada diez eutanasias intervienen los cuidados paliativos; no existe competencia, sino complementariedad. Ese es el camino» (*Gaceta Sanitaria*, 2018).

El las conclusiones de su informe, publicado en octubre de 2020, el Comité de Bioética de España afirma:

«A lo largo de este informe hemos visto que existen sólidas razones para rechazar la transformación de la eutanasia y/o auxilio al suicidio en un derecho subjetivo y en una prestación pública. Y ello no solo por razones del contexto social y sanitario, sino, más allá, por razones de fundamentación ética de la vida, dignidad y autonomía. El deseo de una persona de que un tercero o el propio Estado acabe con su vida, directa o indirectamente, en aquellos casos de gran sufrimiento físico y/o psíquico debe ser siempre mirado con compasión, y atendido con una actuación compasiva eficaz que conduzca a evitar los dolores y procurar una muerte en paz. Sin embargo, tal compasión no consideramos que legitime ética y legalmente una solicitud que, ni encuentra respaldo en una verdadera autonomía, atendido el contexto actual de los cuidados paliativos y sociosanitarios, ni, además, queda limitada en sus efectos al propio espacio privado del individuo. Legalizar la eutanasia y/o auxilio al suicidio supone iniciar un camino de desvalor de la protección de la vida humana cuyas fronteras son harto difíciles de prever, como la experiencia de nuestro entorno nos muestra» (Comité de Bioética de España, 2020).

### 3. ASPECTOS CLÍNICOS

Diferentes estudios muestran que alrededor del 10 % de enfermos en la fase final de la enfermedad han considerado seriamente la posibilidad de solicitar la eutanasia o el suicidio asistido. Utilizando una escala que mide los deseos de muerte, Kelly *et al.* (2003: 375-84) detectan un riesgo del 14 %. La mayoría de estos pacientes han expresado su deseo a un familiar, a un médico o a una enfermera. Los factores que predisponen a estos sujetos a expresar este deseo son los siguiente: presentan elevadas puntuaciones en ansiedad o depresión, se sienten una carga para los demás, sufren aislamiento social y tienen escaso soporte. Cabe destacar que la presencia de síntomas severos de determinada enfermedad ha sido mucho menos significativa en esta evaluación.

Una revisión de las razones que argumentan los pacientes para solicitar la eutanasia o el suicidio asistido (Bascom *et al.*, 2002: 91-98) evidencia que vinculan aquellas razones con

la dependencia, la merma de su autonomía, la pérdida de su dignidad y su percepción de ausencia de sentido de la vida, el sufrimiento físico actual o futuro y el hecho de que sienten preparados para morir. Bascom afirma que cuando el profesional responde a estas cuestiones con evitación o rechazo está perdiendo una oportunidad de aliviar su sufrimiento.

Un estudio realizado en la Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital de la Santa Creu y San Pau de Barcelona (Güell *et al.*, 2015: 295-303) para conocer la prevalencia y las razones que esgrimen los pacientes que expresan el deseo de que se anticipe su muerte o solicitan la eutanasia o el suicidio asistido muestra que la prevalencia en la solicitud fue de un 10.3 % de los pacientes, petición que se mantuvo en el tiempo en el 72 % de ellos. Cabe concluir que el 2 % de los pacientes solicitan la eutanasia de manera clara y reiterada y afirman que opinaban lo mismo previamente a la enfermedad. Estos datos coinciden con otros estudios realizados.

Dentro del ámbito profesional de la enfermería, en Andalucía se realizó un estudio en el que el personal de enfermería debía completar un cuestionario que identificara correctamente situaciones en las que existía una demanda de eutanasia o suicidio asistido. Hasta un 64 % de los encuestados las identificaron correctamente. Afirmaron que un 21.4 % habían recibido peticiones de eutanasia por parte de los pacientes. En general, el estudio puso en evidencia que existe un gran apoyo (70 %) a la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido (Tamayo *et al.*, 2012: 677-691).

Los profesionales sanitarios que cuidan a pacientes que se encuentran en el final de su vida requieren una sólida formación en bioética para gestionar los problemas éticos que surgen en esta fase de la vida de los pacientes.

Sin embargo, a nivel institucional, las cosas se perciben de otra manera. En la edición del 15 de enero de 2021 del diario *La Vanguardia* leemos:

«El pasado 17 de diciembre, el Congreso de los Diputados aprobó la primera ley reguladora de la eutanasia por 198 votos a favor, 138 en contra (PP, Vox y UPN) y dos abstenciones. A falta de la ratificación del Senado, un trámite previsto para febrero, el debate que la cuestión suscitó en la esfera política ha saltado al ámbito profesional sanitario. Los colegios oficiales de médicos de Madrid y de Catalunya se han pronunciado, respectivamente, en contra y a favor de la normativa en una especie de guerra de comunicados. Solo coinciden en la necesidad de potenciar la atención paliativa en el final de la vida. Sostienen que la ley implica un recorte o la eliminación del derecho a la vida y que la demanda de eutanasia “es mínima o nula cuando el paciente es atendido por un equipo de profesionales experto”. “Es particularmente grave el engaño que nace con la ley de considerar la muerte provocada por eutanasia como muerte natural, algo injustificable”, denuncian. En opinión de los colegios de Madrid, la regulación de la eutanasia carece de demanda social, es inoportuna en la situación de pandemia y se ha tramitado “de forma acelerada por decreto, sin diálogo alguno con las profesiones sanitarias y contra el criterio del Comité de Bioética, máximo órgano asesor del Gobierno en este tema”».

Por su parte, el Consell de Col·legis de Metges de Catalunya argumenta: «El acceso a los cuidados paliativos puede rescatar a la mayoría de los enfermos incurables de la desesperación y de las ganas de morir. Esto no quita que alguna persona, en función de su grave situación clínica y del sufrimiento insostenible que esta le provoca, de sus creencias, de su escala de valores, en plena competencia y en pleno uso de su autonomía, desee disponer de

su propia vida y necesite ayuda técnica para hacerlo de manera eficaz e indolora». Según los colegios catalanes, el médico debe garantizar una atención adecuada a una persona en situación de final de vida, «[...] respetando su voluntad y planificando las decisiones anticipadas en todo lo posible, sin intervenciones fútiles y de acuerdo con sus valores y preferencias» (López Tovar, 2021).

Sería conveniente establecer mecanismos de participación democrática en las asociaciones de profesionales sanitarios que se activaran con carácter previo a la exposición pública de su posición sobre temas tan controvertidos a fin de que reflejaran los diferentes puntos de vista de sus asociados.

Como puede observarse, las posiciones de los médicos, al igual que las del resto de la sociedad son antagónicas. Por tanto, desde el punto de vista ético, deberían respetarse y garantizarse todas las opciones.

#### 4. CONCLUSIONES

Desde mi condición de profesional que trabaja en el ámbito de los cuidados paliativos, considero que la aprobación de la Proposición de Ley sobre la eutanasia es una medida que amplía el abanico de posibilidades en el acompañamiento de los pacientes en el final de la vida.

A nivel global, me parece una ley bastante garantista con los derechos de las personas que puedan solicitarla.

Considero que el «morir bien» es un derecho del ser humano y, como ya he comentado a la largo del texto, esta situación será diferente en cada persona y que toda nuestra actuación tiene que basarse en los valores y deseos de cada uno de ellos.

Creo que las diferentes medidas que he expuesto para aliviar el sufrimiento pueden dar respuesta a las necesidades de cada paciente. Insisto en que todo el proceso de deliberación ética debe realizarse en un contexto de calidez, escucha activa, acompañamiento y planificación anticipada de decisiones siempre que sea posible.

La puesta en marcha de esta ley debe ir acompañada de la previsión de recursos asistenciales a todos los niveles. La oferta de unos cuidados paliativos de calidad siempre debe estar presente.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ABEL FABRE, Francesc *et al.* (2005): *Hacia una posible despenalización de la Eutanasia. Declaración del Institut Borja de Bioètica*, Barcelona: Universitat Ramon Llull.
- BARBERO, Javier y Helena CAMELL (1997): «Sedación y paciente terminal: la conciencia perdida», *Medicina Paliativa*, 4(4), 26-34.
- BASCOM, Paul B. y Susan W. TOLLE (2002): «Responding to requests for physician-assisted suicide», *The Journal of the American Medical Association*, 288, 91-98.
- CALLAHAN, Daniel (1997): *Los Fines de la Medicina*, Barcelona: Fundació Víctor Grifols i Lucas.

- COMISIÓN DE LAICIDAD DE CRISTIANOS Y CRISTIANAS DE BASE DE MADRID (2017): «La Eutanasia, ¿Un derecho humano?», *Revista Utopía*, 101.
- COUCEIRO, Azucena (2003): «La sedación de los enfermos en el contexto de los cuidados paliativos», *Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas*, 9, 29-58.
- CORTINA, Adela (2001): *Alianza y contrato. Política, Ética y Religión*, Madrid: Trotta
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Francisco, Rogelio ALTISENT TROTA, Vicente BELLVER CAPELLA, Fidel CADENA SERRANO, Manuel DE LOS REYES LÓPEZ, Álvaro GÁNDARA DEL CASTILLO *et al.* (2020): *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: Comité de Bioética de España.
- EMANUEL, Ezekiel (2014): «Why I hope to die at 75», en *The Atlantic*, October.
- GRACIA GUILLÉN, Diego (2005): «De nuevo la eutanasia a debate», *Jano*, 49-50.
- GÜELL, Ernest, Alejandra RAMOS, Tania ZERTUCHE y Antonio PASCUAL (2015): «Verbalized desire for death or euthanasia in advanced cancer patients receiving palliative care», *Palliative and Supportive Care*, 13, 295-303.
- KELLY, Brian, Paul BURNETT, Shirlene BADGER *et al.* (2003): «Doctors and their patients: A context for understanding the wish to hasten death», en *Psycho-Oncology*, 12, 375-184.
- KÜNG, Hans (2013): *Humanidad vivida. Memorias III*, Madrid: Trotta.
- LÓPEZ TOVAR, Antoni (2021): «Los médicos de Cataluña y Madrid se enfrentan sobre la eutanasia», *La Vanguardia*, 15 de enero.
- MARÍN-OLALLA, Fernando (2018): «La eutanasia: un derecho del siglo XXI», *Gaceta Sanitaria*, 32(4), 319-402.
- MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, Koldo (2005): «Sobre la moralidad de la Eutanasia y del Suicidio Asistido», *Revista sobre Calidad Asistencial*, 20, 400-407.
- MASIÁ, Juan (2020): «Vivir y pensar en la frontera», *Religión digital*, 15 de diciembre.
- (2013): «Cuestión de Fe», *El País*, 22 de octubre.
- REAL DE ASÚA, Diego (2020): «Grupo de trabajo de Bioética de la Sociedad Española de Medicina Interna», *Redacción Médica*.
- SIMÓN LORDA, Pablo, Inés María BARRIO CANTALEJO, Francisco J. ALARCOS MARTÍNEZ, Javier BARBERO GUTIÉRREZ, Azucena COUCEIRO y Pablo HERNANDO ROBLES (2008): «Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras», *Revista sobre Calidad Asistencial*, 23(6), 271-285.
- TAMAYO, María Isabel, Pablo SIMÓN LORDA y Maite CRUZ (2012): «Euthanasia and physician assisted suicide: Knowledge, attitudes and experiences of nurses in Andalusia (Spain)», *Nursing Ethics*, 19(5), 677-691.

**Fecha de recepción: 30 de enero de 2021.**

**Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2021.**





# ESTUDIOS

Los derechos como objeto de análisis: entre la filosofía y la sociología

*Francisco Javier Ansuátegui Roig*

El jurado y la legitimación del enjuiciamiento criminal

*Luciano Varela*

Sobre inteligencia artificial, decisiones judiciales y vacíos de argumentación

*Dyango Bonsignore Fouquet*

LOS DERECHOS COMO OBJETO DE ANÁLISIS: ENTRE LA FILOSOFÍA Y LA SOCIOLOGÍA\*  
*RIGHTS AS AN OBJECT OF ANALYSIS: BETWEEN PHILOSOPHY AND SOCIOLOGY*

*Francisco Javier Ansuátegui Roig*  
*Catedrático de Filosofía del Derecho*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN

En este artículo se reflexiona, a partir de la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, sobre el ámbito de la aproximación sociológica a los derechos y sobre las dificultades a las que la misma se enfrenta. Entre ellas destacan los problemas de conceptualización de los derechos y la complicada aproximación neutral a una realidad con una densidad moral elevada como la de los derechos. Finalmente, se subrayan las aportaciones que la sociología de los derechos puede ofrecer al análisis funcional de los mismos.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, derechos fundamentales, sociología, neutralidad, funciones.

ABSTRACT

This article reflects, based on the distinction between human rights and fundamental rights, on the scope of the sociological approach to rights and on the difficulties it faces. Among these, the problems of conceptualization of rights and the complicated neutral approach to a reality with a high moral density, such as rights, stand out. Finally, the contributions that the sociology of rights can offer to their functional analysis are highlighted.

KEY WORDS

Human rights, fundamental rights, sociology, neutrality, functions.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.009](https://doi.org/10.36151/td.2021.009)

\* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto «Nuevos desafíos del Derecho», acción financiada por la Comunidad de Madrid a través de la línea de «Excelencia del Profesorado Universitario» del Convenio Plurianual con la UC3M (EPUC3M06), en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica).

# LOS DERECHOS COMO OBJETO DE ANÁLISIS: ENTRE LA FILOSOFÍA Y LA SOCIOLOGÍA

Francisco Javier Ansuátegui Roig

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad Carlos III de Madrid

**Sumario:** 1. Sobre la división del trabajo en el discurso de los derechos. 2. Ser y deber ser. 3. Los derechos como objeto de la sociología: exigencias conceptuales y ámbito de análisis. 4. Una difícil neutralidad. 5. Funciones y dimensión dinámica de los derechos. Notas. Bibliografía.

## 1. SOBRE LA DIVISIÓN DEL TRABAJO EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS

El discurso de los derechos hace referencia al conjunto de narrativas que determinan su lugar, su significado y su efectividad. En este sentido, los componentes de estas narrativas son plurales y también lo son las perspectivas desde las que puede ser analizadas. La multidimensionalidad reenvía al lugar que los derechos ocupan tanto en la cultura externa (la que es compartida por la población) como en la cultura jurídica interna (la que es compartida por los miembros de la sociedad que llevan a cabo actividades jurídicas especializadas), de acuerdo con la caracterización de Friedman (1978: 371-372). En los dos ámbitos, los derechos ocupan un lugar central. La complementariedad de ambas perspectivas permite articular una visión comprehensiva de la realidad de los derechos. Por el contrario, las ópticas parciales y excluyentes generan un relato empobrecido de los derechos. Esta consideración no implica imponer la exigencia de que toda aproximación a los derechos deba estar respaldada por un saber global y totalizador. Sabemos que, en sociedad, el conocimiento se articula mediante dinámicas de especialización que posiblemente son las que permiten un deseable nivel de profundidad y concreción.

Esta referencia inicial a la multidimensionalidad del discurso de los derechos pretende dar cuenta de la necesidad de reconocer el carácter inevitablemente parcial y particular de las perspectivas a través de las cuales nos aproximamos al —y, al mismo tiempo, construimos el— discurso de los derechos. Así, aunque un punto de vista específico como el

jurídico es importante (y será tanto más relevante en función del concepto de «derechos» que se asuma), debe ser complementado por otras aproximaciones en las que los derechos también pueden ser protagonistas de la reflexión: la moral, la filosófica, la política, la sociológica, la histórica o la económica, por aludir a las principales. El discurso de los derechos se articula a través de la confluencia y la complementariedad de todas ellas.

Cabe afirmar, por tanto, que abordar —y participar en— el discurso de los derechos implica una cierta división del trabajo. Esta división del trabajo puede ser entendida de diferentes formas. Por una parte, hace referencia a la pluralidad y complementariedad de puntos de vista a los que acaba de aludirse. Por otra, también puede darse en el interior de las aproximaciones particulares. Ello es especialmente evidente en el caso de la óptica jurídica. En efecto, el hecho de que el Derecho en general y los derechos en particular estén emplazados en el mundo de la *praxis* permite hablar de la existencia de cierta división del trabajo en el seno del discurso de los derechos. En este sentido, y sin que ello implique agotar el universo de posibilidades, podemos identificar a aquellos que trabajan en la teoría de los derechos y a aquellos que centran sus esfuerzos en la realización práctica de los mismos. Ambos sectores —y las responsabilidades que asumen en el desarrollo de sus respectivas tareas— no deben ser considerados compartimentos estancos sin conexión alguna entre sí. Cabe identificar, por una parte, a aquellos que, desde el mundo académico, se centran en la elaboración de un discurso justificativo de los derechos, en los problemas relativos a su concepto y fundamento, en su historia, en el análisis teórico de los sistemas jurídico-políticos que reconocen e integran derechos o en cuestiones dogmáticas, y, por otra, a aquellos otros cuya actividad se concentra en las circunstancias reales y efectivas en las que los derechos se disfrutan y se vulneran. Se habla aquí, por tanto, de los académicos y los prácticos o activistas.

Las responsabilidades de ambos colectivos están bien diferenciadas, y ninguno de ellos merece más reconocimiento que el otro. Afirmar la dimensión social y contextual de los derechos no debe comportar la infravaloración de la importancia de las propuestas teóricas, es decir, su calificación como meros efectos —y no como causas— de la cultura de los derechos (Friedman, 2014: 407-408). Si aquí se hace referencia a esta distinción no es tanto para afirmar la validez de la misma cuanto para subrayar la necesaria relación que ha de establecerse entre las dos perspectivas. Así, una teoría robusta y bien articulada pierde todo su valor si está construida de espaldas a los contextos sociales y políticos en los que los derechos están llamados a ser realizados. Considerando el significado moral, político, jurídico y social de los derechos, la construcción de una teoría desentendida de la realidad constituye una suerte de violación de la responsabilidad social, pero también política, de la teoría, en particular de la teoría de los derechos. Por otra parte, el activismo pierde mucho potencial si no está apoyado en un discurso teórico sólido y bien articulado. La efectividad del trabajo sobre el terreno está vinculada al hecho de este se halle respaldado por razones y argumentos convincentes. Desde el momento en que el discurso de los derechos debe gran parte de su potencial al convencimiento, al compromiso de los ciudadanos y las organizaciones con los derechos, y no solo a la mera existencia de una arquitectura institucional más o menos articulada, la elaboración de una teoría sólida constituye un sostén imprescindible de la práctica de los derechos<sup>1</sup>.

## 2. SER Y DEBER SER

El análisis sociológico del Derecho y de los derechos focaliza su atención en las condiciones reales de efectividad de las normas —que, en ausencia la misma, no pueden materializar su vocación de cumplimiento, rasgo compartido por todos los sistemas normativos—. Los problemas de efectividad son imaginables a partir de dos características muy relevantes para el análisis sociológico del fenómeno jurídico; es más, podría decirse que, sin ellas, dicho análisis perdería gran parte de su contenido y sentido. Estas características contribuyen a evitar aquella «pericolosa trappola cognitiva» consistente en afirmar que «se i diritti dell'uomo divengono norme obbligatorie, *eo ipso* essi divengono operativi nella realtà sociale» (Podgorecki, 1989: 137). La primera es la distinción entre el ser y el deber ser; la segunda, la incapacidad de autoaplicación de las normas y la necesidad de la intervención de un sujeto que materialice en la práctica su contenido. Dado que ambas características están vinculadas, la actitud del destinatario será la que determine la mayor o menor distancia entre el modelo de conducta prescrito en la norma y su materialización efectiva.

La distinción entre el ser y el deber ser es relevante a la hora de entender el funcionamiento del Derecho. En cuanto sistema normativo, el Derecho constituye una manifestación de un determinado deber ser. A través de las diferentes modalidades deónticas, su función es articular un modelo social mediante la regulación de las conductas a través del establecimiento de normas jurídicas. Así, el Derecho no pretende constatar la existencia de ciertos modos de comportamiento, sino que persigue el establecimiento de modelos de comportamiento.

El problema de la realización práctica es importante para el Derecho y los derechos. Desde el momento en que hablamos de un sistema normativo (jurídico, moral), identificamos una vocación de eficacia, de cumplimiento. Las normas no tienen una finalidad descriptiva, sino prescriptiva. Por tanto, la distancia entre la letra de la norma (de la que se derivan sus finalidades a través de un ejercicio interpretativo) y la realidad de la misma (el reflejo de la norma en la efectiva conducta de los individuos) es importante para el análisis jurídico tanto desde el punto de vista técnico como moral, dada la relevancia de los valores que pueden inspirar las normas y de los objetivos que están en juego.

Para entender esta doble perspectiva (texto y realidad, norma y comportamiento), es necesario cobrar conciencia del carácter instrumental y artificial del Derecho. Identificar esta dimensión del Derecho no implica menospreciar su sentido cultural y su valor moral. El hecho de que los individuos hayamos llegado a la conclusión de que es preferible articular la coexistencia en el interior de los grupos humanos a través de modelos de comportamiento —que son públicos en cuanto a su contenido y en lo que respecta a las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento— frente a otras estrategias como el puro ejercicio de la fuerza, de la violencia, debe ser interpretado como un gran avance civilizatorio. El reconocimiento de este hecho es compatible con la afirmación de que el Derecho sirve para hacer cosas, para articular acciones colectivas, para conseguir objetivos de diversa índole, desde la consecución de la más formal seguridad hasta la articulación de la convivencia de acuerdo con los derechos y con determinadas exigencias de justicia. A

partir de esta dimensión instrumental, resulta posible identificar en el Derecho déficits de una doble naturaleza: déficits técnicos y déficits morales.

Los déficits técnicos derivan de hechos tales como los errores en la formulación y en la articulación de la norma (entre ellos, los desajustes entre las finalidades que pretenden alcanzarse con la norma y los medios previstos al efecto), las dificultades interpretativas o la imposición de modelos de conducta difíciles de cumplir. Estas circunstancias, unidas a otras como la incompatibilidad con modelos culturales, el incorrecto uso del factor temporal, la falta de compromiso por parte de los encargados de la aplicación de la norma, o un deficiente recurso a sanciones (ya sean positivas o negativas) explican la ineficacia de la norma (Evan, 1966: 285-293; y Novoa Monreal, 1980). Los déficits morales se vinculan a la lectura moral que merece el contenido de la norma, y explican el rechazo moral del destinatario y, en su caso, la desobediencia al Derecho, llegando a justificarla.

En definitiva, la posibilidad de que el Derecho sea ineficaz puede constatarse desde diferentes perspectivas. Pues bien, esta ineficacia es será tanto más relevante —en términos de trascendencia social, política y moral— en función del sector jurídico que consideremos. En este sentido, la distancia entre lo prescrito por la norma y la realidad es especialmente grave en el ámbito de los derechos, esfera en la que, a partir de su naturaleza dialéctica (López Calera, 1990: 71-84), lo que está en juego son exigencias morales de primer orden. La ineficacia de las normas de derechos fundamentales adquiere una relevancia muy superior a la que se tiene lugar en otros sectores del ordenamiento. Al mismo tiempo, esa distancia, que puede ser analizada en términos de tensión o contradicción, constituye la justificación de la reivindicación de los derechos y de su potencial transformador de la realidad sobre la que operan. En efecto, la reivindicación de los derechos adquiere sentido en el momento en que se verifica una discordancia entre la pretensión moral y la realidad. Así, la protesta frente a lo existente ha sido uno de los grandes motores de la historia y de la fundamentación de los derechos que puede explicarse en términos de disenso (Muguerza, 1989: 19-56). Pero la ineficacia de las normas de derechos fundamentales también es especialmente relevante debido a la posición y la función que ocupan en el sistema jurídico y político. Recordemos, a este respecto, que en una de sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional español resaltó en estos términos la dimensión objetiva de los derechos: «[...] son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho» (STC 25/1981, de 14 de julio)<sup>2</sup>. De ello se desprende que los derechos funcionan como los elementos básicos que permiten reconocer el sistema como tal, de forma que su violación o su ineficacia suponen una perturbación grave del mismo. La ineficacia de los derechos y, por tanto, el fracaso en su función limitativa del poder son expresión de un incorrecto funcionamiento sistémico del modelo constitucional.

### 3. LOS DERECHOS COMO OBJETO DE LA SOCIOLOGÍA: EXIGENCIAS CONCEPTUALES Y ÁMBITO DE ANÁLISIS

Como se ha señalado anteriormente, los derechos son una realidad pluridimensional que puede ser analizada desde diferentes enfoques que son complementarios, no excluyentes. Cabe, en este sentido, pensar en las perspectivas histórica, antropológica, económica, sociológica, política y jurídica. La aproximación jurídica es la que suele interesar a los juristas, pero de ello no debe inferirse que es la única óptica posible. Ciertamente, una comprensión amplia y completa de los derechos —consciente, por tanto, de esa pluridimensionalidad— exige la confluencia o concurrencia de las diferentes perspectivas de análisis.

En el marco de la aproximación jurídica, resulta posible plantear distintos interrogantes. Ferrajoli (2001: 289-29) ha hecho referencia a cuatro cuestiones que pueden formularse en relación con los derechos: *i)* ¿cuáles son los derechos?; *ii)* ¿cuáles deben ser los derechos?; *iii)* ¿qué son los derechos fundamentales?; y *iv)* ¿qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son, de hecho, garantizados como fundamentales? Las respuestas a estas preguntas provienen de diferentes niveles del discurso jurídico: el de la ciencia jurídica positiva, el de la filosofía política o de la justicia, el de la teoría del Derecho, y el de la sociología del Derecho, respectivamente. La teoría jurídica de los derechos tiene como objetivo central aclarar qué se entiende por derechos fundamentales mediante la elaboración de un discurso que no dé la espalda a la configuración de los sistemas jurídicos, pero que tenga un carácter general. El análisis de las formas y estructuras de los derechos entendidos como instituciones jurídicas es compatible con el reconocimiento de la dificultad de llevar a cabo una teoría *pura* de los derechos, desde el momento en que estos son el resultado de la plasmación jurídica de dimensiones de moralidad fuertes que tiene lugar en entornos políticos y sociales determinados. El concepto de «derecho fundamental» no puede limitarse a dimensiones puramente formales y estructurales, ya que estas, en última instancia, adquieren sentido como expresión de elecciones morales y políticas. En todo caso, creo que no le falta razón a Ferrajoli cuando señala el carácter previo de la cuestión teórica respecto a todas las demás que pueden formularse en relación con los derechos. En efecto, solo si sabemos qué son los derechos fundamentales estamos en condiciones de afrontar las cuestiones referidas a la identificación de los que están reconocidos en determinado ordenamiento, a la mayor o menor justificación de esa inclusión o a la efectiva articulación y adecuación de mecanismos orientados a su tutela y garantía.

En contraste con otras aproximaciones a la realidad jurídica, la sociología del Derecho surgió y se desarrolló tardíamente (Treves, 1978), lo cual no quiere decir que la cuestión de la relación entre el Derecho y la sociedad sea novedosa. Lo mismo ocurre, en particular, con la sociología de los derechos. Más allá del hecho de que el saber sociológico se consolide a lo largo del siglo XIX, hay otras circunstancias que explican el tardío desarrollo de la sociología de los derechos. En este sentido, Renato Treves recordó «[...] il fatto che i diritti umani sono figli dell'illuminismo settecentesco e che la sociologia e la sociologia del diritto sono figlie del positivismo sviluppatosi nel secolo successivo. Non per nulla in quel secolo, Comte, e non soltanto Comte, hanno opposto, come è noto, all'affermazione dei diritti, quella dei doveri» (Treves, 1989: 8; también Turner, 2006: 5-6).

La sociología de los derechos humanos ha sido definida como el «[...] análisis científico de las condiciones sociales de efectividad de los derechos» (Aymerich, 2013). Considerando la multidimensionalidad de los derechos (su fundamento moral) y su proyección cultural y política, cuando se habla de la efectividad de los derechos es preciso recurrir a los factores culturales, políticos y filosóficos que están en la base de los derechos; si estas variables son ignoradas, no puede entenderse cómo y por qué los derechos se cumplen/incumplen. En este sentido, Aymerich ha señalado cuatro condiciones sociológicas básicas de la efectividad de los derechos humanos: «El monopolio de la violencia legítima en manos del Estado, una diferenciación interna del sistema social tanto en lo que se refiere a la división del trabajo social (Durkheim) como en la diferenciación de los subsistemas sociales (Luhmann), un cierto nivel de racionalización de la Administración tanto pública como privada —pero especialmente la segunda— y un cierto nivel de desarrollo y racionalización del sistema jurídico» (Aymerich, 2013). Ahora bien, hay que ir más allá para comprender las condiciones reales de efectividad. En otros términos: las condiciones expuestas son necesarias pero no suficientes. Es más, podríamos pensar que en realidad son condiciones aplicables al Derecho en términos generales y, por derivación, también a los derechos, pero no de manera particular y exclusiva a los derechos.

La reflexión sobre la efectividad de los derechos necesita, en efecto, trascender las condiciones aludidas. Hay otros elementos (culturales, ideológicos, etc.) cuya traducción empírica en ocasiones no es evidente y que han de ser tenidos en cuenta. Del mismo modo que la aproximación ética, jurídica, a los derechos es parcial, también lo es la aproximación sociológica. No se trata solo de identificar instituciones, comportamientos, reacciones sociales, sino también de saber si estamos hablando de derechos o no. Por eso, como veremos, es tan importante manejar un concepto de derecho determinado para evitar, en la medida de lo posible, que cuando se haga referencia a los «derechos» se hable de cosas diferentes (Freeman, 2017: 91). La especificidad de las condiciones de efectividad de los derechos viene determinada, también, por el peso del fundamento moral de los derechos. Es decir, hace falta algo más que una cultura de la legalidad. Es necesaria una cultura de los derechos, un convencimiento de la fuerza de los argumentos morales que están detrás de los derechos. Los indicadores, que son útiles para acometer el análisis cuantitativo aplicado a la efectividad de los derechos, posiblemente son incapaces de mostrar en toda su amplitud las razones de la eficacia/ineficacia de los derechos. O, cuando menos, estamos frente a elementos que no son tan fácilmente cuantificables como otras dimensiones de la ineficacia de los derechos.

El desarrollo del análisis sociológico de los derechos ha tenido que afrontar cierta resistencia por parte de la sociología a la hora de considerar que los derechos constituían su objeto de estudio, resistencia asociada, entre otras razones, a la influencia del positivismo y a la distinción entre sociología y filosofía del Derecho (Deflem y Chicoine, 2011: 103). Si para la primera los hechos sociales constituyen el objeto privilegiado de análisis, para la segunda lo son las normas jurídicas. Dado que la noción de justicia, la distinción entre Derecho justo y Derecho injusto, la misma idea de derechos no se consideran hechos sociales, para la sociología puede ser difícil tomarlos en consideración.

En efecto, la vocación de la sociología por el análisis de lo empírico explica que, en cierto sentido, los derechos hayan podido ser catalogados como un objeto de análisis «incómodo» desde el punto de vista sociológico. Freeman nos lo recuerda en estos términos: «Sociology has generally neglected human rights. This is partly caused by the different philosophical foundations of sociology and human rights. Nevertheless, sociology covers similar ground to that covered by human rights, *e. g.*, religión, poverty, race, minorities, gender, sexuality, disability» (Freeman, 2017: 110). A la hora de indagar en las razones de esta propensión teórica, hay que atribuir un papel relevante tanto a la herencia de Max Weber— concretamente, a su análisis del declive del Derecho natural frente a la emergencia de la nueva racionalidad jurídica— como a la caracterización de los derechos como mera ideología defendida por Marx (Rask Madsen y Verschraegen, 2013: 2). En realidad, la idea de que una persona tiene derechos por el solo hecho de serlo es anómala para la sociología, dicho esto en el sentido de que no deja de ser una abstracción ideológica: «Per la sociologia, è difficile accettare la visione dei diritti umani come valori universali che trascendono potenzialmente il contesto della società» (Blokker, Guercio, 2020: 38). Rask Madsen y Verschraegen han hablado, a este respecto, de un «obstáculo epistemológico». Los derechos de los que se ocupa la sociología deben tener una traducción empírica. Así, se ha afirmado que los «derechos naturales» son inaprehensibles para la sociología: «Human rights, for example, share much with natural rights arguments based on supposed inherent human traits, fundamental laws of nature, religious principles, historical experience, morality, and so forth. The problem for sociology is that such natural rights concepts exist within a universe that is unassailable and unknowable» (Roberts, 2013: 205).

A pesar de lo que acaba de decirse, lo cierto es que desde hace tiempo asistimos a un desarrollo del análisis sociológico de los derechos que comienza centrando su atención en las violaciones de los mismos (Arnaud y Fariñas Dulce, 1996: 220) y que, en opinión de Vincenzo Ferrari, constituye un vértice al que se reconducen los temas centrales de la actual sociología del Derecho (Ferrari, 2012: 275). El hecho de que vivamos en lo que se ha considerado «el tiempo de los derechos», la dificultad de reducir los derechos a meras normas jurídicas codificadas, la vinculación entre derechos y conflicto, y la necesidad de analizar los derechos en una óptica temporal se han presentado como elementos explicativos de ese desarrollo (Blokker, Guercio, 2020: IX-XIII). La compatibilidad entre este y las resistencias arriba señaladas está relacionada con algunas cuestiones importantes. Pensemos, por ejemplo, en el hecho de que el trabajo de la sociología de los derechos estará condicionado por el concepto de «derecho» que se asuma o en la circunstancia de que, dada la pluralidad de dimensiones a través de las cuales se articula el discurso de los derechos, es necesario identificar las limitaciones con las que se encuentra la aproximación sociológica a los derechos.

En relación con la primera cuestión, ciertamente para la sociología de los derechos es un desafío importante saber qué es un derecho. Disponer de un concepto de derecho es básico a la hora de identificar el ámbito de actuación del análisis sociológico, ya que dicho concepto va a actuar como punto de referencia. La investigación empírica necesita contar desde el inicio con un concepto de derecho para identificar su objeto de atención tanto en lo que se refiere al estudio de las condiciones de su reconocimiento y titularidad como en

lo que respecta al análisis de las situaciones y circunstancias de su violación. Sin embargo esta identificación es compleja desde el momento en que la idea de derecho no es unívoca. Ello hace que sea aún más importante estipular un concepto, dado que ello contribuye a superar lo que Aymerich ha considerado el principal problema de la investigación empírica en derechos humanos, esto es, la falta de una conceptualización teórica de los derechos (Aymerich, 2010: 14).

Precisamente por eso, antes de continuar, parece necesario detenerse en el concepto de derecho que se asume en este momento. Ello tiene un efecto clarificador importante, ya que estamos frente a un concepto ciertamente discutido cuya comprensión va a depender, entre otras cosas, del concepto de Derecho que previamente se asuma, lo cual implica, además, una determinada posición sobre las relaciones que el Derecho guarda con la moral y con el poder. En este sentido, los derechos fundamentales —a diferencia de los derechos humanos— son entendidos como instrumentos jurídicos. Esto es importante y tiene repercusiones básicas. La comprensión de los derechos fundamentales como instrumentos jurídicos adquiere significado, a su vez, en el marco de una determinada teoría de los derechos, en este caso la teoría dualista, para la que concepto de derecho es el resultado de la confluencia de dos dimensiones básicas: la filosofía de los derechos y el Derecho positivo de los derechos. Entendidos como instituciones jurídicas, estos son el resultado de la positivación —a través de la intermediación del poder político democrático— de una moralidad determinada que fundamenta y justifica los derechos (De Asís, 2001).

Se asume, por tanto, la idea de que solo resulta posible hablar de derechos en el ámbito del discurso jurídico cuando nos referimos a ciertas realidades juridificadas. Es decir, los derechos fundamentales son *instituciones jurídicas*. Ciertamente, puede emplearse el término «derecho» más allá del ordenamiento jurídico (no se está manteniendo aquí una posición sustancialista o esencialista al respecto); más allá de los confines de lo jurídico, es puede utilizarse la voz «derecho» con una importante carga semántica en el discurso político o moral. Por ello, es posible afirmar que los individuos son titulares de derechos «morales», más allá de lo que establezca un ordenamiento jurídico. El hecho de que los individuos sean portadores de pretensiones morales derivadas de su dignidad no puede hacerse depender de determinados mecanismos político-jurídicos institucionalizados. Pero los individuos solo tienen derechos fundamentales cuando en el ordenamiento jurídico al que están sometidos existen «normas de derechos fundamentales», esto es, normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico que sitúan a los sujetos titulares de esos derechos en una determinada posición en el mismo y que satisfacen los criterios de validez formal y material de ese ordenamiento. A partir de su positivación, la apelación a los derechos cobra fuerza específica en relación con su capacidad de resolver los problemas sociales (Luhmann, 2010: 122).

Especificar un concepto de derecho fundamental es importante, ya que permite hacer referencia a la relación específica que se establece entre el poder y los derechos fundamentales. A diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos jurídicos, el poder no puede «inventarse» los derechos fundamentales. Desde la sociología del Derecho, esto se explica en términos de Derecho «vivo» (Ehrlich) o de Derecho «intuitivo» (Podgórecki). Pero en el caso de los derechos nos estamos refiriendo a una entidad jurídica con un determinado fundamento. Si no existe

ese fundamento, no cualquier cosa puede convertirse en un derecho fundamental. Y para que podamos hablar de derechos hace falta también la concurrencia y la mediación de determinado poder, el poder democrático. Pero el poder no «crea» derechos. No se los inventa. Pueden tener un origen moral o social, o ser un producto de una decantación histórica, pero en todo caso se trata de un origen extrajurídico.

A partir de lo expuesto, tiene sentido prestar atención a la distinción entre la sociología de los derechos humanos y la sociología de los derechos fundamentales: «La expresión “derechos humanos” tiene, sobre todo, una connotación emotiva e ideológica, mientras que la de “derechos fundamentales” es una expresión con un preciso significado jurídico: derechos subjetivos reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico vigente. Así pues, la *sociología de los derechos humanos* es algo muy diferente de la *sociología de los derechos fundamentales*. Pues mientras la primera tiene por objeto la investigación sociológica de una ideología (y por tanto pertenece a la sociología de la decisión jurídica), la segunda estudia los aspectos sociales de determinados derechos subjetivos (teniendo, por consiguiente, su sede en la sociología institucional del Derecho, que investiga la implantación social de las instituciones de un ordenamiento jurídico concreto)» (Robles, 1993: 198).

De acuerdo con la anterior distinción, el ámbito de la sociología de los derechos humanos no estaría muy alejado del de la ética descriptiva o sociológica, entendido como aquel en el que «[...] se describe(n) los juicios de valor que se formulan en cierta sociedad en determinada época, dando cuenta de qué cosas los miembros de esa sociedad *consideran* justas o buenas» (Nino, 1983: 354). Conviene no olvidar que cuando hablamos de derechos fundamentales no estamos renunciando a la dimensión ética, aunque aquí la que prevalece es la ética institucionalizada. A partir de ahí puede constatarse en términos cuantitativos la reacción de los destinatarios de las normas jurídicas en relación con los imperativos que estas contienen. Es esa institucionalización la que permite superar las incertidumbres (cognitivas, motivacionales, organizativas) de las que nos habla Habermas cuando explica la relación entre la moral racional y el Derecho en términos de complementariedad (Habermas, 1998: 171 ss.). Solo cuando se produce esa institucionalización, esa positivación, puede determinarse con mayor certeza si se ha incumplido o no la norma. Por tanto, a partir de ese momento es posible recurrir a los indicadores de derechos humanos como herramienta básica del análisis sociológico de los derechos (García Cívico, 2011: 179-219; y 2014: 132-159) o a la aplicación de métodos estadísticos (Jabine y Claude, 1992). Los indicadores deberían estar diseñados de tal manera que estén en condiciones de superar las dificultades en la medición de la efectividad de los derechos, dificultades derivadas —en muchos casos— de la invisibilidad de las violaciones y del hecho de que, en ocasiones, los movimientos sociales elevan el listón a la hora de determinar cuándo estamos ante una violación creando un «changing standard of accountability» (Sikkink, 2017: 228).

En definitiva, la delimitación del ámbito de la sociología de los derechos implica la necesidad de distinguir conceptualmente entre derechos humanos y derechos fundamentales. La sociología en la que se está pensando aquí es la referida a los derechos fundamentales, que son aquellos que, como se ha señalado, están institucionalizados. A partir de su institucionalización (que implica su positivación y la tipificación de su violación) es posible «medir» o

comprobar de manera más certera la reacción de la sociedad frente a esas normas. Del mismo modo, es posible constatar y estudiar la influencia de esas normas en la sociedad. En el caso de que pensemos en los derechos humanos, el objeto de análisis se difumina, ya que estamos frente a un discurso eminentemente moral en el que no nos encontramos con la dimensión jurídica de los derechos fundamentales.

La referencia a la institucionalización de los derechos es compatible con el reconocimiento de una cierta (tendencia a la) «desinstitucionalización» de los mecanismos de protección y reivindicación de los derechos (Fariñas Dulce, 1998: 358). No cabe duda de que, en el ámbito de los mecanismos de garantía de los derechos, las instituciones públicas —estatales e internacionales— siguen teniendo una insuprimible responsabilidad cuya relevancia es paralela a las posibilidades efectivas (más las instituciones estatales que las supraestatales) de crear condiciones de disfrute y satisfacción de los derechos. Pero hoy asistimos a una expansión de las instancias, comenzando por las ONG y otras formas de organización de la sociedad civil, que adquieren un protagonismo cada vez mayor en la actuación cotidiana en la defensa de los derechos y en la denuncia de sus violaciones. Este creciente protagonismo puede explicarse desde dos puntos de vista. Por una parte, es una lógica reacción frente a la parálisis de los Estados a la hora de adoptar decisiones en defensa de los derechos ya por razones políticas e ideológicas, ya por razones técnicas y logísticas. El ejemplo de la actuación de determinadas ONG en el Mediterráneo para auxiliar a inmigrantes naufragados es el primero que viene a la mente. Pero también podemos pensar en el hecho de que, en muchas ocasiones, y ante una catástrofe natural, la ayuda de las ONG llega a su destino antes que la que envían las agencias estatales. Por otra parte, esa ampliación de instancias y actores tiene que ver con el carácter también expansivo de la cultura de los derechos y de la moralidad de los derechos. Esto es lo que explica que los individuos organizados de manera paralela al Estado quieran asumir su protagonismo en la defensa de los derechos. No obstante, conviene no olvidar que la efectividad y respeto de los derechos fundamentales exige la articulación de determinados mecanismos de garantía y protección que se desarrollan y asientan en el ordenamiento jurídico. Hay que reconocer que la «efectividad de los derechos» o su «buena salud» exige también la concurrencia de otros elementos o condiciones —culturales, sociales, políticos, económicos...—, pero sin mecanismos y garantías jurídicas esa efectividad posiblemente sería una mera ilusión. Y en este punto, las posibilidades a la hora de articular sistemas de garantía son amplias (Pérez Luño, 1988: 65 ss.; y Peces-Barba, 1995: 501 ss.).

La distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales implica asumir la tesis según la cual la relación entre los derechos fundamentales y el ordenamiento jurídico es circunstancial o contingente. En efecto, si observamos los datos que nos suministran los diversos ordenamientos jurídicos, podemos percibir que aquellos en los que se reconocen, respetan y protegen los derechos son ciertamente los menos. Se trata de ordenamientos que asumen determinada concepción de la moralidad que se manifiesta, precisamente, a través de las normas de derechos fundamentales. La presencia de normas de derechos fundamentales en un ordenamiento implica el reconocimiento de la relación que el Derecho puede mantener con cierta moralidad y también con cierto poder. En todo caso, hay que señalar que estas dimensiones son las que se encuentran tras determinados interrogantes que se

plantean en relación con el tema que nos ocupa: ¿por qué existen ordenamientos jurídicos que reconocen derechos? ¿Y por qué hay otros que no lo hacen? Estas preguntas pueden parecer simples o sencillas, pero lo cierto es que a ellas subyacen cuestiones y problemas que determinan el sentido, la caracterización y el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos. Es precisamente en el momento de responder a estas cuestiones cuando tenemos que plantearnos la vinculación entre la presencia de derechos en un ordenamiento jurídico, de un lado, y una determinada concepción del poder político y una propuesta moral específica, de otro.

Pero del carácter contingente de la relación entre derechos y ordenamiento pueden derivarse también consecuencias vinculadas al análisis sociológico de los derechos. En efecto, el análisis sociológico de los derechos fundamentales tiene sentido en relación con los ordenamientos en los que los derechos —en forma, cabe insistir en ello, de derechos fundamentales— tienen su acogida. Es ahí donde se estudiarán las condiciones de eficacia o ineficacia de los derechos. Y es también ahí donde las condiciones de ineficacia de los derechos pueden significar genuinas violaciones de las normas jurídicas. Ahora bien, el análisis sociológico también tiene sentido en aquellas situaciones en las que no se ha producido un reconocimiento jurídico de los derechos. Este es el ámbito en el que se desarrollará la sociología de los derechos humanos.

#### 4. UNA DIFÍCIL NEUTRALIDAD

Anteriormente se ha hecho referencia al hecho de que el análisis sociológico puede encontrarse con algunas limitaciones o problemas a la hora de abordar a los derechos en toda su plenitud como objeto de estudio. Estamos pensando ahora en aquellas dificultades que no derivan de las circunstancias sociales, económicas (fácticas en definitiva) que condicionan la efectividad de los derechos, sino, por el contrario, de aspectos teóricos y conceptuales.

La perspectiva de la sociología en general, y de la sociología del Derecho en particular, se caracteriza por la avaloratividad en su análisis de los hechos. Esto hace que su aplicación al ámbito de los derechos sea complicada (Aymerich, 2001: 32), y ello es así no tanto porque una dimensión de los derechos, la de su efectividad, no sea aprehensible para el enfoque sociológico, sino precisamente por el hecho de que la autoimpuesta avaloratividad de este enfoque puede dificultar la constatación de una dimensión muy importante de los derechos: la dimensión moral (es decir, aquella de la que surge en origen su normatividad).

No se trata, en este punto, de volver a la cuestión de si es posible la descripción de lo prescriptivo (aspecto que, como se sabe, ha concentrado la atención de la teoría del Derecho en controversias tan relevantes como la protagonizada por Hart y Dworkin) ni de regresar a la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo, sino de constatar que, dada la importante densidad moral de los derechos, una aproximación avalorativa puede no estar en condiciones de captar la totalidad de su significado y de ser

consciente de la amplitud de las implicaciones de los derechos. El peso de la dimensión axiológica, que dota de sentido y significado a las pretensiones morales que se manifiestan en forma de derechos, pone en evidencia las insuficiencias de las aproximaciones formales y asépticas al concepto de derecho (Ferrajoli, 2001: 290; y Ansuátegui Roig, 2013: 33-55).

Además, no debería parecer demasiado aventurado reconocer que, de la misma manera que es difícil que una aproximación avalorativa capte en su totalidad el significado de los derechos, también lo es que un discurso neutro y exquisitamente descriptivo sea capaz de captar el significado de las condiciones de efectividad (o la ausencia de las mismas) y del relato de las violaciones de los derechos. Posiblemente ello es así porque el término «derecho» puede identificarse con lo que Putnam denominó «palabras éticas densas»<sup>3</sup>. Con esta idea Putnam hace referencia a aquellos conceptos que representan tanto una dimensión descriptiva como normativa. Afirmar que un concepto ético es denso supone reconocer que, cuando se utiliza, no solo se describe determinado comportamiento; además, se expresa una valoración positiva de ese comportamiento porque se considera digno de elogio. Si el concepto de derecho es un concepto denso, entonces el mero relato de la violación en ocasiones puede incluir componentes valorativos.

La cuestión, por lo tanto, es saber hasta qué punto la avaloratividad de la aproximación sociológica es capaz de captar la pluralidad de significados de una realidad tan multidimensional y dotada de un contenido normativo (moral) muy denso como los derechos. Esta dificultad es la que, posiblemente, está detrás de la exigencia de «desmitificar» el fundamento de los derechos (Fariñas Dulce, 1998: 357). En realidad, lo que singulariza los derechos, lo que les confiere sustantividad en relación con otras normas del ordenamiento, es el peso de las razones sobre las que descansan. Y es ese peso el que condiciona o puede condicionar la eficacia/ineficacia de los derechos.

Christopher N. J. Roberts se ha referido a determinados problemas que condicionan el análisis sociológico de los derechos (Roberts, 2013: 207 ss.). En primero es la tensión entre normatividad y objetividad. En este punto, y dada la densidad normativa de los derechos, surge la cuestión de si es posible llevar a cabo un análisis empírico de los mismos, ya que parece difícil captar el sentido de los mismos prescindiendo de su fundamento. Por lo tanto, la cuestión que se plantea es saber si analizamos los derechos como objetos empíricos y sacrificamos una parte esencial de su naturaleza o si, por el contrario, integramos esas dimensiones normativas en el estudio y sacrificamos la orientación epistemológica que hace de la sociología de los derechos una auténtica sociología.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo que acaba de decirse, es preciso constatar que el sentido de los derechos no puede aprehenderse recurriendo exclusivamente a sus manifestaciones empíricas. Y ello por la sencilla razón de que los derechos no son solo entidades empíricas. En este sentido, nos encontramos aquí con un problema similar a aquel que tenemos que afrontar cuando nos preguntamos por la ontología del Derecho. El Derecho es una realidad que, a diferencia de otras, carece de magnitudes físicas. El Derecho —y las normas que lo integran— no puede ser identificado por su altura, su anchura, o su profundidad. Tampoco por su peso. Pero eso no quiere decir que no exista. Si no existiera, sería difícil comprender el sentido de los comportamientos humanos vinculados

a las normas. Es cierto que el Derecho se manifiesta como una práctica cuya existencia se puede constatar —o en la que se puede participar—, y cuyo sentido ha de ser entendido para comprender qué es. Cuando se trata de comprender el sentido del Derecho, la participación en la práctica sitúa al sujeto en una condición diferente a aquella en la que se encuentra cuando se limita a observar la práctica (La Torre, 2016: 115-147). Pues bien, de la misma manera que la constatación externa del Derecho como práctica no permite captar su esencia, cabe plantear si la perspectiva «externa» de la sociología tampoco es capaz de captar por sí misma la esencia de los derechos, habida cuenta de su denso contenido normativo, constituido por la referencia a valores y principios que forman parte de un discurso moral «extrajurídico». Una posible respuesta es que, en realidad, la función de la sociología no es captar el sentido de los derechos (de eso se ocuparía la filosofía), sino más bien mostrar y analizar las condiciones sociales de efectividad de los mismos de acuerdo con la definición de la sociología de los derechos señalada páginas atrás.

Sin embargo, no debemos olvidar que cuando hablamos de derechos (fundamentales) no estamos hablando de una dimensión jurídica cualquiera, sino de dimensiones normativas impregnadas de aspectos históricos, morales y políticos. Pues bien, aunque es posible llevar a cabo una descripción de una realidad normativa, esa constatación (la de la sociología) debe ser consciente de que sus herramientas metodológicas posiblemente no sean lo suficientemente aptas para aprehender todos los aspectos de una realidad que tiene tantas implicaciones morales y políticas como los derechos.

En tercer lugar, nos encontramos con el problema del nivel óptimo de estudio. A partir de las dificultades derivadas de la identificación ontológica de los derechos, pueden surgir dudas sobre las expresiones óptimas y las implicaciones del funcionamiento de los derechos, funcionamiento que puede producirse en distintos niveles: local, estatal y global. El análisis sociológico de los derechos, por tanto, deberá asumir la responsabilidad de identificar el ámbito en el que centra su atención y realizar una comparación de las conclusiones obtenidas en cada uno de los niveles.

El cuarto y último problema reenvía a la tensión entre la consideración de derechos como criterios de estabilidad a partir de normas y valores compartidos, de un lado, y su consideración como expresión de conflicto y estrategias de cambio, de otro. Esta tensión debe ser entendida a la luz del sistema jurídico en el marco del cual los derechos tienen que ejercer sus funciones. En este sentido, el ejercicio y la garantía de los derechos están llamados a ser una condición de estabilidad del sistema en un contexto democrático en el que, por una parte, los derechos forman parte de la razón de ser del mismo (la organización institucional está encaminada a materializar su garantía) y, por otra, constituyen obligaciones —activas y pasivas— reconocidas jurídicamente. En un contexto no democrático, la reivindicación de derechos está directamente orientada a la transformación del sistema y a la creación de estructuras de ejercicio y garantía hasta ahora inexistentes. En cualquier caso, tanto en una situación democrática como en un escenario no democrático los derechos no pueden renunciar en ningún caso a su potencial emancipador, ya que de otro modo abdicarían de su razón de ser.

## 5. FUNCIONES Y DIMENSIÓN DINÁMICA DE LOS DERECHOS

Del mismo modo que el análisis sociológico del Derecho ha centrado su atención en las funciones del Derecho, uno de los ámbitos preferentes del análisis sociológico de los derechos es el análisis funcional de los derechos. En ambos casos nos encontramos en un marco caracterizado por una dinámica en la que la reflexión sobre el Derecho (y sobre los derechos) pasa de privilegiar las dimensiones estructurales a enfatizar las dimensiones funcionales. Como se sabe, esta es la dinámica a la que se refirió Norberto Bobbio cuando habló del paso de la estructura a la función en el análisis de la teoría del Derecho (Bobbio, 1977). En efecto, el cambio de orientación metodológica que estudia Bobbio afecta a los derechos no solo en el análisis teórico que se hace de los mismos, sino también en el terreno de las implicaciones prácticas, las garantías y la eficacia de los derechos. Fue el mismo Bobbio el que reivindicó que el problema básico de los derechos, en presencia del consenso expresado a través de la Declaración Universal de 1948, era el de la profundización de los mecanismos de protección (Bobbio, 1966: 8). Esta reivindicación de la garantía de los derechos no implica una contradicción con el trabajo referido a la reflexión conceptual y fundamentadora de los derechos. Si así se entendiera, olvidaríamos la necesaria interrelación —a la que se ha aludido al principio de este escrito— entre las dimensiones teóricas y prácticas en el discurso de los derechos. Ahora bien, como se ha señalado, la reivindicación del «diálogo constante» entre el fundamento y la realización de los derechos no implica necesariamente recurrir a una fundamentación «[...] universalista, fundamentalista, abstracta, suprahistórica o descontextualizada, metafísica, idealista, y de carácter absoluto en el tiempo y en el espacio» (Fariñas, 1998: 362). En efecto, el reclamo de la relevancia de la labor fundamentadora no implica necesariamente la identificación con una propuesta concreta.

La referencia a las funciones que desarrollan los derechos exige formular algunas cautelas. En este sentido, Pérez Luño ha llamado la atención sobre el hecho de que «[...] “funcionalizar” los derechos choca abiertamente con la tradicional concepción de tales derechos como *finés en sí mismos*» (Pérez Luño, 1988-89: 194). En efecto, parece que existir una tensión entre la consideración de los derechos como la razón de ser del sistema, como los objetivos a alcanzar respecto a los cuales la organización jurídica y política presenta una naturaleza instrumental, de un lado, y la visión de los mismos que precisamente les atribuye esa dimensión instrumental, de otro. La cuestión saber, por ejemplo, en qué medida son armonizables enunciados como el del artículo 10 de la Constitución española («La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social») y la afirmación de que los derechos fundamentales tienen una dimensión funcional en virtud de la cual sirven para conseguir fines que les trascienden. Posiblemente esta tensión pueda entenderse mediante un correcto enfoque de la relación entre los derechos, entendidos como instituciones jurídicas, y los valores en los que se fundamentan. Así, los derechos son las estrategias a través de las cuales se implementan y materializan las exigencias de los valores que constituyen su fundamento. Es decir, cuando una sociedad asume como referentes determinados contenidos morales, valores o principios

éticos, e intenta organizar el modelo social de acuerdo con las exigencias de los mismos, la estrategia que emprende consiste en articular un sistema de derechos fundamentales. Es en este sentido, y no en otro, en el que debe hacerse referencia a la funcionalización de los derechos. Una funcionalización —o mejor, instrumentalización— de los derechos muy diferente es la que tiene lugar, por ejemplo, en aquellos casos (pensemos en determinadas intervenciones militares por supuestas «razones humanitarias») en los que tras la apelación a los mismos se esconden objetivos o finalidades que nada tienen que ver con el discurso de los derechos y sus exigencias. Son situaciones propiciadas por la posibilidad de un uso retórico de los derechos. Se trata, por tanto, de evitar una funcionalización de los derechos que podría «[...] hacer borrosas las propias señas de identidad del orden constitucional de los Estados de Derecho, al relativizar y tornar imprecisos no solo los fines constitucionales que los derechos encarnan, sino la significación misma de su catálogo de libertades» (Pérez Luño, 1988-89: 196).

En todo caso, el análisis de las funciones que los derechos desarrollan en el marco de los sistemas constitucionales debe realizarse a la luz del ideal regulativo que guía y da sentido al modelo y que está estrechamente relacionado con la limitación del poder. Aquí también cabe constatar una dimensión funcional o instrumental de los derechos: son las estrategias jurídicas mediante las cuales se someten las dimensiones del poder que, potencial o realmente, se constituyen como impedimentos de la materialización de las exigencias que anidan en los valores que fundamentan los derechos, a la cabeza de los cuales está la dignidad humana. Como es sabido, esa función de límite puede presentarse en forma de obligaciones negativas o de obligaciones positivas, de las que se derivan diferentes formas de violación<sup>4</sup>.

A la hora de analizar las funciones que desarrollan los derechos fundamentales, cabe recurrir una doble perspectiva. Así, en un primer momento podemos pensar en las funciones que los derechos fundamentales desarrollan como tales en el interior del ordenamiento jurídico que los integra. En un segundo momento, podemos hacer referencia al rol de los derechos fundamentales en las funciones que desarrolla un ordenamiento jurídico en su interacción con la sociedad y a través de las cuales ejercen el control social sobre la misma.

En primer lugar, las funciones que las normas de derechos fundamentales desarrollan en el interior de un sistema jurídico que los integra vienen condicionadas por la naturaleza constitucional de las mismas. El hecho de que las normas de derechos fundamentales sean normas constitucionales las dota del carácter expansivo que tiene la propia constitución y que caracteriza su posición en el sistema jurídico-político (Guastini, 2002: 147-172). A partir de ahí, los derechos fundamentales funcionan como norma básica de identificación de normas, presentándose, por tanto, como criterios de validez (Peces-Barba, 1995: 416-423) que permiten responder a la pregunta ¿qué se manda?, que, junto a las preguntas ¿quién manda? y ¿cómo se manda? constituyen las cuestiones que determinan la validez de las normas. Así, las normas de derechos fundamentales condicionan el resto de contenidos del ordenamiento jurídico, lo cual está directamente relacionado con la idea de legalidad selectiva (Fernández, 1997: 102) que caracteriza el concepto material o sustancial de Estado de Derecho, es decir, aquel que reconoce a los derechos fundamentales como un

elemento definitorio y necesario del mismo, a diferencia del modelo formal, que identifica el Estado de Derecho exclusivamente con el principio de legalidad. El reconocimiento y la implementación de los derechos es el elemento que diferencia a un Estado de Derecho de un simple Estado con Derecho.

La vinculación conceptual entre derechos fundamentales y Estado de Derecho obliga a tener en cuenta que las funciones que los derechos fundamentales desarrollen en el interior del sistema jurídico-político estarán condicionadas por el hecho de que nos encontremos en presencia de uno u otro modelo de Estado de Derecho. Cada modelo de Estado de Derecho —liberal, social, democrático— (Díaz: 1966) asume un compromiso mayor o menor con diferentes tipos de derechos (individuales, sociales, políticos), de forma que la funcionalidad de los mismos será mayor o menor en cada caso. Al fin y al cabo, esa funcionalidad vendrá determinada por la coraza normativa que acompañe a los derechos y por la articulación de mecanismos de garantía. Y, en todo caso —es importante subrayarlo—, estamos hablando de funciones (de defensa, asistenciales o de participación) que han de entenderse como complementarias y no excluyentes, en la línea de la relación que se establece entre los diferentes modelos de Estado de Derecho: así, el Estado de Derecho social no constituye un modelo contradictorio con el liberal, sino que debe entenderse como construido a partir de las insuficiencias y contradicciones de este, pero sin desconocer sus virtudes.

Por otra parte, los derechos fundamentales contribuyen a definir la posición que los ciudadanos ocupan en el seno del sistema jurídico-político. La propuesta de Robert Alexy, que señala que los derechos se presentan como un «haz de posiciones iusfundamentales» (Alexy, 1993: 241) expresa bien esta idea. En este sentido la función de los derechos fundamentales es definir el estatus de ciudadanía, desde el momento en que constituyen su contenido. Los derechos son elementos imprescindibles a la hora de establecer las condiciones del vínculo social. Son los elementos definitorios del concepto de ciudadanía tanto en lo que respecta a la titularidad de derechos como en lo que hace a la pertenencia «de pleno derecho» (Marshall, 1998: 37; Ansuátegui Roig, 2014: 43-47) a la comunidad. Estamos, en realidad, en presencia de las nociones, vinculadas entre sí, de titularidad y pertenencia.

En segundo lugar, además, las funciones que desarrollan los derechos pueden analizarse en el marco de un discurso más genérico sobre las funciones del Derecho, entendidas como «[...] las consecuencias sociales del Derecho intentadas o efectivas» (Raz, 1979: 165).

Los derechos fundamentales desarrollan una función de canalización del conflicto en el marco de la más amplia función de integración llevada a cabo por el Derecho. La canalización del conflicto tiene que ver tanto con el establecimiento de los marcos en los que el conflicto —consustancial a la sociedad— debe producirse como con los límites de ese conflicto. En este sentido, los derechos fundamentales establecen los ámbitos de intangibilidad que, en todo caso, han de respetarse en la gestión y resolución de controversias. La limitación de la actuación de los poderes —públicos y privados— tiene su razón de ser en la garantía de las exigencias de los derechos.

Pero, al mismo tiempo, los derechos (en particular, derechos como la objeción de conciencia, pero también otros como la libertad de expresión y la libertad de crítica) funcionan como «válvula de escape» del sistema. El Derecho es un sistema normativo orientado a regular la vida humana social a través del establecimiento de modelos de conducta. Esos modelos de conducta, que son los que estipulan los preceptos jurídicos, presentan una evidente naturaleza normativa en la mayoría de los casos. Pero también es indudable que las obligaciones impuestas por el Derecho no son las únicas que afectan al individuo. A su vez, este está vinculado por obligaciones impuestas desde otros sistemas normativos —que él mismo admite—, en particular por el sistema normativo moral. Pues bien, uno de los rasgos que diferencian a los sistemas jurídicos democráticos respecto a los no democráticos es precisamente que, para los primeros, las posibles colisiones entre las obligaciones impuestas por el Derecho y aquellas otras admitidas por la moral individual no son una cuestión en absoluto irrelevante. Ciertamente, esta es una especificidad de los sistemas democráticos. Debemos recordar que el individuo es el protagonista último y principal del sistema democrático, que está encaminado precisamente a garantizar las máximas condiciones posibles de realización de la autonomía individual, articulando para ello, entre otras cosas, un sistema de derechos. En los sistemas democráticos se es consciente de la contradicción que en ocasiones puede producirse entre los dictados del Derecho, enderezados a articular un determinado modelo de organización social, y los dictados de la moral individual, dirigidos a desarrollar las exigencias de las concepciones individuales sobre el mundo y la vida. Y es en este contexto en el que se plantea la objeción de conciencia «con repercusión jurídica». Se subraya la «repercusión jurídica» desde el momento en que, en aquellos ordenamientos en los que está positivado, el derecho a objetar por imperativos de conciencia no se configura como un derecho a objetar ante cualquier tipo de obligación jurídica y en relación, por tanto, con cualquier tema o cuestión. Por el contrario, solo cabe —como derecho— en aquellos casos tasada y explícitamente establecidos por el Derecho en los que el sistema jurídico político asume la relevancia moral y política que puede tener el conflicto entre el deber jurídico y el deber moral y admite que está justificado no solo, o no ya, desde el punto de vista moral (en el que el sistema jurídico no entra, o no debería entrar), sino desde el punto de vista jurídico que el individuo atienda a los requerimientos de su conciencia individual antes que a los impuestos *prima facie* por el Derecho. En este sentido, la objeción de conciencia se presenta como una «válvula de escape» del propio sistema que tiene la función de permitir la oposición o la discrepancia respecto a determinadas obligaciones sin necesidad de desobedecer al Derecho, sin necesidad de situarse fuera del sistema. Estamos, según la terminología de Gregorio Peces-Barba, ante un caso de institucionalización de la resistencia (Peces-Barba, 1988-89: 159-176; y 2010: 352-372).

Sabemos que el Derecho desempeña, en concurrencia con otros sistemas normativos, una muy importante función de orientación de comportamientos. En realidad, esa es la estrategia básica de intervención jurídica: la articulación de un determinado modelo social mediante el establecimiento de modelos de comportamiento —las normas— con validez general. La eficacia de las normas de derechos va a depender, entre otras cosas, de su mayor o menor relación de adecuación a los modelos culturales y a los patrones morales admitidos y compartidos en la sociedad. Esa relación es tanto más problemática en sociedades

plurales, caracterizadas por la diversidad de esos referentes (Solanes Corella: 2018), que en ocasiones entran en conflicto. Por ello, en la medida en que los derechos tengan la capacidad de representar el mínimo moral común, su potencial integrador aumentará.

También, en los sistemas democráticos —que, por otra parte, son aquellos en los que es posible imaginar la viabilidad de los derechos fundamentales— las normas jurídicas desarrollan una función de legitimación del poder desde una doble perspectiva: tanto la referida a la identificación y designación del poder como la referida a su ejercicio. Pues bien, ambas perspectivas se articulan a través del ejercicio de derechos fundamentales. En el primer caso, el protagonismo de los derechos de participación en sus vertientes activa y pasiva es evidente.

Los derechos fundamentales desarrollan también una importante función pedagógica. Por una parte, constituyen un elemento básico en la configuración del sistema educativo en una sociedad democrática<sup>5</sup>. A partir de ahí, es útil diferenciar entre la educación de los derechos y la educación en los derechos. Los derechos, los valores en que se inspiran, no deben ser únicamente considerados como objeto de la educación, sino también como vehículos de la misma. La educación en los derechos implica la formación en valores. Solo a partir de ella es posible el compromiso con los derechos, un compromiso individual y colectivo sin el cual toda la estructura institucional de los derechos carece de base sólida (Peces-Barba, Frenández, De Asís, Ansuátegui: 2007; y Ramírez y Moon, 2013: 191-213). En este sentido, es interesante constatar la existencia de una retroalimentación entre el convencimiento de la ciudadanía en relación con los derechos y la operatividad de los mismos. Adam Podgórecki ha identificado esta vinculación al señalar que de ese convencimiento se derivan tres consecuencias (Podgórecki, 1989: 138). En primer lugar, más fuerte es la opinión de que determinadas pretensiones morales, que originariamente pueden ser reivindicadas como derechos morales o como derechos naturales, sean juridificadas, transformándose en derechos fundamentales, lo que reduce la distancia entre los postulados éticos y la realidad empírica; en segundo lugar, más fuerte es la presión social a favor de la realización efectiva de los derechos; en tercer lugar, esa presión actúa como mecanismo de vigilancia y fiscalización de la actitud de los poderes públicos.

Por otra parte, como es sabido, a la hora de hablar de funciones del Derecho se subraya la importancia de dos funciones (la represiva y la promocional) relacionadas, a su vez, con dos modelos de Estado: más abstencionista y liberal el primero, y más intervencionista y social el segundo. En relación con la función represiva, el papel de los derechos es fundamental. Por una parte, los derechos permiten identificar los bienes jurídicos básicos cuya violación o desconocimiento se vincula a las conductas tipificadas. Por otra parte, y teniendo en cuenta que el ejercicio de la función represiva es posiblemente la más intensa manifestación de la dimensión punitiva del Estado, los derechos fundamentales despliegan aquí toda su vocación garantista y limitadora. Vocación garantista que condiciona tanto la articulación —desde el punto de vista formal o procedimental— de esa dimensión punitiva como los límites que no pueden traspasarse en la imposición del reproche penal, de la sanción. No por casualidad el proceso de humanización del Derecho penal y procesal constituye una de las etapas principales del desarrollo histórico de los derechos en la mo-

derinidad. Respecto a la función promocional, los derechos constituyen criterios que guían la acción de los poderes públicos no solo desde el punto de vista de la constitución de barreras infranqueables, sino también desde la perspectiva de los fines u objetivos a alcanzar.

Cabe subrayar aquí que la distinción entre las funciones represiva y promocional se ha vinculado con otra distinción entre diferentes modelos de Estado, el liberal y el social, entendidos ambos no como modelos necesariamente contradictorios sino más bien — como se ha señalado anteriormente— complementarios, en la medida en que el segundo se justifica a partir de las insuficiencias y contradicciones del modelo liberal y el intento de superarlas. Así, el modelo social añade a la irrenunciable función represiva la función promocional. Ello, sin embargo, no quiere decir que exista una correspondencia entre la función represiva y los derechos de autonomía —o liberales, es decir, aquellos que se vinculan al Estado liberal—, de un lado, y la función promocional y los derechos prestaciones —o sociales, a saber, los que se vinculan al modelo social—, de otro. Partiendo de la constatación de que los derechos individuales no deben ser necesariamente identificados como derechos-autonomía y los derechos sociales tampoco son siempre y necesariamente derechos-prestación (Ansuátegui Roig, 2014: 18-24), puede llegarse a la conclusión de que la función represiva también tiene que activarse en garantía de los derechos sociales, dado que no solo pueden ser violados mediante omisiones sino también mediante acciones.

El Derecho también desarrolla una muy importante función de seguridad, que puede ser entendida de diferentes maneras. El Derecho es un mecanismo de información que genera seguridad a los destinatarios de las normas. Estas funcionan como esquemas de información mediante los cuales los sujetos conocen las conductas obligatorias, prohibidas o permitidas, así como las consecuencias de la conformidad o disconformidad con los modelos de comportamiento. En ese sentido, la presencia de las normas ofrece información al destinatario de las mismas. Esta información se identifica con la seguridad jurídica en su dimensión formal. Pero la seguridad tiene otra dimensión, material en este caso. Es la que tiene que ver con la situación en que se encuentra el sujeto frente a situaciones en las que se puede encontrar a lo largo de su existencia y que vincula el discurso de la seguridad con el de la igualdad material (Peces-Barba, 1993: 293). Estas situaciones, permanentes o temporales, pueden provocar o intensificar las condiciones de vulnerabilidad y, por tanto, las situaciones de exclusión provocadas por el debilitamiento del vínculo social. Es aquí donde el reconocimiento y la garantía de derechos protege al individuo y le proporciona seguridad frente al futuro a partir de la satisfacción de bienes y necesidades básicas.

La reflexión sobre las funciones que desarrollan los derechos debe ser bien consciente del diferente enfoque que se asume en función de la perspectiva —descriptiva o normativa— de análisis. No es lo mismo identificar cuáles son las funciones que, *de facto*, desarrollan los derechos reconocidos en un sistema que abordar la cuestión de cuáles deberían desarrollar. Esta distinción puede relacionarse con aquella otra, a la que ya se ha hecho referencia, que diferencia derechos humanos y derechos fundamentales. Señalar el potencial transformador de la reivindicación de los derechos humanos (que no han sido aún positivos y garantizados) no implica negar a los derechos fundamentales esa potencialidad transformadora. Pero, en todo caso, la distinción es expresión de que, en un caso, los derechos

son argumentos para modificar un sistema que no los reconoce, mientras que en el otro son señas de identidad de un sistema que se caracteriza, precisamente, por reconocerlos.

En fin, es importante subrayar que el análisis de las funciones de los derechos debe llevarse a cabo en el contexto de una interpretación evolutiva de los mismos. Es esta interpretación la que permite adecuar el significado de los derechos al cambio de las circunstancias sociales<sup>6</sup>. La interpretación evolutiva de los derechos determina el sentido y significado de los derechos, que cambia en función de la transformación social. Y permite asegurar la eficacia de derechos en contextos sociales muy diferentes a aquellos en los que fueron reivindicados originariamente.

Esta referencia a la interpretación evolutiva de los derechos permite concluir con una referencia a la transformación de las funciones que los derechos han desarrollado a lo largo de la historia. Esta es una circunstancia que deriva del carácter histórico de los derechos (Peces-Barba, 1988: 227-264) y que permite constatar que los efectos de la juridificación de las pretensiones morales que identificamos con los derechos han sufrido una transformación a lo largo del tiempo —que, a su vez, es el resultado de la transformación de los contextos históricos—. Así, a partir de la positivación de los derechos, el proceso de generalización se orienta a favorecer una ampliación tanto de los titulares como de los derechos: la ampliación de titulares de los derechos se produce, entre otras cosas, gracias a la superación de los mecanismos del sufragio censitario y la subsiguiente extensión de los derechos de participación política, que ahora ya no van a hacerse depender del disfrute de riquezas, rentas, o del género; por su parte, la ampliación de los derechos viene determinada por la inclusión de nuevos derechos en los textos jurídicos como resultado de las reivindicaciones y conquistas sociales. Por cierto, cabe recordar que, al igual que ocurre con el proceso de positivación, el de generalización tampoco debe entenderse como una fase culminada. Cosa similar ocurre con la internacionalización de los derechos, que se produce cuando la juridificación trasciende a los Estados concretos y tiene lugar en el seno de organismos internacionales y supranacionales a raíz de la constatación, por una parte, de violaciones de derechos que no solo desbordan las fronteras de los Estados concretos, sino también la capacidad de respuesta, reacción y persecución por parte de estos; y, por otra, de que en muchas ocasiones, es el propio Estado el causante de las vulneraciones de los derechos. Ambos argumentos justifican la acción coordinada de los Estados y, al mismo tiempo, el control de su acción respecto a los derechos. En fin, el proceso de especificación es el resultado de la consideración de la importancia que, a efectos del reconocimiento y el ejercicio de derechos, tiene el hecho de que el individuo se encuentre en determinadas situaciones y posiciones particulares y no compartidas con los otros. En realidad, el hecho que justifica el proceso de especificación no es que determinados individuos se encuentren en una situación diferente respecto a los demás (esa situación puede ser de ventaja), sino que determinados sujetos estén en una posición de desventaja respecto a los otros, desventaja provocada por la situación en la que se encuentran. En este sentido, se asume como imperativo la resituación o el reposicionamiento de dichos individuos. Se reconocen, así, los derechos del individuo *situado* desde el momento en que se admite que los sujetos pueden encontrarse en determinadas circunstancias que justifican un trato diferenciado, por

razón de esa situación, tendente a lograr que las condiciones de desventaja sean superadas. Por tanto, en este proceso se materializan exigencias de la igualdad como diferenciación. Cabe señalar también que dicho proceso implica, por lo general, actuaciones positivas del Estado orientadas a proteger a determinados colectivos. Se pone en marcha, entonces, una estrategia de reconocimiento de nuevos derechos en el marco de una dinámica que puede ser caracterizada como una aplicación de la igualdad como diferenciación. Esta dinámica implica un discurso relativo a aquellas diferencias o posiciones que se consideran relevantes y que justifican, por tanto, un trato específico. En este punto, podemos considerar que la mayor o menor relevancia de las diferencias y de las situaciones va a depender: *i)* de su relevancia objetiva; y *ii)* de la percepción social de esa relevancia. Este es un proceso en el que cabe observar que la reivindicación y titularidad de los derechos no puede considerarse un proceso abstracto, sino más bien un desarrollo que adquiere sentido en el marco de un contexto social determinado.

Será precisamente en el marco de la naturaleza dinámica de los derechos donde la sociología de los derechos desarrolle sus potencialidades descriptivas y prospectivas, que están vinculadas entre sí. Si mediante las primeras identificará los obstáculos que dificultan la efectividad de los derechos, a través de las segundas reconocerá nuevos ámbitos de sensibilidad social que pueden generar la reivindicación de nuevos derechos. Esta tarea tiene que ser llevada a cabo en un contexto caracterizado por lo que Vincenzo Ferrari ha denominado «il paradosso dei diritti fondamentali», que se produce cuando concurren elementos universalistas y particularistas en el discurso de los derechos (Ferrari, 1997: 315-321). Es precisamente esa paradoja la que permite afirmar que el de los derechos es un buen escenario para analizar las relaciones entre el Derecho y la sociedad.

## NOTAS

1. La importancia del compromiso y del convencimiento para la real efectividad de los derechos tiene que ver con la dimensión moral de los mismos (de la que deriva la necesidad de aceptación como requisito de la normatividad) y de alguna manera podría significar un contrapeso frente a la desconfianza que George Steiner tiene respecto al lugar de las teorías y del principio de verificación en el ámbito de las humanidades y de las ciencias sociales. Al respecto, *vid.* Steiner (1997: 17-18; y 2016: 23).
2. La STC 53/1985, de 11 de abril, declara que los derechos fundamentales «[...] son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política».
3. Señala Putnam: «Nuestras “máximas”, y las “leyes” que nos imponemos al universalizar las máximas, contienen ellas mismas términos de valor, en particular “palabras éticas densas” tales como “amable”, “cruel”, “impertinente”, “considerado”, “insensible”, etc. Por poner un ejemplo, es una regla de conducta implícita, si no por completo explícita, para todo ser humano respetable (esto es, una regla de conducta que tal vez ninguno de nosotros logra siempre obedecer, pero que

sin embargo aspiramos a cumplir) que uno debería tratar con “amabilidad” a aquellos con los que se encuentra en la vida, especialmente a aquellos que están en apuros o en dificultades, a menos que haya una razón moral concluyente de que no debemos hacerlo. Existen reglas de conducta similares que le ordenan a uno, por ejemplo, evitar la “crueldad”, evitar la “impertinencia”, evitar la “humillación”, de los otros, ser “considerado” con los pensamientos y sentimientos de otros, etcétera» (Putnam, 2008: 55; *vid.*, también, Putnam, 2004: 49-59).

4. Ferrajoli (2007: 684-691) se ha referido a las antinomias y a las lagunas como vicios, sustanciales, en un caso, y estructurales en otro, derivados de la comisión de una decisión prohibida o de la omisión de una decisión obligatoria.

5. La vinculación entre los derechos y el sistema educativo viene reconocida en el art. 26.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos («La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz»), precepto que inspiró claramente la redacción del art. 27.2 de la Constitución española («La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»).

6. En un caso paradigmático a la hora de mostrar la adecuación del significado de las instituciones y de los conceptos a la transformación social y cultural, el Tribunal Constitucional español recurrió a la interpretación evolutiva de la institución del matrimonio para reconocer el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio en la STC 198/2012, de 6 de noviembre.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (2013): «Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* (o los límites de la teoría del Derecho)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX.
- (2014): *Rivendicando i diritti sociali*, Bari: Edizioni Scientifiche Italiane.
- ARNAUD, André Jean y María José FARIÑAS DULCE (1996): *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado.
- AYMERICH OJEDA, Ignacio (2001): *Sociología de los derechos humanos, Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2010): «Closing the gap between theoretical and empirical research on sociology of human rights; a common conceptualization for both sides», *Papeles El tiempo de los derechos*, 13 [en línea] <<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/7765>>.
- (2013): «Sociología de los derechos humanos», en G. Escobar Roca (dir.), *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.
- BLOKKER, P., GUERCIO, L., (2020): *Sociologia dei diritti umani*, Firenze: Mondadori.
- BOBBIO, Norberto (1966): «L'illusion del fondement absolu», en VV.AA., *Le fondement des droits de l'homme* (Actes des entretiens de l'Aquila, 1-19 septembre 1964), Florencia: Institut International de Philosophie & La Nuova Italia.
- (1997): *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milán: Edizioni di Comunità.
- DE ASÍS ROIG, Rafael (2001): *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Madrid: Dykinson.

- DEFLEM, Mathieu y Stephen CHICOINE (2011): «The Sociological Discourse on Human Rights: Lessons from the Sociology of Law», *Development and Society*, 40(1).
- DÍAZ, Elías (1966): *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Madrid: Cuadernos para el diálogo.
- EVAN, William M. (1966): «Law as an Instrument of Social Change», en A. W. Gouldner, S. M. Miller (eds.), *Applied Sociology: Opportunities and Problems*, New York: Free Press.
- FARIÑAS DULCE, María José (1998): «Los derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica», *Derechos y Libertades*, 6.
- FERNÁNDEZ, Eusebio (1997): «Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho», *Sistema*, 138.
- FERRAJOLI, Luigi (2001): «Los fundamentos de los derechos fundamentales», en Id. ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- (2007): *Principia Iuris*, v. II, Bari: Laterza.
- FERRARI, Vincenzo (1997): *Lineamenti di sociologia del diritto. I. Azione giuridica e sistema normativo*, Bari: Laterza.
- (2012): «Sul futuro della sociologia del diritto», *Rivista di Filosofia del Diritto*, 2.
- FREEMAN, M. (2017): *Human Rights*, Cambridge: Cambridge Polity Press.
- FRIEDMAN, Lawrence M. (1978): *Il Sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bolonia: il Mulino.
- (2014): «The Level Playing Field: Human Rights and Modern Legal Culture», *Hong Kong Law Review*, 44(2).
- GARCÍA CÍVICO, J. (2011): «Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza», *Derechos y Libertades*, 24.
- (2014): «Indicadores y eficacia de los derechos», en M. J. Bernuz Beneitez y M. Calvo García (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GUASTINI, Riccardo (2002): «La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento», en T. Mazzaresse (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín: Giappichelli.
- HABERMAS, Jürgen (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, intr. y trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta.
- JABINE, Thomas B. y Richard P. CLAUDE (eds.) (1992): *Human Rights and Statistics. Getting the Records Straight*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- LA TORRE, Massimo (2016): «“Esistenzialismo” e istituzionalismo», en G. Bongiovanni, G. Pino y C. Roversi (a cura di), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Turín: Giappichelli.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás (1990): «Naturaleza dialéctica de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, VI.
- LUHMANN, Niklas (2010): *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, México: Universidad Iberoamericana.
- MARSHALL, Thomas H. (1998): *Ciudadanía y clase social*, trad. de P. Linares, Madrid: Alianza.
- MUGUERZA, Javier (1989): «La alternativa del disenso», en VVAA, *El fundamento de los derechos humanos*, ed. de G. Peces-Barba, Madrid: Debate.
- NINO, Carlos Santiago (1983): *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- NOVOA MONREAL, E. (1980): *El Derecho como obstáculo al cambio social*, México: Siglo XXI editores.
- PECES-BARBA, Gregorio (1988-89): «Desobediencia civil y objeción de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos*, V.
- (1988): «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», en ID., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid: Eudema.
- (1993): «Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española», Id, *Derechos y Derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1995): *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-BOE.
- (2010): *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Madrid: Dykinson.

- PECES-BARBA, Gregorio, Eusebio FERNANDEZ, Rafael DE ASÍS y Francisco Javier ANSUÁTEGUI (2007): *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Madrid: Espasa-Calpe.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1988-89): «Análisis funcional de los derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos*, V.
- (1998): *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos.
- PODGORECKI, Adam (1989): «Verso una sociologia del diritti dell'uomo», en R. Treves y V. Ferrari (a cura di), *Sociologia del diritti umani*, Milán: Franco Angeli.
- PUTNAM, Hilary (2004): *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Barcelona: Paidós.
- (2008): «Valores y normas», en H. Putnam y Habermas, ed. de J. Vega Encabo y F. J. Gil Martín, *Normas y valores*, Madrid: Trotta.
- RAMÍREZ, Francisco O. y Rennie MOON (2013): «From Citizenship to Human Rights to Human Rights Education», en M. R. Madsen y G. Verschraegen (eds.), *Making Human Rights Intelligible: Towards a Sociology of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing.
- RASK MADSEN Mikael y Gert VERSCHRAEAGEN (2013): «Making Human Rights Intelligible: An Introduction to Sociology of Human Rights», en Rask Madsen, M., G. Verschraegen y Mikael R. Madsen (eds.), *Making Human Rights Intelligible: Towards a Sociology of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing.
- RAZ, Joseph (1979): *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- ROBERTS, Christopher N. J. (2013): «Sociology of Law», en D. L. Brunnsma, K. E. Iyall Smith y B. K. Gran (eds.), *The Handbook of Sociology and Human Rights*, London-Boulder: Paradigm Publishers.
- ROBLES, Gregorio (1993): *Sociología del Derecho*, Madrid: Civitas.
- SIKKINK, Kathryn (2017): *Evidence for Hope. Making Human Rights Work in the 21st Century*, Princeton: Princeton University Press.
- SOLANES CORELLA, Ángeles (2018): *Derechos y Culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- STEINER, George (1997): *Errata. El examen de una vida*, trad. de C. Martínez Muñoz, Madrid: Siruela.
- (2016): *Un largo sábado. Conversaciones con Laure Adler*, trad. de J. Baquero Cruz, Madrid: Siruela.
- TREVES, Renato (1978): *Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. de M. Atienza, Madrid: Taurus.
- (1989): «Diritti umani e sociologia del diritto», en VVAA, *Sociologia del diritti umani*, R. Treves y V. Ferrari (a cura di), Milán: Franco Angeli.
- TURNER, Bryan (2006): *Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press.

**Fecha de recepción: 5 de marzo de 2021.**

**Fecha de aceptación: 14 de mayo de 2021.**



# EL JURADO Y LA LEGITIMACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL\*

## THE JURY AND THE LEGITIMIZATION OF CRIMINAL PROCEDURE

Luciano Varela

Magistrado

### RESUMEN

El aún cercano 25.º aniversario de la reinstauración entre nosotros de una modalidad de enjuiciamiento por Tribunal de Jurado invita a reflexionar sobre su finalidad de legitimación democrática del enjuiciamiento penal, de garantía del ciudadano frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, de reconocimiento de la incerteza de la imputación como presupuesto de la presunción de inocencia y del alcance del sistema acusatorio como método de elaboración de la decisión sobre la culpabilidad. Esa función de garantía se correlacionará con la autonomía de los jurados al deliberar con imparcialidad el veredicto, concurriendo con el juez técnico a la decisión sobre la acusación desde la heterogeneidad de competencias y la diferencia de responsabilidades en la motivación de la sentencia. Pero sin suplencias ni complementaciones entre los unos y los otros, sino desde el equilibrio de poderes. Los embates contra el modelo de la LOTJ en algún pequeño sector doctrinal, pero sobre todo en cierta *praxis* jurisprudencial, favorecieron la merma del protagonismo de los elementos más garantes de imparcialidad o de los avances en la intensificación del principio acusatorio. El resultado ha sido una desnaturalización de su función de garantía confiada mediante una ya tímida atribución de control solo negativo, de aceptación o rechazo, nunca de sustitución, de las decisiones adoptadas por los elementos técnicos del tribunal. Subyace, a veces indisimulada, la consideración de una incapacidad nata en los jurados para su función y en los técnicos la de una capacidad incuestionable, sin que ni lo uno ni lo otro sea comprobado en la práctica.

### PALABRAS CLAVE

Jurado, legitimación, enjuiciamiento criminal.

### ABSTRACT

The approaching 25th anniversary of the reinstatement of the jury invites us to reflect on its purpose of democratic legitimization of criminal prosecution, of protecting the citizen against the exercise of the *ius puniendi* of the State, of recognizing the uncertainty of the accusation as a presupposition of the presumption of innocence and of the scope of the accusatory system as a method of elaboration of the decision on guilt. This function of guarantee will be correlated with the autonomy of the jurors when deliberating, with impartiality, the verdict. Concurring with the technical judge to the decision on the accusation from the heterogeneity of competences and the difference of responsibilities in the motivation of the sentence. But without substitution or complementation between the one and the other, but from the balance of powers. The attacks against the model of the LOTJ in some small doctrinal sector, but above all, in certain jurisprudential practice, favored the reduction of the protagonism of the elements most guaranteeing impartiality or of the advances in the intensification of the accusatory principle. The result has been a denaturalization of their function of guarantee entrusted by an already timid attribution of only negative control, of acceptance or rejection, never of substitution, of the decisions adopted by the technical elements of the court. Underlying this, sometimes undisguised, is the consideration that jurors have a natural incapacity for their function and that the technicians have an unquestionable capacity, without either of these being proven in practice.

### KEY WORDS

Jury, legitimization, criminal proceedings.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.010](https://doi.org/10.36151/td.2021.010)

\* Al amigo Juan Alberto Belloch Julbe por la valentía y la coherencia con los principios democráticos, de los que, siendo ministro, supo no claudicar, atreviéndose con una iniciativa legislativa a recuperar una institución como la del Jurado, cuya erradicación ha sido siempre un objetivo acariciado por los indisimulados deseos de los más autoritarios.

# EL JURADO Y LA LEGITIMACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Luciano Varela  
Magistrado

**Sumario:** 1. La cuestión de la legitimación del enjuiciamiento en el sistema penal. 2. La incerteza es la precondition de la garantía de presunción de inocencia. 3. El sistema acusatorio instrumento funcional de la presunción de inocencia. 4. La jurisdiccionalidad como exigencia de la presunción de inocencia. 5. El Tribunal del Jurado: de la vigencia fáctica a la legitimación democrática. 5.1. Experiencias históricas. 5.2. La búsqueda doctrinal de referencias para la legitimación. 5.3. La capacidad técnica del Jurado para la función atribuida. 6. El Tribunal del Jurado español de 1995. 6.1. Funciones y competencias de técnicos y legos. 6.2. El Jurado como garantía. 6.3. La autonomía del Jurado. 6.4. Crisis decisorias. 7. La motivación de sentencias. La *explicación* del veredicto. 7.1. La motivación de los enunciados fácticos. 7.2. El alcance de la respectiva decisión que diferenciadamente asumen. 7.3. Criterios respectivos para adoptar sendas decisiones. 7.4. Diverso contenido de sendas justificaciones. 7.5. El veredicto de culpabilidad. 7.6. El Tribunal de Jurado y el «juicio justo» en la jurisprudencia del TEDH. Notas. Bibliografía

## 1. LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO EN EL SISTEMA PENAL

Es una premisa democrática, ya incorporada a la cultura jurídica general desde la Ilustración, y más aún a partir de las constituciones promulgadas tras la Segunda Guerra Mundial, que la legitimación del sistema penal<sup>1</sup> en un sistema democrático requiere la justificación axiológica de su opción al *definir* las conductas sancionables, *comprobar* su comisión y subsiguiente reprochabilidad y, en fin, *imponer la pena* prevista, todo ello en lo atinente a la razón de la selección —penal— de conductas a sancionar y en cuanto al momento e intensidad de su actuación. En las reflexiones que siguen interesa la legitimación específica de la actividad —*procesal*— de *comprobación de* que concurren los presupuestos de la declaración de responsabilidad que debe preceder en cada caso a la imposición de la pena.

En cuanto a la *validez* de tal actividad, por su acomodo a los parámetros internos del sistema —a los formales, pero también a los sustanciales—, que constituyen la condición y la medida de la legitimidad interna. La crítica jurídica podrá constatar esta validez *en* el sistema atendiendo a la concordancia o la discordancia entre las prescripciones por las

que se rige su actuación —especialmente, las de mayor rango, el constitucional— y la efectividad de su recepción en las inferiores. Y en cuanto a la justificación externa, por su acomodo a proposiciones prescriptivas derivadas de opciones políticas no incorporadas al sistema. La crítica jurídica puede concluir, así, la valoración de la legitimación atendiendo a la *justicia del sistema*.

Desde la CE de 1978, la ausencia de una mínima regulación del Jurado suponía un defecto de la legitimación interna de la actuación jurisdiccional del enjuiciamiento penal. La legislación ordinaria no desarrollaba el mandato constitucional de arbitrar el cauce para que *pudiera* efectivamente juzgarse la responsabilidad penal de los ciudadanos bajo tal configuración orgánica del órgano juzgador. A tal déficit de validez, o de legitimación interna, se unía la falta de legitimación externa del sistema de enjuiciamiento, en la medida en que aquella omisión suponía preterir la recepción de algunos valores políticos propios de un Estado democrático.

La legitimación se manifiesta de diversa manera en el primigenio Estado liberal y en el actual Estado constitucional. El Estado de Derecho exige el condicionamiento de la actuación de *todo poder* a la ley —validez formal— y el Estado Democrático impone a su vez el condicionamiento de la ley a la efectiva garantía de los derechos y libertades fundamentales de *todo ciudadano*. Es decir, la reconducción del control social instrumentado por la ley penal a los valores y principios democráticos que aseguren la libertad, que es un derecho, conscientes de que, por el contrario, no existe un derecho constitucional a la seguridad. Así habrá de conjurarse el riesgo de decisiones del poder, ya sean prohibiciones o castigos, de carácter arbitrario

Desde una perspectiva fenomenológica, cabe constatar que la evolución de la ley penal a partir del primer constitucionalismo supuso una expansión del sistema represivo que se tradujo en una modificación de funciones con quiebra de principios y valores. El Derecho penal se orienta hacia una fundamentación sociotecnológica (advierde Hassemer) utilizándolo como un mero instrumento político. La consecuencia ha sido un debilitamiento de los límites normativos y la aparición de manifestaciones de autoritarismo conservador y, con ellos, una quiebra de la imparcialidad del sistema penal, más orientado a preservar la seguridad que a garantizar el derecho a la libertad, lo que acarrea una cierta deslegitimación, especialmente externa, del sistema.

Desde estas perspectivas, trataremos de reflexionar sobre si la novedad que supuso hace ya más de veinticinco años la LOTJ y su efectiva —o inefectiva— aplicación práctica ha contribuido a recuperar tales valores y, por consiguiente, a reforzar la validez y la justicia del sistema.

Somos conscientes, eso sí, de que una *contribución a reforzar* la validez del sistema no puede equipararse a una *conditio sine qua non* de la legitimación constitucional de la totalidad del mismo. La propia Constitución apodera al legislador para configurar el modelo jurisdiccional de la intervención del Jurado.

Hassemer identifica en la emergencia de una sociedad del riesgo —y de las subsiguientes necesidades de control a partir de los años ochenta del pasado siglo— el origen

de una nueva configuración del derecho de intervención que ha privilegiado la seguridad en detrimento de la libertad (Hassemer, 2009). También ha ocurrido en el ámbito procesal penal, receptor de cambios mediante el recurso a nuevos instrumentos suministrados por los avances en la tecnología cuyo uso acaba traducéndose en mermas del derecho de defensa. Estas tendencias llevan a *questionar la equiparación de la optimización de la búsqueda de la verdad con la optimización de los derechos en el procedimiento penal*.

Un sector de la doctrina atribuye a la actividad jurisdiccional una naturaleza no solo práctica o prescriptiva, sino también teórica, en el sentido de que se legitima o justifica mediante la motivación fáctica y jurídica total o parcialmente cognoscitiva (Ferrajoli, 2005: 542). Desde el punto de vista epistemológico, esta perspectiva enfatiza su configuración como un *saber-poder*. El valor de las aserciones de esa motivación derivaría de su *verdad*, que es el fundamento de su validez. Siquiera se conciba como una «correspondencia aproximativa» con la realidad, se erige en *fuerza de legitimación externa o sustancial* del poder judicial y en garantía de libertad del ciudadano, al que salvaguarda de toda arbitrariedad.

En relación con la legitimidad de la jurisdicción, con la actuación ese poder punitivo del Estado, Prieto Sanchís (2011: 149 ss.) apunta su configuración como un «poder cognoscitivo y antimayoritario».

Debido a la inevitabilidad de los espacios de discrecionalidad potestativa en la decisión jurisdiccional, estas tesis asumen la existencia de una irreductible ilegitimidad que no podría suplirse acudiendo a otras fuentes de legitimación. Se admitiría, a lo sumo, «algunos correctivos»: la referencia a valores constitucionales, determinados principios como el de *favor rei*, el control a partir de la publicidad y la crítica de las actividades y decisiones jurisdiccionales.

La aceptabilidad de esta construcción teórica viene condicionada, cuando menos, por la frecuencia y la intensidad con las que se entre en esos *espacios de ineludible discrecionalidad*. La premisa epistemológica que concibe la verdad de las motivaciones como correspondencia entre el presupuesto fáctico (y también normativo) de la sentencia y lo real implica la exigencia de un presupuesto que «[...] solo puede ser satisfecho de forma tendencial y siempre imperfecta» (Ferrajoli, 1995: 69). El propio Ferrajoli subraya que «[...] a diferencia del conocimiento científico, las decisiones sobre la verdad que intervienen en el juicio penal expresan un poder», por más que sea «[...] distinto de cualquier otro poder público y típicamente propio de la función judicial».

Aún más: la justicia no se vincula al «suceso» sino a través de los elementos del tipo penal. La relevancia de los detalles que examina el juez penal, advierte Hassemer (2009: 28), viene dada por «[...] buscadores que le ofrece el Derecho penal material: enajenación, violencia, daño al patrimonio», de ahí que la sentencia recoja un trozo selectivo e incompleto de la realidad; por ello, concluye: «La búsqueda de la verdad no es el único objetivo del procedimiento penal atribuyendo a los derechos del inculcado una trascendencia inhibidora en la búsqueda de aquella» (*Ibidem*: 30)

El presupuesto de aplicación de la norma penal lo constituyen hechos (*actus reus* en el sistema del *Common Law*), unos observables exteriores y perceptibles y otros interiores (*mens rea* en aquel), inferibles desde la lógica, como el hecho psicológico. Lo son —también— situaciones fácticas que remiten, no obstante, a conceptos irreducibles a los cánones de taxatividad e inequívocidad, ya como elementos del tipo específico, ya como categorías generales de la teoría del delito (*defenses* en el sistema del *Common Law*) Esa situación, verificable y refutable, debe ser objeto de una valoración normativa o axiológica, de cuyas conclusiones no podrá predicarse verdad o falsedad, en función de que se ajusten o no a una «realidad» que se tenga por existente, sino solamente su *corrección*, ya que la imposibilidad del aval de verificabilidad no exime de la exigencia de razonabilidad.

Ahí es inevitable una discrecionalidad que, dada la prohibición del *non licet*, empuja a decidir, aunque ya más desde el *poder* que desde el saber. Advierte Marina Gascón Abellán<sup>2</sup> de la dificultad de admitir el «objetivismo» de los juicios de valor (Gascón Abellán, 2010: 36), pero observa que tampoco es admisible un subjetivismo axiológico extremo. Postula, por ello, un objetivismo relativo, que remite a un cierto «consenso» en la comunidad.

Desde otra posición doctrinal, la legitimidad de la resolución jurisdiccional, entendida como razón de su *aceptación generalizada*, se vincula a la confianza popular en la resolución sobre la pretensión punitiva en el contexto de la relación entre los ciudadanos y el poder jurisdiccional. Para alcanzar esa aceptación, la sentencia ha de justificarse como una decisión racional, no arbitraria, basada en aserciones susceptibles de verificación y refutación, y racionalmente aceptables. En todo caso, frente a una concepción de la verdad descriptiva considero preferible aquella que la concibe como creencia justificada racionalmente y que, por ello, es capaz de generar consenso racional en un auditorio determinado, más allá del juez y las partes.

En línea con las teorías consensualistas o de aceptación justificada, cabe destacar precisamente la relevancia del protagonismo de las partes y de la aceptación de la sentencia, de la que será presupuesto una determinada certeza acomodada a un *canon de objetividad*, no solamente porque aquella se obtenga tras un juicio justo, sino también porque se mantenga indemne más allá de cualquier duda razonable. Se trata, en fin, de una versión «secularizada» de la verdad compatible con el reconocimiento de la no demostrabilidad científica de la plena adecuación a la realidad empírica.

## 2. LA INCERTEZA ES LA PRECONDICIÓN DE LA GARANTÍA DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La garantía constitucional exige la ineludible existencia de la incerteza hasta la resolución. Además, determina los criterios conforme a los cuales se configura el proceso para desvelar lo incierto y los parámetros necesarios para optar por el sentido de la decisión.

Por una parte, la incerteza sobre la imputación es *presupuesto* de la *presunción de inocencia*. Si el resultado de la decisión final ya estuviera prejuzgado, y no abierto, el proceso sería

un mero ritual, como señala Stuckenberg (cit. en Sánchez Vera, 2012: 36). La garantía de presunción de inocencia exige que el juzgador asuma la posibilidad de la no culpabilidad del acusado. Y desempeñará una función *gnoseológica*, de alcance objetivo, más allá de la tutela del imputado.

Pero su fundamento no es meramente epistémico (evitar cualquier error), sino también *axiológico*, y consiste en asegurar la libertad antes que la seguridad. Como señaló Illuminati: «El derecho a la defensa y el contradictorio, la inviolabilidad de la libertad personal, la reserva de jurisdicción y la imparcialidad del juez» encuentran en la presunción de inocencia la «motivación de fondo y el elemento unificador» (Illuminati, 1979: 5).

Los criterios de resolución de esa incerteza encuentran el fundamento de su *legitimación externa* en valores y principios democráticos que garantizan el derecho de libertad del ciudadano. Parten de una opción esencialmente axiológica, *prejurídica*: se estima de mayor gravedad el riesgo de condenar a un inocente que el de absolver al culpable. Entre esos dos posibles errores (ambas decisiones lo son), la exigencia de optar por la evitación del primero no puede comportar su radical exclusión mediante la sistemática absolución de todo acusado. La aceptación popular de la condena debe partir de la *confianza colectiva* en que la misma se fundamenta en una *razonable certeza* sobre la responsabilidad que se reclama para el imputado.

El giro del sistema sobre el pernio de la presunción de inocencia es el fundamento esencial de la legitimidad entendida como *razón de aceptación* de las decisiones jurisdiccionales en el proceso penal. Vives señala que «[...] el respeto a la presunción de inocencia resulta ser, también, una garantía de la verdad: solo una verdad garantizada por ese respeto legitima en un sistema democrático, el castigo» (Vives Antón, 2011: 703). El autor añade: «La idea rectora del proceso justo es, precisamente, esa regla de juicio». *Y concluye*: «Así, la presunción de inocencia se proyecta hacia delante, hacia la legitimidad de la imposición del castigo» (*Ibidem*: 931 ss.).

### 3. EL SISTEMA ACUSATORIO INSTRUMENTO FUNCIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El proceso, escenario de la contraposición entre el interés del *ius puniendi* y la protección del inocente, se acomodará a las exigencias de legitimación externa que imponen aquellos valores democráticos, determinando una configuración acorde con el modelo teórico acusatorio de relación triangular entre las partes y un tercero-juez que busca asegurar, haciendo posible la contradicción, las garantías de verdad controladas en la causa por las partes, que son las que asumen la carga de la verificación del presupuesto de la imputación y el derecho de refutación de la imputación como falsa (Ferrajoli, 1995: 603 ss.).

Intensificar estos valores legitimadores fue una de las razones más determinantes de la opción asumida por la LOTJ de 1995.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, con su aún lamentablemente persistente sistema acusatorio mixto, se ha revelado insuficiente para acoger las exigencias que, en materia de libertad del ciudadano —también del ciudadano sometido a proceso—, impone nuestra Constitución y para incorporar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado al suscribir los instrumentos internacionales declarativos de derechos. Entre los rasgos discordantes con los valores democráticos cabe subrayar la simultánea atribución —que la LOTJ intenta minimizar— al juez de instrucción de funciones de investigador y de garante de los derechos del investigado, con penosos efectos en el ámbito de las medidas de privación cautelar de libertad. No menos relevante ha sido, en relación con las inercias del modelo inquisitivo, la trascendencia del material inquisitivamente acumulado en la investigación a la hora de formar criterios para decidir el órgano del juicio, lo que ha motivado que el juicio oral haya llegado a calificarse de «sombra chinesca» del sumario (Varela Castro, 2006).

La LOTJ introdujo en el sistema procesal penal español dos innovaciones muy profundas relativas a ese parámetro de legitimación externa (la opción axiológica por la prioridad de la libertad frente a la seguridad).

Por un lado, *adecué la decisión sobre la prisión cautelar al modelo acusatorio*, que exige para su imposición que tal pretensión sea formulada por una parte ajena al juez que decidirá al respecto. La ineludibilidad de tal requisito estuvo ausente de nuestro Derecho procesal incluso después de 17 años de vigencia de la CE, una carencia que ensombrecía la validez y la justicia del sistema a la luz de valores superiores como el de la libertad.

Por otro lado, con tanto entusiasmo como ingenuidad, la LOTJ de 1995 *introdujo en su articulado el art 46.5 a contracorriente de una praxis forense sorprendentemente tolerada/avalada incluso por el TC*. La jurisprudencia, mediante hallazgos léxicos reflejados en sintagmas con vocación de veto de ese precepto —tachado de contrario a la sagrada «unidad íntima del sistema» o de incoherente «islote robinsoniano»<sup>3</sup>— puso en cuarentena la viral innovación como si lo democrático fuera algo epidémico.

Ya indicaba Illuminati que el sistema acusatorio se materializa solo aparentemente cuando el debate resulta condicionado por el contenido de los actos de investigación preliminar, cuyas actas se transfieren al juicio constituyéndose en un fundamento válido para la decisión que tiene un peso equiparable (si no superior) al de la prueba adquirida oralmente (Illuminati, <sup>4</sup>1996: 554).

No parece desatinado entender que, si bien no cabe aquí una solución drástica, tal punto constituye una referencia definidora de la opción presente en el modelo procesal entre las exigencias defensoras y las garantías de libertad

Así, Asencio Mellado observó que, cuando se produce el evento de la contradicción entre lo manifestado en el sumario y lo dicho en juicio oral, atribuir valor preferente a aquella declaración anterior —reputada más real— implicaba hacer «[...] tabla rasa de los arts. 24.2 de la CE y 6.3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales» (Asencio Mellado, 1989: 191).

Más que una cuestión que pudiera dirimirse en un debate técnico, el problema que presentaban aquellas decisiones jurisdiccionales era su déficit de legitimidad democrática. El art. 46.5 LOTJ vino así a alinearse con la mejor doctrina, la clásica, como la que defendió Gimeno Sendra cuando presentó su ponencia en las jornadas sobre la LOPJ de 1985 bajo el título «El art. 125 de la CE» (Gimeno Sendra, 1988: 34), intervención en la que sostuvo que el acusado tiene derecho a que el Tribunal «[...] pronuncie su sentencia exclusivamente con arreglo a las pruebas practicadas en el juicio [...] Y que, por tanto, tan solo el material de hecho aportado al juicio oral constituya el sustrato fáctico de la sentencia». Al respecto, hay aportaciones más recientes como las de Vegas Torres<sup>4</sup>, Verger Grau<sup>5</sup> o Miranda Estampres<sup>6</sup>.

#### 4. JURISDICCIONALIDAD COMO EXIGENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En la medida en que tiene como objetivo resolver con certeza razonable sobre la exigibilidad de responsabilidad al imputado, el proceso es *lógicamente* necesario. Beccaria refuerza la presunción de inocencia mediante el principio de jurisdiccionalidad: *Nulla poena sine iudicio*. De tal condicionamiento deriva que, hasta la conclusión de la actividad jurisdiccional, no cabe afirmar la culpabilidad. Es este un objetivo al que se supedita todo lo demás: *El ius puniendi* se somete a proceso para garantizar la *imparcialidad* de su ejercicio. *El soberano representa a la sociedad, únicamente dicta normas generales. Pero no debe juzgar. Si no, la sociedad se dividirá en dos partes: la que afirma la vulneración de la norma (el soberano) y la que la niega (el acusado)*.

Se necesita un *tercero* que juzgue la verdad del hecho. Por eso, la legitimación requiere también un elenco de *garantías orgánicas* sobre la configuración del estatuto del que juzga, particularmente en relación con los demás poderes públicos y con las partes. La finalidad es la *desvinculación* del juzgador respecto a la posición de la acusación. Como decía Wach (cit. en Montero Aroca, 1999: 187), la imparcialidad supone que el juzgador no sirva a los fines de alguna de las partes. Pero, además, aquellas garantías trasladan exigencias legitimadoras como garantías *procesales*: la estructuración del proceso de acuerdo con el modelo acusatorio, con inderogables posibilidades para las partes de contradicción y probanza, que, a su vez, son referencia para la imposición de otras garantías instrumentales.

El fundamento de estas garantías no radica únicamente en que favorecen la obtención de la verdad afirmada jurisdiccionalmente. Se justifican también porque solamente ellas son capaces de generar la *aceptación* generalizada como razonable de los asertos proclamados en la decisión del juicio. Y ese es el fundamento de legitimación.

No es excesiva la fórmula retórica de Sánchez Vera: «La presunción de inocencia no es un principio más del proceso, es el proceso mismo» (2012: 37).

La garantía de la presunción de inocencia incide, por ello, de manera ineludible en el ámbito de las *facultades atribuibles al juzgador*, que no puede asumir, ni siquiera como

hipótesis, la corrección de la acusación para no relevar a esta en la iniciativa probatoria al respecto, vetándose así una actividad funcional al interés de esa parte. No obstante, Taruffo refuta la tesis de que ello privaría al juez de instrumentos para valorar objetivamente y de manera neutral la prueba nacida de tal iniciativa y estima que esta incluso mejoraría la calidad de la resolución, maximizando correlativamente las posibilidades probatorias de las partes (Taruffo, 2010: 201). En todo caso, Julio B. Maier recuerda que siempre es necesario evitar toda sospecha de «[...] compromiso con la hipótesis acusatoria que forma el objeto del proceso» (Maier, 1989: 319). Como señala Andrew Summer, en el Derecho inglés existen excepciones al principio de que la acusación tiene la carga de probar, ahora revisadas tras la excepción del CEDH, en particular de su art. 6.2, pero sin exclusión total de aquellas que siguen siendo admitidas bajo el criterio de proporcionalidad en relación con un objetivo legítimo (Summer, 2018: 47 ss.).

## 5. TRIBUNAL DEL JURADO: DE LA VIGENCIA FÁCTICA A LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA

La decisión del juicio puede atribuirse bien a jueces técnicos integrados en la organización del Estado, bien a jueces legos, ajenos a la misma y de ejercicio esporádico. El debate trata de resolver qué configuración es más funcional a las arriba mencionadas referencias legitimadoras de desvinculación.

La independencia del juzgador deberá caracterizar la organización de la jurisdicción como ineludible garantía de que actúe sometida exclusivamente a la ley. La «virtud pasiva» reclamada por Cappelletti para el juez, así como su imparcialidad, confieren a la independencia su verdadera significación. Es precisamente la imparcialidad objetiva y subjetiva lo que legitima al juez para dirimir los conflictos entre individuo y comunidad.

### 5.1. EXPERIENCIAS HISTÓRICAS

Se ha señalado con acierto que en la historia de las instituciones judiciales la opción por el modelo del juez lego (sabio) o por el técnico (experto) ha sido correlativa, por más que teóricamente quizás ello no sea necesario, de las tradiciones acusatoria e inquisitiva respectivamente (Ferrajoli, <sup>7</sup>2005, 574 ss.). Ello ha sido así desde Roma, que bajo el modelo acusatorio de la República optó por los jurados legos y bajo la posterior opción inquisitiva de la época imperial se decantó a favor de la opción funcional.

En la formación del Derecho europeo se remarca la diferencia entre los ámbitos inglés y continental (Herzog, 2019). En el inglés es conocida la preeminencia de los jueces legos (Carta Magna de 1215), que desde el siglo XIII marca diferencias respecto al Derecho romano y canónico del continente cuando en este se adopta el sistema inquisitivo. En Inglaterra, el juez se limita a supervisar el procedimiento, pero los jurados, una vez superada la etapa inicial del jurado meramente testimonial, deciden además sobre el inicio de la causa

penal, sobre la cuestión de hecho y sobre la procedencia de la condena. Ya en los siglos XVI y XVII, tras las aportaciones del juez Edward Coke y la evolución del *Common Law*, concretada en su vinculación más estrecha a la costumbre y su liberación de la dependencia del rey, los juristas modificaron el carácter feudal de la Carta Magna, fruto del compromiso del rey con los barones, y vieron en ella una constitución antigua y consuetudinaria que obligaba al rey. A partir de su capítulo 39, el juicio por jurados y conforme a las leyes del país se concibe ya como un derecho reconocido a todos los ingleses y no solamente a los barones. En la *Bill of Rights* de 1689 los derechos ya no se definen como una concesión real, y es la acción del monarca contraria a esos derechos la que se considera injusta e ilegal.

En este contexto, el jurado asume frente al poder del rey una evidente *función de garantía* de ese *Common Law* originado en la sociedad y sede de los derechos de los ciudadanos.

Tras la declaración de independencia en 1776 por las colonias británicas en Norteamérica y la proclamación de su Constitución federal (1787), en 1791 se ratificaron las diez enmiendas a la misma que conformaron la *Bill of Rights* originaria y que, sea cual fuere la posición de historiadores frente a la «teoría de las transferencias», enumeraba los *derechos protegidos de los ciudadanos que el Gobierno no podría ignorar*. Entre ellos figuraba el juicio por jurados. Esta institución asume también la función de garantía del ciudadano, especialmente frente a la metrópoli.

En la Francia revolucionaria, el juicio por jurados fue quizás una *superficial imitación* ajena a las motivaciones políticas del modelo. La neutralidad para el juzgador postulada por Montesquieu —que le privaba de profesionalidad y permanencia—, junto al concepto de soberanía y el legicentrismo del sistema, se unieron a la concepción de la prueba de Beccaria: *si para buscar las pruebas de un delito se requiere habilidad y destreza, si para presentar lo que de él resulta es necesario claridad y precisión, para juzgar el resultado mismo no se requiere más que un simple y ordinario buen sentido...*

Esa *racionalidad* fundadora del instituto en Francia hace innecesario consolidarlo como derivación de un no reconocido derecho natural a ser juzgado por jurado. El legicentrismo del sistema jurídico francés coloca al *ciudadano francés jurado en una posición respecto del ciudadano jurado inglés igual de disímil que la del juez francés respecto a la del juez inglés*.

La influencia francesa en el sistema continental ocurre ya bajo la mutación determinada por el legado napoleónico, que opta claramente por el magistrado de carrera. Privado el Jurado de la idea de garantía del ciudadano frente al ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, será fácil el alejamiento del referente anglosajón y quedará abonado el terreno para una suerte de «transacción» solo aparente concretada en la «tolerada coexistencia» en el foro de magistrados y legos en lo que se denominó tribunal de escabinado. Este se diseña en el contexto político de Italia, Alemania y la Francia ocupada del primer tercio del siglo pasado, momento histórico de clara hegemonía política del autoritarismo y las tendencias antidemocráticas<sup>7</sup>.

En la actualidad, el TEDH recuerda que en los países europeos signatarios del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

(CEDH) y sus Protocolos solamente se excluye la intervención de ciudadanos jurados en Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Chipre, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Moldavia, Holanda, Rumanía, San Marino y Turquía<sup>8</sup>, una nómina que se antoja ilustrativa del vínculo entre instituto y la tradición democrática de algunos Estados.

El censo de países que, además de acoger la intervención de los jurados, respeta su autonomía en el momento de la deliberación es más nutrido en el ámbito de influencia anglosajona e incluye, según el mismo TEDH, Austria, Bélgica, España, Federación de Rusia, Georgia, Irlanda, Malta, Noruega (solamente para casos importantes en apelación), Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Escocia e Irlanda del Norte) y, hasta el 1 de enero de 2011, Suiza (cantón de Ginebra).

La apuesta por esta modalidad de enjuiciamiento está también presente en Latinoamérica. El pasado mes de noviembre de 2020, la prensa especializada argentina<sup>9</sup> daba cuenta de que el Consejo Consultivo de juristas convocado por el presidente de la nación respaldó el juicio por jurados clásico que rige en todo el país, pero con los grandes avances que aportaron las leyes de Mendoza, Chaco, Entre Ríos, Chubut, Río Negro y Buenos Aires, que recogiera el fallo *RVP vs. Nicaragua* (CIDH, 2018) y el fallo *Canales* (CSJN, 2019). Quizás el mayor aval a esa posición sea el legado intelectual del sin par penalista y procesalista Julio B. Maier, fallecido el pasado verano.

Aunque el Jurado ha sido tradicionalmente considerado una institución extraña a la cultura jurídica y los sistemas de justicia latinoamericanos, desde hace ya algunas décadas una parte importante de los países de la región ha introducido experiencias de participación lega en busca de la adopción de decisiones más sólidamente legitimadas ante la ciudadanía y de la consolidación de sistemas de justicia más democráticos, tal como señalan la investigación comparada y el activismo projurado (Abel Amietta, 2017).

Por lo que respecta a Chile y a otros países de su entorno, Blanco Suárez, González Postigo y Guzmán Fuenzalida (2020) enfatizan la relación entre la instauración del Jurado y los bajos niveles de aprobación y confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia penal. Los autores subrayan que en aquellos países donde funcionan los Jurados se ha existido una mejor percepción de la justicia penal por parte de la ciudadanía, destacan los efectos que el Jurado tiene en el fortalecimiento de garantías clásicas del proceso penal y concluyen que el instituto contribuye a consolidar y fortalecer el sistema acusatorio y adversarial.

En relación con nuestra experiencia histórica, se ha señalado que la desconfianza del constituyente español de 1812 hacia el modelo de justicia letrada motivó la preferencia por la justicia profesional (Martínez Pérez, 2007: 171 ss.), si bien con tímidas recepciones de la idea del juicio por jurados como de las Constituciones de 1837 o de 1869, cuya secuela legislativa fue la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870.

Montero Aroca (1990) recuerda que el modelo de 1812 fue demolido por Fernando VII y que en el siglo XIX se produce la recepción del modelo burocrático napoleónico y el consiguiente apoderamiento del poder judicial por el ejecutivo. A ello contribuyó la posibilidad de exacción de responsabilidad al juez letrado, ausente respecto del Jurado. El modelo burocrático estuvo vigente al menos hasta 1978, con escasísimas y breves conce-

siones a intervenciones del juez lego, y tuvo penosos efectos para la independencia judicial. Las reacciones contra el enjuiciamiento por ciudadanos legos se hizo sentir con mayor o menor disimulo de su motivación ideológico-política.

En 3 de enero de 1875, tras el pronunciamiento del general Martínez Campos en 29 de diciembre de 1874, y la subsiguiente Restauración borbónica, el Sr. Cánovas del Castillo, quien fuera presidente del partido conservador por él fundado, y presidente del Ministerio-Regencia, firma con el ministro de Gracia y Justicia, el Decreto que suspende la «parte relativa al Jurado» —en ese momento apenas neonato— bajo pretextos tales como el notable *retraso* que ocasionaba en los negocios sometidos a la jurisdicción de esos tribunales, la *pesada carga* que generaría en los ciudadanos llamados como jurados y *el elevado coste económico* que supondría para el Tesoro. El Decreto manifestaba, eso sí, que renunciaba a entrar en el «examen científico» de la institución. Se arrinconaban, así, los efectos de la hegemonía de la libertad disfrutados desde el 1868 durante el sexenio democrático y la breve experiencia de la Primera República. Tanto más cuanto que el Decreto suspendía en el procedimiento criminal «[...] la parte relativa [...] al juicio oral y público»<sup>10</sup>.

Años después de la regulación del Jurado por la Ley de 1888, que aprovechó el silencio de la Constitución de 1876, también un general dictador Primo de Rivera y Orbaneja, a los ocho días del golpe de Estado del 13 de septiembre de 1923, arremete contra la institución para *asegurar la administración recta y desembarazada de la justicia (sic)* añadiendo al reproche del *coste económico* el de la *falta de independencia* que suponía para la Administración (*sic*) de justicia, razones que el dictador expuso a su majestad Alfonso XIII para imponer, a propuesta del jefe (*sic*) del Gobierno y presidente del Directorio militar, la suspensión del juicio por Jurados en todas las provincias del reino.

El contrapunto lo representó el art 103 de la Constitución de la II República que establece que será regulado un cauce por el que «el pueblo participará» en la Administración de Justicia<sup>11</sup>.

El 8 de septiembre de 1936, la denominada Junta de Defensa Nacional, radicada en Burgos y presidida por el general cabecilla del golpe de julio de ese mismo año, Miguel Cabanellas, suspende de nuevo el Jurado so pretexto de los efectos «inherentes» al mismo acrecentados por «la labor disolvente realizada por el mal llamado Frente Popular» para sustituir «la recta administración de justicia por una notoria parcialidad beneficiosa para sus bastardos intereses». La suspensión afectaría al territorio ya sometido a la Junta y al que en lo sucesivo quedara bajo su mando, ampliación que se produjo ya bajo la dirección del dictador Francisco Franco.

En nuestra tradición existe una ausencia de la experiencia de escabinado.

Tras la promulgación de la Constitución de 1978 y los desarrollos mediante las Leyes Orgánicas del Poder Judicial de 1980 y 1985, no son pocas las sombras detectadas al respecto al mismo. Montero llega a afirmar que, pese a los años transcurridos desde entonces, «[...] la autonomía del Poder judicial se ha reducido hasta el extremo que puede decirse que hemos vuelto a la Administración de Justicia» o que, a lo sumo, se ha reconocido cierta independencia judicial “vigilada”.

A esa dependencia externa de *la jurisdicción-organización*, se añade, como señaló Perfecto Andrés, la configuración burocrática del cuerpo judicial como «carrera», que sitúa al *magistrado —individualmente considerado—* en «[...] posición de dependencia real respecto de los centros de poder interno». De manera rotunda, el autor apuntaba el riesgo de que, desde el punto de vista interno, se produjera la «[...] mediatización inevitable del momento jurisdiccional por el momento jerárquico-burocrático» (Andrés Ibáñez, 1986: 29 ss.).

En tal contexto faltaba, pues, cumplimiento del mandato del constituyente de dotar al sistema de la total validez constitucional (interna) y de la legitimación democrática(externa).

## 5.2. LA BÚSQUEDA DOCTRINAL DE REFERENCIAS PARA LA LEGITIMACIÓN

La sentencia con la que culmina el proceso con Jurado reúne decisiones de naturaleza y alcance diferenciados. Al común fundamento de la legitimación de aquella han de contribuir, desde referencias específicas, la de estas decisiones. La responsabilidad plural en la compleja configuración del órgano juzgador requiere una diversidad de respuestas correlativas a ambas funciones en el conjunto del sistema de enjuiciamiento.

Para configurar el «modelo» de juez técnico se reclama su *independencia* orgánica, que será tan efectiva como real sea la división de poderes y en la que se confía para que garantice la imparcialidad del juez y su sumisión exclusivamente a la ley. Debe de reconocerse que la independencia casa mal con la funcionarización de los jueces e incluso que es una característica más cultural que institucional. Su instauración habría exigido un proceso lento tras la culminación de la Segunda Guerra Mundial. Naturalidad, inamovilidad y responsabilidad en diversos ámbitos son otras tantas notas reclamadas para el modelo, incluido el adorno de las virtudes de orden personal.

El acusado carácter retórico del diseño de ese modelo obliga buscar en la *calidad de la resolución* la verdadera piedra de toque de su legitimación (Varela Castro, 1990). Eso no puede resistir análisis tan demoledores como el de Dieter Simon, que concluye que «[...] no existen garantías jurídico-técnicas, metodológicas o institucionales para la vinculación del juez a la ley» (Simon, 1985: 92). Se resaltan como aspectos favorecedores la relevancia del modo de *selección* de los llamados a ejercer la jurisdicción, las *cualidades* personales y, entre ellas, la capacidad para el enjuiciamiento, su *ubicación* en el aparato institucional del Estado o, en fin, las previsiones sobre control de las decisiones.

Para los juzgadores no técnicos, se requieren específicas fuentes de legitimación.

La *selección* de los jurados por las partes y la temporalidad del cargo garantizan, cuando menos, algo indudable: la *independencia* respecto de cualquier centro de poder y de los intereses de las partes. No parece coherente dar testimonio de aquella dependencia externa del poder judicial-organización, unida a la dependencia interna, tributaria de las inmisiones en la actividad decisional provenientes de su propio campo (Andrés Ibáñez, 2015: 139 ss.) y, al mismo tiempo, afirmar que «[...] la legitimidad democrática que pudiera connotar al jurado por razón del método de su designación no aporta nada esencialmente valorable a la función de juzgar» (*Ibidem*: 435).

Tampoco basta para garantizar la legitimidad la confianza en la «[...] calidad del proceso decisional y de la decisión» (*Ibidem*), como si esta permaneciera indemne a los efectos de las reprobadas dependencias externa e interna. Ya los escolásticos diferenciaban la tiranía *ex defectu tituli* y la *ex exercitii*. Las secuelas del sistema organizativo que inviste de potestad jurisdiccional trascienden, y basta que sea en potencia, a la calidad del procedimiento y de la decisión. Benévolamente, cabe tildar de ingenua la pretensión de conjurar tales riesgos solamente mediante la apelación al «hábito intelectual y moral» de quien ejerce la jurisdicción (Ferrajoli, <sup>7</sup>2005: 580).

Ciertamente, remitir la independencia a una legitimación representativa electoral<sup>12</sup> responde a una tesis no menos naíf que ignora lo pernicioso de la ineludible vinculación al mismo mecanismo de selección de quienes van a detentar el poder político. Este conduciría inexorablemente a una inevitable concomitancia del poder judicial con el político y a la consiguiente pérdida de autonomía e independencia del primero.

El protagonismo de quienes son parte en el proceso judicial concreto en la designación (legitimidad de origen) de aquellos que han de intervenir en la resolución robustece la legitimidad (de ejercicio) y la eventual aceptación de lo que los electos contribuyan a decidir. Más aún si las partes —y, si se quiere, más aún el acusado— cuentan con el más amplio margen para recusar a los seleccionados incluso de modo perentorio o sin causa. Por ello, habría sido más plausible que el legislador hubiera optado por un *sistema más flexible de la recusación perentoria sin causa*, sin duda más gravosa, pero de mayor calidad democrática y más funcional para la calidad de la selección y la aceptación de la decisión del juicio.

Por ello tiene sentido recordar que, ya desde la Roma clásica, el sistema acusatorio se ha vinculado históricamente a la aceptación de los jueces por las partes en el proceso, como recuerda Javier Aparicio (1987). Con particular acierto, Ferrajoli señala que la «[...] aceptación de los jueces por parte de los reos ha sido, por lo demás, un rasgo característico del proceso acusatorio», aceptación que tiene antecedentes en el antiguo sistema inglés o la Revolución francesa y que fue reivindicada por la Escuela Clásica italiana (de Beccaria a Filangieri, Pagano, Carrara Lucchini y Pessina). Ferrajoli llega a postular la viabilidad de la recusación libre incluso respecto del juez técnico (Ferrajoli, <sup>7</sup>2005: 582).

### 5.3. LA CAPACIDAD TÉCNICA DEL JURADO PARA LA FUNCIÓN ATRIBUIDA

Es un lugar común entre quienes se sienten incómodos por la presencia del Jurado en nuestro ordenamiento jurídico denunciar la falta de capacidad de los Jurados de legos para decidir jurisdiccionalmente. A fin de articular su coartada ocultando el apriorístico fondo ideológico de su rechazo, se amparan en la exigencia de una exquisita técnica jurídica en el juzgador, que vinculan a la supuesta imposibilidad de *discriminar*, al resolver jurisdiccionalmente, los *aspectos históricos fácticos de los normativos jurídicos*, negando al lego esa capacidad técnica para decidir.

Sin embargo, en el relato de cualquier sentencia aceptablemente estructurada, cabe diferenciar sin esfuerzo los siguientes apartados: *i*) la existencia y contenido de la norma legal aplicable; *ii*) veracidad de enunciados sobre los hechos, tanto externos como psicológicos; y

*iii*) una valoración normativa de determinada situación fáctica. El enjuiciamiento implica una cierta circularidad, pues si bien el examen de *i*) precede a la selección de los componentes fácticos *ii*) y *iii*) como objeto de decisión, acaba retornando a la cuestión específicamente jurídica de la decisión sobre la interpretación del sentido de la norma y si lo descrito en *i*) y valorado en *ii*) autoriza su aplicación y cuales sean sus consecuencias jurídicas.

La doctrina más solvente, como la de Gascón Abellán, previene frente a posiciones que consideran «[...] inevitable la contaminación teórica y normativa en la formación de la premisa menor». Ello a pesar de que la premisa fáctica, más allá de lo descriptivo, tenga una naturaleza normativa que, adviértase, no le priva de su contenido fáctico. Se trata de una diferenciación que, ajena a una mera «coartada» para distribuir responsabilidades entre juez lego y técnico, como parece reprochar Andrés Ibáñez (2015: 435), justifica tanto la secuencia metodológica diversificada en la deliberación cuanto determinadas especificidades en la habilitación competencial de los diversos integrantes del tribunal que han de traducirse en diversas exigencias relativas a su respectiva capacidad.

Garapón (1996: 262) recuerda que ya en los debates revolucionarios franceses se insistía mucho en que la justicia no es un oficio —y menos aún un estado—, sino una función, y que esa función se encuentra presente en todos los ciudadanos. Al evocar que el fervor revolucionario añadió que, si todo juez es un representante, todo ciudadano es igualmente un juez, Garapón concluye: «voilà le grand héritage de 1789». A este respecto, cita el siguiente pasaje de Cicerón: «C'est une chose étonnante que lorsqu'il faut produire, il y ait tant différence entre l'homme instruit e l'ignorant, et qu'il y en ait si peu lors qu'il faut juger» (Garapón, 1953: 80).

El rechazo de la participación del lego en la decisión jurisdiccional es despachado por los *detractores* sin atender a las solventes aportaciones de los estudios empíricos realizados desde las ciencias sociales y la psicología. Calificar el modelo de 1995 como «de laboratorio y bajo tutela del magistrado profesional» es, en buena medida, laudatorio, pese a la nada disimulada carga despectiva de que está henchida la etiqueta. Más aún: si al discurso de rechazo se añade la consideración de que el legislador concluyó un «pacto con la realidad» tras actuar desde la conciencia de las cuestiones clásicas acerca del instituto. Desde luego, el laboratorio es ineludible sede de análisis de experiencias, propias y ajenas a nuestro ordenamiento, y la tutela que se atribuye al técnico es la autoridad conferida para evitar la reiteración de yerros observados en aquella realidad y explorar ulteriores desarrollos.

Entre nosotros se ha publicado recientemente un trabajo ilustrativo al respecto. El catedrático de Derecho penal y Criminología, que además desempeña funciones de magistrado suplente en una Audiencia provincial, D. Daniel Varona, ha examinado las respuestas dadas en un elenco de causas resueltas unas por juez técnico y otras por Tribunal de Jurado en relación con acusaciones contra mujeres por delitos cometidos por éstas contra personas, pareja o expareja de aquellas, que las habían sometido a maltrato. Tras una prolija y sistemática a exposición de los datos examinados en tales resoluciones concluye que «[...] nuestros ciudadanos no solo demuestran capacidad para juzgar asuntos penales complejos, sino que sorprendentemente desempeñan este papel de forma más atinada que nuestros magistrados y magistradas [...]» (Varona, 2021: 130).

## 6. EL TRIBUNAL DEL JURADO ESPAÑOL DE 1995

Aun cuando la Constitución de 1978 no se refiere al Tribunal del Jurado —ni como juzgador ni a la participación en él— como un derecho fundamental y remite al legislador la tarea de su configuración, esta se concreta en un órgano compuesto por *técnicos y legos con diversidad de competencias y responsabilidades*. Al Jurado compete —de manera similar, aunque muy limitadamente, al modelo anglosajón— una función de garantía determinante de su autonomía para el desempeño de aquellas. Pero, por otra parte, en el desarrollo del juicio y en la iniciativa sobre la decisión del mismo el protagonismo corresponde al juez técnico garante responsable del acomodo de esas funciones a las previsiones de la ley por la pertenencia de nuestro sistema jurídico a la familia continental europea, con el paradigma de la centralidad de la ley

Pese a ser condición para la validez del enjuiciamiento, como deriva del mandato constitucional, y a pesar del encaje de su configuración en las características del sistema continental, que predica tanto el protagonismo y la tutela atribuida al juez técnico como la inequívoca hegemonía de la sumisión a la ley de las decisiones del tribunal, es innegable la actitud refractaria de quienes hasta entonces monopolizaban en solitario la potestad jurisdiccional. Es bien conocida la *praxis* de retardo en la acomodación del procedimiento a los trámites de la nueva ley, ya en la fase de investigación, pero más aún la actitud de minimización del ámbito competencial.

El Tribunal Supremo, por Acuerdo plenario no jurisdiccional de su Sala II de 29 de enero de 2008, rechazó examinar de oficio la cuestión de competencia del Tribunal del Jurado cuando ha sido preterida su intervención en la instancia, doctrina que reflejó en la STS 166/2007, de 16 de abril de 2008, resolución no exenta, como las que le siguieron, de votos particulares. El 20 de enero de 2010 adoptó otro Acuerdo (matizado el 23 de febrero del mismo año) que apenas tendría consecuencias expansivas para la intervención del Jurado. Quizás porque su vocación transaccional de las diversas posiciones internas en la Sala produjo cierta perplejidad en los aplicadores ante disposiciones del Acuerdo a las que podía atribuirse una relación de antinomia. Muestra de esta actitud ante la innovación puede ser el Acuerdo del mismo Pleno de 20 de julio de ese mismo año: «Los acuerdos adoptados en los Plenos no jurisdiccionales de la Sala que tengan como objeto cuestiones de índole procesal no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Se exceptúan aquellos actos que hubieran incurrido en vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante de su nulidad».

Hubo que «aprovechar» la reforma del art. 17.5 de la LECrim para recibir la tesis, sostenida por algunos miembros de la Sala, que pretendía ampliar el ámbito del Tribunal del Jurado frente a quienes veían en la versión derogada de ese precepto la «salvación» para atribuir efectos a la conexidad, imponiendo que el enjuiciamiento conjunto se residenciase en la Audiencia Provincial sin Jurado. La nueva norma fue recibida en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de marzo de 2017. Entre otras disposiciones, se fijaron los siguientes criterios: «De los delitos que se enumeran en el art. 1.2 de la ley reguladora, siempre y solo conocerá el Tribunal del Jurado», previsión a la que se añadió esta otra: «También cono-

cerá de las causas que pudieran seguirse por otros delitos cuya competencia no le esté en principio atribuida en los casos en que resulte ineludiblemente impuesta la acumulación pero que sean conexos». Y aún se insiste en nueva filosofía cuando mandata: «Cuando se atribuyan a una sola persona varios hechos delictivos cometidos simultáneamente en unidad temporal-espacial y uno de ellos sea competencia del Tribunal del Jurado, se considerarán delitos conexos por analogía con lo dispuesto en el art. 5.2. de la LOTJ, por lo que, si deben enjuiciarse en un único procedimiento, el Tribunal del Jurado mantendrá su competencia sobre el conjunto».

La comparación de lo establecido en los Acuerdos anteriores con este último ilustra el cambio de criterio de la Sala II del Tribunal Supremo, que pasó a asumir que la conexidad no podrá remitir el enjuiciamiento de delitos competencia del Tribunal del Jurado a otro sin intervención de este. Por el contrario, el Tribunal del Jurado conocerá de delitos que no le estén atribuidos si entre ellos existe conexión en los términos que establece el acuerdo, incluso entendida mediante la aplicación de la analogía con la norma del art. 5.2.

## 6.1. FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE TÉCNICOS Y LEGOS

La LOTJ atribuye al magistrado presidente y al Jurado *competencias diferenciadas*, correlativas a aquel complejo contenido —al que nos referimos en el apartado 5.3 y abordaremos a continuación— de la decisión final única —la sentencia—, sin duplicaciones y con el ámbito de autonomía suficiente para que el Jurado no sea despojado de su funcionalidad de garantía frente al Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

El magistrado asume: *i)* primero, la determinación de la vigencia y el contenido de la norma penal como premisa del relato, configurado como resultado de aquella determinación, y, segundo, la subsunción en la norma, estableciendo las consecuencias penales; y *ii)* la construcción, a partir de *su* valoración de la prueba, el relato fáctico, reflejado en la tesis que constituye el objeto del veredicto que propondrá, incluyendo los enunciados relativos tanto a los *hechos* externos observables como a los psicológicos internos y, en su caso, también la descripción de las *situaciones* empíricas, eventual *base de valoraciones*, requeridas ya por elementos normativos del tipo específico, ya por categorías generales de la teoría del delito.

Y al Jurado corresponde *i) ratificar o disentir (de)* la tesis que constituye ese relato fáctico, *sin iniciativa para elaborar autónomamente otro* relato distinto del que le comunica el magistrado, relato alternativo que pudiera responder a su valoración de dicha prueba eventualmente distinta de la realizada por el magistrado, salvo la muy limitada facultad del art. 59.2 de la ley reguladora. Y lo hará *vinculado por los medios probatorios cuya toma en consideración no haya excluido el magistrado* por causa de su ilicitud o nulidad; *ii) declarar la culpabilidad o la no culpabilidad* del imputado en *coherencia* —que controlará el magistrado— con la ratificación o el rechazo de los datos empíricos del objeto del veredicto y conforme al juicio de valor que los enunciados fácticos ratificados justifiquen respecto de los requerimientos normativos del tipo concreto o de la teoría general del delito.

El problema esencial, de difícil solución, es la estructuración selectiva de la «narración» a plasmar en el objeto del veredicto que fundará la decisión. Porque, como advierte Taruffo, (2010: 222 ss.), ello exige no tanto optar por uno u otro relato de las partes cuanto seleccionar el hecho principal *jurídicamente relevante*, y también los secundarios, que actúan como premisa lógica de las inferencias probatorias sobre el hecho a dar por principalmente acreditado. Con la añadidura de la selección y descripción de los hechos o situaciones soporte de los juicios de valor que, en su caso, determinarán, además de la subsunción en el tipo por el magistrado, la decisión del veredicto del Jurado sobre la culpabilidad. Precisamente, *la dificultad jurídico-técnica de esa reconstrucción de la narración debe determinar su atribución con monopolio excluyente al magistrado.*

Limitado el Jurado, sin otra iniciativa al respecto que la prevista en el último párrafo del art. 59.2 de la LOTJ, a la alternativa de aceptar o rechazar ese objeto de decisión y a esa limitación de respuesta posible, no se entiende la desconfianza en torno a la posibilidad de que el Jurado cumpla «efectivamente» la función epistémica a la que se refiere Michelle Taruffo invocando la ausencia de «preparación profesional» no enmendable por la experiencia. Cuando menos, conviene recordar que la LOTJ española *no autoriza al Jurado iniciativa alguna para construir como suya una «versión de los hechos» diversa.* Se desvanece así, en buena medida, el riesgo señalado por la «teoría holista» cuando denuncia el efecto epistemológicamente patógeno del recurso al *stock of knowledge* por parte los legos jurados para colmar lagunas resultantes tras la actividad probatoria, intervención que tendría el efecto «manipulador» de reinventar la verdad para reconducirla a estereotipos (Taruffo, 2010: 215).

El relato solamente lo construye el juez técnico que, antes de habilitar al Jurado para ratificar o rechazar lo que propone, habrá de valorar la prueba en los términos que exponemos *infra*, de tal manera que, si tal valoración no avala la propuesta desde las exigencias de la garantía de presunción de inocencia, deberá disolver el Jurado. En tal caso, la tesis del magistrado<sup>13</sup> pasa directamente a la sentencia sin volcarse en ningún objeto de veredicto para someter al Jurado.

Nada refleja mejor la falta de entendimiento de la esencia de la organización del sistema concreto de la LOTJ española que la expresión del Tribunal Supremo en la Sentencia 279/2003 de 12 de marzo, en la que afirma: «En el caso de los juicios con Jurado, la decisión en materia de hechos incumbe exclusivamente, a este», como si la iniciativa (art. 53) y el control previo (art. 49) del relato, que al declararse probado se acomodará a la garantía de la presunción de inocencia, no fueran exclusivamente del magistrado. La ratificación o rechazo por el Jurado es *conditio sine qua non* para su traslado a la sentencia, pero *ex post* y condicionados de manera determinante por la previa decisión habilitadora del magistrado.

La valoración de los medios de prueba desde el parámetro —objetivo— de la presunción de inocencia por el magistrado autoriza y delimita la posibilidad y el ámbito —subjetivo— de una *posterior* valoración por el Jurado. La legitimación de ambas valoraciones es tributaria de la corrección y aceptabilidad de un relato (el de lo imputado) en función de su pretendida acomodación a la verdad histórica.

Si, tras la prueba, el magistrado tiene dudas objetivamente razonables, prescindiendo de su eventual certeza subjetiva, debe refutar el relato de las imputaciones, clausurando la posibilidad de otra valoración por parte del Jurado. De no hacerlo así, cualquiera que sea su convicción subjetiva, el veredicto posterior del Jurado, aun siendo conforme, no enmendará la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, que la LOTJ erige en motivo alegable en vía de recurso.

La *autonomía del Jurado para valorar la prueba* está constreñida, en primer lugar, por la decisión del magistrado de excluir tales dudas razonables reflejada en la propuesta de relato en el objeto del veredicto. Sin embargo, tal exclusión de las dudas razonables, objetivamente justificable por el magistrado, *no vincula* al Jurado. Con autonomía respecto a los fundamentos de la «opinión subjetiva» del magistrado, el Jurado puede albergar dudas subjetivas. A ellas se refiere el inciso final del art. 54 de la LOTJ. El veredicto *deberá* acomodarse entonces al principio *favor rei* que, *in dubio*, impone el sentido *más* favorable al reo en la decisión.

La autonomía está constreñida, en segundo lugar, por el veto de acudir a elementos de convicción excluidos por el magistrado a causa de su ilicitud y, finalmente, por la «expresión» de los elementos que han merecido su atención. Esto garantiza que se ha observado esa eventual acotación del magistrado.

Finalmente, también delimita la autonomía la exigencia de «explicación» del sentido de la decisión, pero no con aportación de objetivos fundamentos de la corrección, sino de *su convicción subjetiva*, lo que, a salvo de que muestre evidente arbitrariedad, queda fuera de otro recurso que el que pueda ampararse en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Volveremos sobre esto en el apartado 7 para examinar la trascendencia de esas diversas incumbencias y capacidades en lo que respecta a la motivación de las respectivas decisiones.

## 6.2. EL JURADO COMO GARANTÍA

El Jurado asume la función de garantía que Tomás Vives le atribuye: la *del ciudadano frente* al juicio por profesionales ante la posibilidad de que estos, lastrados por la dependencia externa e interna, acaben inclinándose por el *poder del Estado* frente a los derechos del ciudadano (Vives Antón, 2011: 890).

Ciertamente, la jurisdicción dispone de mecanismos de control diversos al de la inserción en su organización de ciudadanos ajenos a la misma, no solamente por la obligada canalización de su ejercicio a través de un proceso configurado desde los valores democráticos, sino también por el modo de selección de quienes, a través de ella, entran en el cuadro de los investidos de potestad para decir el Derecho y por los mecanismos de exacción de responsabilidad civil, penal y disciplinaria por razón de sus decisiones concretas. Todas esas previsiones se quieren funcionales a la sujeción del juez solamente a la ley y no tienen en nuestro ordenamiento una alternativa consistente en mecanismos de exacción de responsabilidad política, ni siquiera en los supuestos de interposición de determinados órganos

políticos (CGPJ) para la selección de algunos cargos, ya que los designados no responden políticamente ante estos.

Aun cabe predicar un cierto control social como el que se refleja en el ejercicio de la crítica, ya sea en los medios sociales de comunicación, ya en el ámbito técnico doctrinal. Pero, pese a la voluntariosa confianza en la efectividad de esta *antes* de que la decisión sea adoptada, habrá que convenir, cuando menos, en su escasa eficacia respecto a la real vinculación del juez a la ley como garantía del ciudadano juzgado.

En EE. UU., cuya judicatura tiene unas características muy alejadas del burocratismo de carrera del *Civil Law*, la sentencia *Williams vs. Florida* (1970) declaró que la función principal del Jurado es proteger al ciudadano contra la ejecución arbitraria de la ley: «Salvaguarda frente a fiscales corruptos o demasiado celosos en el cumplimiento de sus funciones y también contra jueces acomodaticios, negativamente predispuestos o de humor imprevisible» (Hastie, Penrod y Pennington, 1986: 22). Algunos han querido ver en el modelo de EE. UU., importado del entonces vigente en el *Common Law*, cierta reminiscencia de la ordalía, donde el Jurado decide en conciencia por motivos inescrutables, no necesariamente tributarios de la racionalidad en la valoración de la prueba e incluso asumiendo la posibilidad de veredictos contradictorios con el resultado probatorio (Taruffo, 2010: 31 ss.). Fisher ha atribuido al Jurado de ese modelo la función de legitimar el sistema por la *confianza del público en la exactitud de los resultados* (Fisher, 2018: 21). Con independencia de la vigencia de tal configuración en nuestros días, lo cierto es que explica que el veredicto sea una respuesta única, directamente determinante de aceptación o rechazo de la acusación y deliberada con autonomía por el Jurado, relevado, además, de expresar su justificación. Al magistrado solamente le resta imponer la consecuencia jurídica.

Si ese es el sistema denominado *puro*, homologar la ley española de 1995 al mismo refleja, cuando menos, frivolidad. La denominada «caja negra» del Jurado, metáfora de la custodia de sus deliberaciones, de la que se predica que legitima al instituto precisamente por cubrir las deficiencias de sus métodos (Fisher, 2018: 163), es incompatible con el sistema continental europeo y la exigencia de justificación de las resoluciones de la jurisdicción.

### 6.3. LA AUTONOMÍA DEL JURADO

Es esa función de garantía la que reclama un ámbito de *autonomía del Jurado también respecto del juez técnico* con el que integra el Tribunal. En consecuencia, aunque el magistrado mantenga un no escaso control sobre el devenir procesal, la deliberación y la votación ha de desarrollarse con total separación. Esto, pero poco más que esto, diferencia al modelo español del escabinado europeo.

Ya en la LOTJ esa autonomía es reconocida de modo *muy limitado*. En dos aspectos que, no por ser previos al de la adopción de la decisión que reflejará el veredicto, son banales: *i*) el Jurado carece de *iniciativa* para *imponer la condena* del acusado; esta es monopolizada por el magistrado, que es quien, no disolviéndolo y proponiéndole un objeto, condiciona la existencia del veredicto y el contenido sobre el que aquel pueda versar; y *ii*) el Jurado tampoco puede *articular la secuencia de asertos* erigidos en un *relato que justifique*

la decisión de la condena, ya que solamente está autorizado para aceptarlo o rechazarlo, excepción hecha de matices no esenciales del hecho justiciable.

Así pues, su poder se circunscribe al *control negativo* articulado mediante la aceptación o el rechazo del relato fáctico propuesto por el juez técnico. Aún más, su proceso deliberativo no está exento de cierto control indirecto ejercido por el juez técnico. En efecto, incumbe a este la responsabilidad de vetar la toma en consideración de medios probatorios incluso cuando su resultado pueda haber llegado al conocimiento del Jurado. Y emite las instrucciones limitadas al contenido de su función y naturaleza de los hechos, pero con el límite de que debe omitir valoraciones sobre la prueba o los alegatos de las partes.

Respecto a la culpabilidad, el Jurado emite un veredicto de respuesta, aquí única, que engloba los plurales juicios de valor ínsitos en tal declaración, una respuesta limitada por la exigencia de que sea coherente con los hechos ratificados o rechazados. Así, la respuesta estará determinada en buena medida por el objeto del veredicto, y la coherencia sometida al control del magistrado.

La autonomía de la que disponen los miembros del Jurado en la LOTJ difiere esencialmente de la que caracteriza al modelo anglosajón. En la LOTJ, la atribución de la función de garantía se funda en el objetivo de asegurar su imparcialidad para conjurar el riesgo proveniente de las partes, incluida la acusación pública, dada la proximidad de la organización judicial a la del Estado en que está inserta. En modo alguno se funda en la protección de un contenido normativo que pueda considerarse anterior o diverso del que configura la ley. De ahí que la adecuación de la sentencia a la ley se confíe a mecanismos de control técnico-jurídico. Su activación se residencia en el magistrado en relación con sus propias decisiones, al fijar el contenido de la norma y la subsunción en ella de las respuestas del Jurado, y también para control de las del Jurado en las referencias establecidas en el art. 63 LOTJ.

Por eso, el veredicto sobre la culpabilidad está dissociado del —y es posterior al— emitido sobre la aceptación del relato fáctico del magistrado. La coherencia de ambos contenidos del veredicto es una manifestación de la sujeción a la ley. La única autonomía admitida en relación con la decisión sobre la culpabilidad se limita a los juicios de valor amparados en lo que Ferrajoli (1995: 160 ss.) denomina «poder de connotación». Entiendo que cabe atenderlos no solamente en lo accidental (la racionalidad del medio para la defensa cuando se discute la legitimidad justificante de esta, entre otros muchos supuestos), sino también en lo «constitutivo» del delito. Así cuando se erige en elemento del tipo un hecho en cuanto base de un juicio de valor, o para valorar en general si un hecho es «imputable objetivamente» al acusado o si su omisión es equivalente a la acción que causa el resultado.

Ese férreo acotamiento del ámbito de la libre autodeterminación de los jurados justifica que, al menos, se les aisle de eventuales interferencias en el debate que mantengan sobre la decisión que adoptarán. Pero ver en ese aspecto un índice de homologación de nuestro modelo al modelo clásico inglés supone la absoluta ignorancia de la plena integración del Jurado que regula la LOTJ en las líneas esenciales del sistema jurídico continental, esencialmente diverso de aquel.

## 6.4. CRISIS DECISORIAS

Si partimos de la generalidad de la aceptación de la decisión como fundamento legitimador, es claro que será un valor añadido —que la haga más probable— el *grado de consenso alcanzado* en el colegio que decide. El legislador claudicó ante el temor a los denominados Jurados «colgados» por crisis decisorias debidas a la falta de unanimidad entre sus componentes. Ahora bien, pese a renunciar a la exigencia de la unanimidad, *al menos* impuso una mayoría reforzada para declarar probados, o no, los hechos no favorables al reo consistente en la coincidencia en el mismo sentido de siete votos.

La amplitud de la coincidencia en el sentido de los votos del Jurado afecta a dos aspectos relevantes que interesa destacar en estas reflexiones. El primero es que la exigencia de una elevada coincidencia en los votos induce a los miembros del Jurado a incrementar el esfuerzo de deliberación, conjurando el riesgo de cercenarla sin mayor reflexión en cuanto los jurados perciben que se obtiene una mayoría, aunque sea simple. La precipitación constituye un evidente riesgo de error. El segundo es que, en todo caso, la escasez de respaldo a una decisión y la existencia de un amplio número de disidentes reduce la probabilidad de aceptación de lo decidido con la subsiguiente deslegitimación. Eso es lo que ocurre si la crisis decisoria —es decir, la ausencia de mayoría suficientemente amplia, cuando no de unanimidad— no se traduce en la ausencia de veredicto, cualquiera que sea el sentido de los insuficientes votos mayoritarios.

En la fase prelegislativa, la psicología aplicada insistió en la superioridad epistemológica de la configuración del veredicto bajo régimen de unanimidad o, al menos, de mayoría muy reforzada, cualquiera que sea el sentido de la decisión respecto a la estimación o no de la acusación.

Lamentablemente, la decisión del pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de 13 de marzo 2013 adoptó el siguiente Acuerdo: «a) Para declarar probado un hecho desfavorable será necesario el voto de, al menos, siete jurados. b) Para declarar no probado el hecho desfavorable son necesarios al menos, cinco votos. c) Si no se alcanza alguna de esas mayorías, no habrá veredicto válido y habrá que operar en la forma prevista en los arts. 63 y 65 de la LOTJ (supuestos de seis o cinco votos a favor de declarar probado el hecho desfavorable)».

Ciertamente, se atajó así alguna línea jurisprudencial que conducía a tener por no probado un hecho de la acusación en todos los casos en que no se alcanzara la mayoría reforzada, incluso si la mayoría se había pronunciado a favor de la condena por tal hecho. Se argumentaba que, si no se puede declarar probado el hecho imputado, la única alternativa es declararlo no probado, de tal manera que se excluía la posibilidad de inexistencia de veredicto. El sentido de la garantía de presunción de inocencia quedaba adulterado, pues se obviaba que esta despliega sus efectos en relación con una sentencia válidamente dictada. Pero en ausencia de veredicto (con la excepción prevista en la LOTJ para caso de reiteración en la crisis decisoria sobre el mismo) no se llega a dictar sentencia.

El nuevo Acuerdo suavizó aquella tesis. La declaración del hecho imputado como no probado exige ahora mayoría de votos en tal sentido (5/4 o 6/3). En los demás casos, se entenderá que no hay decisión válida y, por ello, tampoco veredicto.

Persiste, así, el desvío jurisprudencial sobre la, a mi juicio, indubitada voluntad legislativa de «no declarar probado» a falta de mayoría reforzada por la voluntad jurisprudencial de «declarar no probado» si una mayoría no reforzada lo decide así. Como expuse en otro lugar, no solamente porque la norma ya era una excepción al objetivo de reforzar la legitimidad del veredicto y su aceptación por el amplio consenso de los jurados en su adopción, sino simplemente porque la gramática de la lengua española no admitía otra interpretación que la que se puede exponer parafraseando el texto del precepto: «Para ser declarados (los hechos) tales (probados o no) se requieren siete votos, al menos, cuando fuesen (los hechos) contrarios al acusado, y cinco votos (al menos) cuando fuesen (los hechos) favorables (al acusado)» (Varela Castro, 2003).

## 7. LA MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS. LA EXPLICACIÓN DEL VEREDICTO

La motivación expresada en la sentencia persigue también el objetivo de acomodar la misma a la ley y conjurar los riesgos de arbitrariedad al garantizar su *racionalidad*. Así, contribuye al *control* dentro del proceso a través del sistema de recursos y también fuera del proceso facilitando el control social a través de la crítica (Gascón Abellán, 2010: 178). Y no solamente por ese doble control *ex post*, sino también porque la preconsciencia de aquella exigencia de posterior justificación compele ya al que ha de decidir a un realizar un ejercicio más intenso de racionalidad cuando reflexiona sobre la decisión que propone. Juan Igartua acierta en este punto cuando habla de una «[...] relación dialéctica entre la valoración de la prueba y la motivación de la resolución» (Igartua, 2013: 28).

Con antecedentes en los procedimientos romano o canónico, allí donde se instauró el Jurado al modo anglosajón la motivación quedó ciertamente minimizada, pese a que la incompatibilidad de aquel con esta no parece teóricamente necesaria (Gascón Abellán, 2010: 173). En todo caso, aquella funcionalidad erige a la motivación en *presupuesto de la legitimidad de la decisión jurisdiccional porque es presupuesto de su aceptabilidad*.

### 7.1. LA MOTIVACIÓN DE LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS

Es necesario diferenciar los *motivos* que persuaden al juez en el proceso mental que le conduce a declarar un enunciado fáctico como verdadero —es decir, la «motivación actividad», de acuerdo con la terminología de Gascón Abellán (2010: 184 ss.)— y las *razones* para justificar la corrección que, después, expone en la resolución —que la misma autora ha denominado «motivación-documento» (Comanducci, cit. en Igartua, 1995: 180 ss.). Los motivos y las razones no necesariamente coinciden. Sus correlativos pares conceptuales, acuñados terminológicamente como *contexto del descubrimiento* y *contexto de justificación*, tampoco son necesariamente idénticos. Y ello porque, como señala Igartua «[...] la fase heurística y la fase justificativa implican estrategias racionales diferentes» (Igartua, 1995: 183).

La naturaleza de la función del investigador respecto a la del juzgador es irreductiblemente diversa. El investigador preprocesal, no tercero, ensaya, no necesariamente de modo arbitrario, plurales hipótesis e infiere, desde las «fuentes» de prueba, la *hipótesis* que asumirá como parte ya en el juicio oral, donde su objetivo es *persuadir* al tercero juzgador de su veracidad aportando los «medios de prueba» al efecto. Ante las diversas hipótesis parciales, que examinará bajo los principios acusatorio y de contradicción, el juez —que sí ha de ser un tercero en la confrontación— ciñe su función a la crítica racional de las afirmaciones instrumentales que le suministran los medios de prueba aportados y practicados para formular la *tesis* que ha de *justificar* en su decisión.

En efecto, el medio probatorio reporta al juez afirmaciones instrumentales. Su contenido puede *i)* describir el *hecho objeto* del proceso en cuanto observado directamente, o *ii)* describir como observado *otro* hecho. La valoración crítica de esas afirmaciones instrumentales se abordará, en principio, desde máximas de experiencia o leyes técnicas o científicas, sobre la calidad de la observación y la credibilidad de quien describe lo que observa. En esa valoración, el juez puede/debe ser auxiliado por expertos, técnicos y científicos que posean herramientas y conocimientos de tal naturaleza que, en principio, para el juez son, cuando menos, extrañas. Partiendo del rendimiento probatorio así establecido, cuando el enunciado no es ya el referido directamente al hecho objeto del proceso, el juzgador *inferirá* este a partir de aquel, teniéndolo por verificado.

Por otro lado, los pasos desde las afirmaciones instrumentales hasta el enunciado del hecho objeto del proceso constituyen una inferencia que no proporciona más que una *probabilidad* de verdad. La aceptabilidad de lo inferido como fundamento de la decisión —finalidad, en lo esencial, *práctica* del proceso judicial— es tributaria de reglas epistemológicas, pero también de las reglas que constituyen la institucionalización de la obtención del conocimiento. Estas no siempre son funcionales para la calidad gnoseológica del resultado.

La motivación debe *dar cuenta de las razones* por las que, más allá de la íntima convicción, se pasa de las afirmaciones instrumentales de los medios probatorios —incluidos los expertos, técnicos y científicos— a la formulación de aserciones verificadas o del resultado probatorio en relación con los hechos jurídicamente relevantes (no solo el principal), y entre ellos los que definen una situación base de juicios normativos o de valor que también fundan la decisión.

## 7.2. EL ALCANCE DE LA RESPECTIVA DECISIÓN QUE DIFERENCIADAMENTE ASUMEN

Que el juzgador sea un tribunal compuesto por magistrado(s) y jurados no empece que, al fin, la decisión sea imputable a *todo* el tribunal como *único* órgano y que la sentencia sea única. La legitimidad ha de predicarse del fallo, *conjunto* indisoluble de manifestaciones de voluntad de aquel poder jurisdiccional, que también es único.

Pero las competencias del magistrado y las del Jurado para contribuir a conformar esa voluntad decisoria única, como avanzamos en el apartado 6.1, son diversas.

i) Tras el debate en el juicio oral, el *magistrado* determina qué *enunciados sobre los hechos* que han sido alegados como hipótesis por todas las partes son *objetivamente susceptibles de ser proclamados veraces*. Así se deriva del art. 49 en relación con el 70.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal fin, el magistrado someterá a crítica, en la medida normativa exigida por la *garantía constitucional* de la presunción de inocencia, las aserciones proporcionadas por los medios de prueba para concluir si *existe* prueba de cargo. El relato construido desde esa crítica de la prueba se traslada a un documento que es el *objeto del veredicto*, que en tal caso es ya la tesis que constituirá el posible apartado de hechos probados de la sentencia. Si ninguno de los medios probatorios avala tales conclusiones, el magistrado rechazará la hipótesis de la parte acusadora y, en consecuencia, deberá disolver el Jurado. Y ello porque este, como vamos a ver ahora, carece de competencia para construir una tesis divergente de la del magistrado. Por ello, este tampoco puede emplazar al Jurado a que se pronuncie sobre una tesis que, si este la asume, aquel no podría justificar bajo exigencias de presunción de inocencia.

ii) En virtud de ese control positivo del resultado del debate llevado a cabo el magistrado, el Jurado deviene investido para ejercer su competencia específica: *ratificar*, en todo o en parte, o *rechazar* no enunciados a seleccionar por el Jurado de entre los formulados por las partes, sino *el preciso relato del magistrado* presidente tal y como fue propuesto por este (arts. 59.1 y 54.2, inciso final, LOTJ) sin otra disidencia que la mínima autorizada en el art. 59.2. La sujeción es tal que, salvo ese autorizado matiz, bastará remitir al número con el que el apartado votado aparece en el documento que expone el objeto de veredicto. En cuanto al hecho, la función del Jurado es, por ello, de *garantía mediante control negativo de la decisión antes ya adoptada* por el magistrado.

Esa distribución competencial configurada por la LOTJ y el consecuente «reparto» de «poder» entre los componentes técnico y lego del único Tribunal del Jurado se acomoda a la habilitación cultural del técnico, aunque se suscite cuestión (Andrés Ibáñez, 2015: 433) sobre la suficiencia de aquella para que ese juez técnico pueda moverse con solvencia en la epistemología del hecho.

Por otro lado, la capacidad de los jurados para cumplir la función que le es atribuida, tal como expusimos en el apartado 5.3, hace posible la efectividad del control por los jurados legos en el marco de la fuerte tutela ejercida por el juez técnico que prevé la LOTJ. Cabe recordar, al respecto, la opinión constatada por Taruffo (2010: 211), aunque advierte que no es coincidente con la suya, cuando declara que la convicción más difundida es la que sugiere que, a pesar de los límites intrínsecos que caracterizan la institución, los jurados están en condiciones de formular valoraciones razonables. O la de Igartua Salaverría, que sostiene que «[...] cuando a los juristas se les saca del recinto normativo, saben tanto o tan poco como el común de la gente» (Igartua, 1995: 186), por lo que, según da cuenta el egregio autor, en materia de pruebas, la educación jurídica no procura ninguna ventaja particular, invitando a confrontar con H. Tapani Klami. Cabría añadir este diagnóstico de Zagrebelsky (1995: 150): «En los países de la Europa continental, sin excluir ninguno, la pasividad ante las exigencias de transformación que se imponen con fuerza en la magistratura produce un sentimiento generalizado de insatisfacción que no consigue encontrar

salidas constructivas. Los jueces continúan cultivando una idea anacrónica de sí mismos, como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos válidos en cuanto tales, alejándose así de las expectativas que la sociedad pone en ellos sin recibir respuesta».

Frente al criterio del autor italiano, el epistemólogo norteamericano Larry Laudan parte de estudios empíricos y postula una ampliación en EE. UU. del acceso del Jurado a medios probatorios que, pese a ser relevantes e incluso no ilícitamente obtenidos, está vetado por un complejo entramado de *exclusionary rules* que reflejan la desconfianza en la capacidad de valoración de los legos (Laudan, 2013: 293 ss.). Por su parte, los profesores de psicología y sociología Hasstie, Penrod y Pennington (1986: 2 ss.), también norteamericanos, reclaman la realización estudios científicos orientados a conformar criterios sobre capacidad de los jurados para cumplir los cometidos y funciones que les confiere la VI Enmienda de la Constitución de EE. UU.

La decisión del magistrado permitiendo que el Jurado emita veredicto alcanza a avalar con criterios normativos que un eventual fallo condenatorio respeta la exigencia constitucional de la presunción de inocencia, haciéndolo susceptible de control objetivo, intersubjetivo. El magistrado no motivará *por qué* (subjektivamente) adopta la propuesta de un objeto de veredicto. Lo que se le exige es que, más allá de su convicción subjetiva, justifique que ese relato histórico es constitucionalmente correcto por no suscitar su veracidad dudas razonables tras la valoración probatoria. O, alternativamente, a conjurar el riesgo de su vulneración cuando decide disolver el Jurado, impidiendo que el este entre a considerar tal posibilidad declarando probado el hecho imputado.

Si el Jurado es emplazado a emitir un veredicto sobre el objeto que se le propone, decidirá relevado de la toma en consideración del umbral impuesto por la presunción de inocencia. Y ello porque la superación de aquel ya se justificará en la única decisión del tribunal por el componente del mismo que tiene atribuida esa función: el magistrado.

Pese a ello, es un error etiquetar como meramente psicologista la exigencia impuesta al Jurado. Esta se circunscribe a la indicación de los «elementos de convicción» atendidos y a una «explicación de las razones» de su decisión. Ciertamente *explicar por qué se decide es distinto que justificar la corrección de lo decidido*.

No podemos compartir algunas reflexiones como la expuesta por Jordi Ferrer Beltrán (Ferrer Beltrán, 2020: 379), autor que, alineándose con las tesis de Igartua Salverría y Andrés Ibáñez, tilda de psicologista la motivación que el Jurado ha de llevar a cabo por exigencia del art. 61.1 de la LOTJ, y que, estima, refleja una concepción persuasiva, no racional, de la prueba.

La *exposición* exigida al Jurado rescata al veredicto del ámbito subjetivo de la simple convicción en la medida en que *describe* no las causas ínsitas en la concreta personalidad de quien decide ni solamente da cuenta de aquello de lo que se está convencido, sino los elementos que erigieron en razón de tal convicción, que le son externos y reportados por la actividad probatoria. Aún siendo sucinto, tal relato constituye una base suficiente para el control intersubjetivo desde la racionalidad objetiva por los destinatarios de lo expuesto.

En el ámbito endoprocésal, aquella permite constatar tanto la desestimación de elementos probatorios ilícitos como la exclusión de criterios de arbitrariedad que justificarían la impugnación procesal. En la esfera social externa al proceso, la posibilidad de crítica de esa exposición contribuirá a generar la aceptabilidad general del funcionamiento de la jurisdicción en el caso concreto.

### 7.3. CRITERIOS RESPECTIVOS PARA ADOPTAR SENDAS DECISIONES

El criterio de decisión del Jurado es también esencialmente distinto que el que atiende el magistrado. El art. 54 de la LOTJ encomienda al magistrado que explique al Jurado, entre otros aspectos, las reglas de deliberación y votación. En cuanto a los *medios* de prueba, indicará aquellos que, por ilicitud o nulidad, no deben tomar en consideración, pero se cuidará de no dar a conocer en ese momento las razones por las que estima que el relato propuesto es *objetivamente* compatible con la garantía de la presunción de inocencia. En cuanto al *criterio* de decisión, para aceptar o rechazar la propuesta probatoria del magistrado, remitirá a la *convicción subjetiva* de los jurados sobre su veracidad. La calidad epistemológica de esta para plasmarse en el veredicto es tributaria aquí de la configuración del debate y del número de jurados, tanto de los que intervienen en el mismo como de los que (unánime o mayoritariamente) sostienen de manera homogénea la opinión dominante. Para rechazar la propuesta bastará la *duda subjetiva* de tres jurados que excluya la certeza de una mayoría de, al menos, siete miembros del Jurado, necesaria para aceptar el relato que justifica la condena.

Esas diferenciaciones *objetivo/subjetivo*, reflejadas en los preceptos indicados y advertidas en la exposición de motivos de la LOTJ —apartado IV; 4 párrafos tercero, cuarto y quinto— derivan de la diferenciación conceptual entre la garantía constitucional de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*. El TC lo ha reiterado en la Sentencia 209/2003 de 1 de diciembre (con cita de sus anteriores SSTC 16/2000; 13/1982 y 31/1981) aun advirtiendo que ambos derivan del común principio *favor rei*: «Mientras que el principio de presunción de inocencia está protegido en la vía de amparo, el principio, *in dubio pro reo* como *perteneciente al convencimiento*, —que hemos denominado *subjetivo*— del *órgano judicial* [...] no puede en ningún momento ser objeto de valoración por nuestra parte cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas». (énfasis añadido)

El legislador —desde luego, el responsable de la LOTJ—, no se olvide, está vinculado por la interpretación que de la Constitución hace el TC y no por opiniones doctrinales, menos aún por las que, con escaso acierto, en mi opinión, niegan esa evidente diferencia (Nieva Fenoll, 2013: 62).

### 7.4. DIVERSO CONTENIDO DE SENDAS JUSTIFICACIONES

Las diferencias competenciales y los diversos criterios de decisión del magistrado presidente y el Jurado tienen su trascendencia en el *contenido de la justificación* que cada uno ha de aportar sobre lo que sí decide.

i) Proponer un relato como probado bajo exigencias de la garantía de la presunción de inocencia reclama una argumentación que evidencie por qué se valoran como carentes de razonabilidad hipotéticas dudas respecto a las que lo importante no es si subjetivamente el magistrado las tuvo, sino si objetivamente era exigible que las tuviera. Y ello incluso siendo cuestionable que la legitimidad exija el acierto en la argumentación y no, con independencia de ello, que la prueba practicada autorice objetivamente la conclusión (Vives Antón, 2011: 893 ss.) incluso si el discurso pretendidamente justificador es extravagante.

El magistrado presidente debe exponer las razones de *su* decisión: las que considere que avalan los enunciados del objeto del veredicto como acreditados, desde la prueba practicada, más allá de toda duda razonable. Solamente después de que el Jurado declare, y en la medida en que lo haga, el magistrado expresará en la sentencia tales razones y su decisión de aceptar aquellos enunciados como efectivamente probados (art. 70.2 LOTJ). Esa justificación no le es exigible al magistrado si su propuesta de hechos probados no es aceptada por el Jurado y el veredicto no es de culpabilidad

No obstante, *en la propuesta del objeto de veredicto el magistrado ya anticipa en no escasa medida las razones objetivas que autorizan a declarar probado el hecho principal*. Y es que los medios probatorios dan cuenta de observaciones de hechos que no son siempre, ni siquiera con frecuencia, directamente el hecho principal, sino *otros* desde los que, para afirmar aquel, es necesario inferirlo inductivamente. La *estructuración secuencial* de la múltiple cadena de pasos inferenciales (léase con atención el art. 52.1. a), párrafo tercero, LOTJ) *anticipa* ya una justificación de la conclusión. Esta es quizás más ardua que la que exige dar cuenta de la credibilidad atribuida al medio probatorio sobre el enunciado base de la inferencia. Al aceptar tal ordenación «secuencial» del veredicto *el Jurado está asumiendo también esa justificación* de la decisión que declara tal hecho como probado, parte implícita pero esencial de la explicación de la decisión.

ii) Por su parte, el Jurado debe indicar cuáles son los *elementos* atendidos para *alcanzar su* convicción (art. 61.1 d) LOTJ) y las *razones* de esta, tanto si acepta la propuesta del magistrado como si la rechaza. Es decir, si, en todo o en parte, acepta el relato del objeto del veredicto que se le propuso, incluyendo la cadena de secuencias inferenciales, basta que *expresen* sucintamente por qué no le alcanzan subjetivamente dudas a la mayoría legal suficiente de sus componentes.

Si el veredicto excluye enunciados de hechos determinantes de condena, por tener dudas subjetivas, con independencia de que sean objetivamente razonables, *bastará, en lo normativo*, que las razones satisfagan las limitadísimas exigencias del derecho a la *tutela judicial efectiva* (STC 169/2004, de 6 de octubre, FJ 6, párrafo segundo, último inciso).

Contra los que exacerban los requerimientos justificadores al Jurado, un solvente sector de la doctrina ha cuestionado la exigencia de motivar el rechazo de la imputación también en relación con el Jurado (Vives Antón, 2011: 897 ss.), en la medida en que aquella exigencia se aproxima a la imposición al imputado de la obligación de demostrar su inocencia. Por ello, desde esta perspectiva se considera suficiente que el Jurado exprese su duda de tal modo que no aparezca como arbitraria.

## 7.5. EL VEREDICTO DE CULPABILIDAD

El concepto de culpabilidad tiene un contenido diverso, en la teoría general del delito, por un lado, y en los art. 24.2 de la Constitución y 60 de la LOTJ, por otro. El primero entronca con el principio referido al fundamento filosófico y los límites *del ius puniendi* y la capacidad del sujeto para actuar de una u otra forma, presupuesto del reproche penal. Por su parte, el precepto constitucional y la norma relativa a la decisión del Jurado vinculan la declaración de culpabilidad al concurso, a la constatación procesal del conjunto de elementos requeridos para la condena penal.

Entre ellos, los hechos adquieren especial relevancia jurídica al ser descritos en la ley como presupuesto histórico al que esta anuda sus consecuencias. Pero, en otros casos, lo son en cuanto soporte de una conclusión valorativa que viene exigida ora específicamente en el tipo penal, ora a los efectos de las previsiones de la parte general del Código.

Respecto a estos, debe diferenciarse si la previsión legal es más o menos taxativa o si consiste en un canon indeterminado. El concepto «monte» en el delito de incendio es normativo, al igual que la «ajenidad» de una cosa o el «exceso» en el ejercicio de facultades de administración tipificada como desleal. Predicar del hecho histórico tales calificaciones normativas constituye una operación *técnico-jurídica de la exclusiva competencia del magistrado* presidente, en la medida en que requiere una definición concreta y determinada del contenido de la norma que atribuye a un supuesto esa cualidad. Se trata de un aserto que es verificable como una correcta (verdadera o falsa) interpretación.

No ocurre lo mismo con otros conceptos como «desamparo» en la omisión del deber de socorro, la «vulnerabilidad» de la víctima del homicidio, «lesionar la dignidad» de una persona o la «gravedad» del hecho en el delito de injurias. Estos conceptos no están definidos en los tipos penales. Igualmente, cuando la decisión sobre la imputabilidad del acusado, la justificación de sus actos o la exigibilidad de otra conducta ajustada a Derecho se condiciona a conceptos tales como capacidad de comprender la ilicitud y actuar en consecuencia, la racionalidad del medio empleado para defenderse o la ponderación de bienes en riesgo para establecer si se actuó bajo un estado de necesidad, la superabilidad del miedo, la proporcionalidad del comportamiento bajo ejercicio de un cargo u oficio o, en fin, la condición de vencible en el error padecido por el autor. Lo que caracteriza a la afirmación de tales conclusiones valorativas es la inviabilidad de su verificabilidad.

El control de su proclamación ha de referirse, pues, a su *validez* o corrección en el caso de una denotación taxativa por la definición legal o a su *justicia* en los otros *supuestos de determinación de lo que la norma penal connota* mediante ponderación valorativa en el caso concreto partiendo siempre, no obstante, del enunciado histórico que describe la situación sí verificable. La respuesta respecto a este último grupo de presupuestos —sean elementos del tipo o defensas sobre exención de responsabilidad— se ubica en el apartado del veredicto que afirma o niega la culpabilidad como juicio de valor global. Pero, adviértase, no asimilable al concepto de culpabilidad de la dogmática penal. *La competencia se atribuye al Jurado.*

## 7.6. EL TRIBUNAL DE JURADO Y EL «JUICIO JUSTO» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La solución de nuestra LOTJ cumple con holgura las exigencias que el TEDH considera de obligado cumplimiento en una sociedad democrática, exigencias integradas en el concepto de juicio justo del art. 6 del Convenio Europeo.

Contestando a la demanda del Sr. Bellerin Lagares contra España, en su sentencia de 4 de noviembre de 2003 el TEDH ya recordó un criterio general sobre la motivación: «L'exigence de motivation doit aussi s'accommoder de particularités de la procédure, notamment devant les cours d'assises où les jurés ne doivent pas motiver leur intime conviction».

Y tras describir el régimen procesal de la LOTJ española de 1995 sentenció: «La Cour rappelle que les organes de la Convention ont déjà eu à se prononcer sur la compatibilité avec la Convention de systèmes similaires au système espagnol (cf. *R. c. Belgique*, requête no 15957/90, décision de la Commission du 30 mars 1992, Décisions et rapports (DR) 72, pp. 195, 197; *Zarouali c. Belgique*, requête no 20664/92, décision de la Commission du 29 juin 1994, DR 78, § 97, 109 et *Papon c. France* (déc), no 54210/00, CEDH 2001-XII))».

Estimó, por tanto, que la sentencia en cuestión estaba suficientemente fundamentada a los efectos del art. 6.1 del Convenio

En la STEDH de 13 enero 2009, recaída en el asunto *R. T. c. Bélgica*, estableció que «[...] el derecho a un proceso justo garantizado por el art. 6.1 del Convenio implica, en relación con la Cour d'assises, que la decisión sobre la acusación exponga las consideraciones que han convencido al Jurado de la culpabilidad o inocencia del acusado, e indique las razones concretas por las que ha respondido afirmativa o negativamente a cada una de las preguntas».

En esa sentencia reprocha que «[...] la formulación de las preguntas planteadas al Jurado no permitía conocer los motivos por los cuales había respondido afirmativamente a cada una de ellas». El TEDH estimó que las respuestas lacónicas a unas preguntas formuladas de forma vaga y general habían podido dar al demandante la impresión de una justicia arbitraria y poco transparente. Sin una síntesis de los principales motivos por los que el Tribunal del Jurado (Cour d'assises) había alcanzado el convencimiento de la culpabilidad del demandante, este no podía comprender —y, por tanto, aceptar— la decisión del tribunal.

La *relevancia de las preguntas* se subraya porque a efectos de la relación de la motivación con el derecho al juicio justo «debe examinar si el procedimiento, en conjunto, tuvo un carácter equitativo», y añade que en el asunto *R. c. Bélgica* (núm. 15957/1090, Decisión de la Comisión de 30 marzo 1992, Decisiones e informes (DI) 72), la Comisión Europea de Derechos Humanos constató que, si bien el veredicto de culpabilidad del jurado no estaba motivado, «[...] al menos el presidente del Tribunal del Jurado (Cour d'assises) había formulado previamente preguntas al jurado sobre las circunstancias fácticas de la causa, que el acusado podía impugnar. La Comisión vio en estas preguntas precisas, de las que algunas

podían plantearse a petición de la defensa o el Ministerio Fiscal, el fundamento que servía de base a la decisión impugnada».

En el asunto *Papon c. Francia* (Decisión), el TEDH señaló que el Ministerio Fiscal y el acusado habían tenido la posibilidad de impugnar las preguntas planteadas y solicitar al presidente que formulara al jurado una o varias preguntas más. Tras constatar que el jurado había respondido a las 768 preguntas formuladas por el presidente del Tribunal del Jurado (*Cour d'assises*), estimó que estas constituían el argumento que podía servir de base a la decisión y que su precisión compensaba adecuadamente la no motivación de las respuestas del Jurado. El Tribunal desestimó la queja relativa a la falta de motivación de la sentencia de la *Cour d'assises* porque carecía manifiestamente de fundamento.

En el asunto *Saric c. Dinamarca*, el Tribunal dictaminó que la falta de motivación de una sentencia resultante de la determinación por un Jurado popular de la culpabilidad del demandante no era, en sí, contraria al Convenio.

Si en el asunto *Göktepe c. Bélgica* (§ 28) el Tribunal concluyó que la violación del art. 6 del Convenio se debió a que el Tribunal del Jurado (*Cour d'assises*) había rehusado plantear preguntas individualizadas sobre la existencia de circunstancias agravantes, privando así al Jurado de la posibilidad de determinar individualmente la responsabilidad penal del demandante.

Con tales antecedentes, en la sentencia de 16 noviembre 2010, dictada en el asunto *Taxquet c. Bélgica*, el TEDH, constituido en Gran Sala, reiteró que «[...] el Convenio no exige que los jurados motiven su decisión y que el art. 6 no se opone a que un acusado sea juzgado por un Jurado popular ni siquiera en el supuesto de que su veredicto no esté fundamentado».

Sin embargo, para que se cumplan las exigencias de un proceso justo, el público y, en primer lugar, el acusado, debe poder comprender el veredicto que se ha emitido. Esta es una garantía fundamental contra la arbitrariedad. Ahora bien, como ya ha subrayado el TEDH, la preeminencia del derecho y la lucha contra la arbitrariedad son principios que sustentan el Convenio (entre otras, véase, mutatis mutandis, sentencia *Roche c. Reino Unido* [GS], núm. 32555/1996, ap. 116, TEDH 2005-X). En el ámbito de la justicia, estos principios sirven para asentar la confianza de la opinión pública en una justicia objetiva y transparente, uno de los fundamentos de toda sociedad democrática (*vid. Suominen c. Finlandia*, núm. 37801/1997, ap. 37, 1 julio 2003 y *Tatichvili c. Rusia*, núm. 1509/2002, 58, TEDH 2007-III).

Por ello, el TEDH añadió que ante los tribunales del jurado (*Cour d'assises* con participación de un jurado popular) es necesario adaptarse a las particularidades del procedimiento en el que, la mayoría de las veces, los jurados no tienen la obligación —o no pueden— motivar su convicción (§ 85 a 89 *supra*). En este supuesto el art. 6 exige igualmente determinar si el acusado ha gozado de unas garantías suficientes que descarten cualquier riesgo de arbitrariedad y le permitan comprender las razones de su condena (§ 90 *supra*). Estas garantías procesales pueden consistir, por ejemplo, en instrucciones o aclaraciones del presidente del Tribunal del Jurado (*Cour d'assises*) a los jurados en relación con los

problemas jurídicos planteados o las pruebas practicadas (§ 43 ss. *supra*), y en preguntas precisas, inequívocas, planteadas al Jurado por dicho magistrado, de manera que se conforme un argumento que pueda servir de fundamento para el veredicto o que compense adecuadamente la falta de motivación de las respuestas del Jurado (*vid.* la anteriormente citada STEDH *Papon c. Francia*).

Pues bien, además de prever las instrucciones a los jurados, la LOTJ establece un método de elaboración del denominado «objeto del veredicto» en el que se abre un cauce para *audiencia de las partes* que satisface las exigencias de motivación más allá del canon establecido por el TEDH. La obligada *articulación secuencial* del soporte fáctico en que acaba integrándose la versión típica fundamento de la condena no tiene otra finalidad que la de justificar lógicamente la conclusión. Ello permite conocer las razones por las que esa versión típica es proclamada. Además, el magistrado está obligado a exponer por qué esas premisas derivan de una valoración probatoria acomodada al canon de la garantía constitucional. Cobra ello especial relieve a la luz del criterio expuesto por el TEDH<sup>14</sup> en el sentido de que *el cumplimiento de las exigencias del proceso justo se aprecia sobre la base del conjunto del procedimiento*.

La interrelación entre la justificación del juez técnico y la del jurado lego se manifiesta en otra exigencia del modelo de la LOTJ que va más allá de la aceptación por el Jurado de los argumentos del magistrado implícita en la ratificación por aquel de los particulares del objeto propuesto por este. Se trata del requerimiento al Jurado impuesto por el art 61 de la LOTJ para que exteriorice los elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones. Ello abre la vía al control de tales razones por el magistrado, que podrá rechazar el acta si se desvía del obligado respeto a las reglas de exclusión de medios probatorios e incluso si así se pusiera de manifiesto la arbitrariedad de la conclusión. Así, el art 63.1 d) LOTJ prevé la devolución del acta al Jurado en este supuesto: «Que los diversos pronunciamientos son contradictorios, bien los relativos a los hechos declarados probados entre sí, bien el pronunciamiento de culpabilidad respecto de dicha declaración de hechos probados». Por su parte, el art. 63.1 d) contempla la misma previsión en el siguiente caso: «Que se haya incurrido en algún defecto relevante en el procedimiento de deliberación y votación».

## NOTAS

1. Con amplitud —y en algún aspecto específica, que no en todo pacífica, configuración— expone Ferrajoli los aspectos epistemológicos, axiológicos y teóricos de esa opción seguidos de descripciones fenomenológicas (Ferrajoli, 72005).
2. Referencias a ciertas consecuencias de posiciones hermenéuticas o epistemologías subjetivistas sobre la idea de prueba y verdad.
3. Conde-Pumpido Tourón, ponente de la STS de 11 de septiembre de 2000 afirmó lo siguiente: «Una norma procesal penal elaborada en 1995 no podía dejar de incorporar un precepto que recordase y reafirmase dicha doctrina constitucional, pero tal precepto no puede ser interpretado de forma autónoma y aislada, como un islote robinsoniano en el océano del marco regulador de nuestro proceso penal [...]».

4. Quien, tras afirmar que el legislador de 1882 no quiso que la lectura de declaraciones sumariales de un testigo, en caso de disconformidad entre estas y las que el mismo testigo preste en el juicio, tuviera otra finalidad que la de «[...] provocar las explicaciones del testigo sobre las discrepancias entre unas y otras [...].excluyendo que dicha lectura permitiera incorporar la declaración sumarial a la que se refiera al material probatorio valorable por el juzgador... recomienda, de cara al futuro estudiar cuidadosamente las situaciones para un tratamiento legal adecuado [...]» (Vegas Torres, 1993: 252).
5. Verger Grau (1995). El autor entiende matizable la conclusión cuando se trata de contradicciones entre diversas manifestaciones del acusado. La razón estribaría en que nadie miente en perjuicio propio, máxima de experiencia que justifica la diversidad de tratamiento en el derecho anglosajón de notoria influencia en este autor.
6. Miranda Estampres (1997).
7. Los Estados miembros que practican el sistema escabinado según el escrutinio hecho por la sentencia del TEDH, de 16 de noviembre 2010 (asunto *Taxquet c. Bélgica*), son Alemania, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Estonia, la ex República yugoslava de Macedonia, Grecia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Islandia, Liechtenstein, Mónaco, Montenegro, Noruega (en la mayor parte de los casos), Polonia, Portugal, República checa, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia y Ucrania.
8. Sentencia del TEDH, asunto *Taxquet c. Bélgica*, cit. *supra*.
9. Publicación de la Asociación Argentina de Juicios por Jurados, 2 de noviembre de 2020
10. Publicado en la «Colección legislativa de España», t. CXIV, correspondiente al primer semestre de 1875, pp. 6 ss.
11. Sobre ese periodo puede consultarse el trabajo de Marés Roger (1995: 99-101).
12. Presente en las constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795, fue sustituida por la designación por el primer cónsul (Napoleón) el 13 de diciembre de 1799.
13. En tal caso, absolutoria.
14. Asunto *Taxquet c. Bélgica*, cit. *supra*, § 93.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABEL AMIETTA, Santiago (2017): «Participación ciudadana en contexto: tendencias y modelos de juicios con jurados en clave sociojurídica», *Via Iuris*, 22, enero-junio, 149-164.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1986): *El Poder Judicial*, Madrid: Tecnos.
- (2015): *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid: Trotta.
- APARICIO, Javier (1987): *Sobre la administración de Justicia en Roma*, Madrid: Civitas.
- ASENCIO MELLADO, José María (1989): *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid: Trivium.
- BLANCO SUÁREZ, Rafael, Leonel GONZÁLEZ POSTIGO y Fernando GUZMÁN FUENZALIDA (2020): *Juicios por Jurado en Chile. Un debate pendiente para la consolidación del sistema penal acusatorio-adversarial y su legitimidad ciudadana*, Santiago de Chile: CEJA, JSCA, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado.
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- (2005): *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- FISHER, George (2018): *El origen del jurado como detector de mentiras*, Madrid: Marcial Pons.
- GARAPON, Antoine (1953): *De Oratore*, Paris: Odile Jacob.
- (1996): *Le gardien des promesses Justice et démocratie*, Paris: Odile Jacob.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010): *Los Hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- GIMENO SENDRA, Vicente (1988): *Constitución y Proceso*, Madrid: Tecnos.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2020): «Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por Jurados. La sentencia V.R.P. V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la Corte IDH», *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, I, 359-382.
- HASSEMER, Winfried (2009): *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, México DF: Ubijus.
- HASTIE, Reid, Steven D. PENROD y Nancy PENNINGTON (1986): *La institución del Jurado en los EE. UU. Sus intimidades*, Madrid: Civitas.
- HERZOG, Tamar (2019): *Una breve historia del Derecho Europeo*, Madrid: Alianza Editorial.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1995): *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2013): *La «sucinta explicación» en el veredicto del Jurado*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ILLUMINATI, Giulio (1979): *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli 1979.
- (1996): *Profili del nuovo Codice de Procedura penale*, Padua: CEDAM.
- LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons.
- MAIER, Julio B. (1989): *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires: Fundamentos Editorial Hammurabi.
- MARÉS ROGER, Francisco (1995): «El Tribunal del Jurado en la II República Española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1760 (noviembre), 99-101.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando (2007): «La constitucionalización de la justicia (1810-1823)», en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 169-208.
- MIRANDA ESTAMPRES, Manuel (1997): *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona: Bosch.
- MONTERO AROCA, Juan (1990): *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid: Civitas.
- (1999): *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2013): *La duda en el proceso penal*, Madrid: Marcial Pons.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2011): *Garantismo y Derecho Penal*, Madrid: Iustel.
- SÁNCHEZ VERA, José Luis (2012): *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, Madrid: Marcial Pons.
- SIMON, Dieter (1985): *La independencia del Juez*, Barcelona: Ariel.
- SUMMER, Andrew (2018): *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos*, Madrid: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele (2010): *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Barcelona: Pons.
- VARELA CASTRO, Luciano (1990): «El juicio sobre la acusación», *Manuales de Formación continuada, Ejemplar dedicado a El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la sociedad*, 11, pp. 87-97.
- (2003): «El enjuiciamiento de ciudadanos por ciudadanos. Algunas prácticas conformadas por una jurisprudencia abrogante», *Estudios de Derecho Judicial*, 45, 547-638.
- (2005): «El juicio sobre la acusación», *Manuales de Formación continuada, Ejemplar dedicado a Hacia un nuevo proceso penal*, 32, 287-350.
- (2006): «La instrucción de los procesos ante el tribunal del jurado y el juicio de acusación», *Estudios de Derecho Judicial, Ejemplar dedicado a Juicio por Jurado: experiencias y revisión*, v. 96, 74-147.
- VARONA GÓMEZ, Daniel (2021): *¿Juez o Jurado? Un análisis a partir de los casos de mujeres maltratadas que se rebelan contra su tirano*, Barcelona: Atelier.
- VEGAS TORRES, Jaime (1993): *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid: Wolters Kluwers, La Ley.

VERGER GRAU, Joan (1995): «Las pruebas ante el Tribunal del Jurado», en *El Tribunal del jurado*, Madrid: CGPJ, 401-471.

VIVES ANTÓN, Tomás (2011): *Fundamentos de Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1995): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta.

**Fecha de recepción: 9 de febrero de 2021.**

**Fecha de aceptación: 14 de mayo de 2021.**



SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, DECISIONES  
JUDICIALES Y VACÍOS DE ARGUMENTACIÓN\*  
ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, JUDICIAL DECISIONS AND ARGUMENTATION VOIDS

Dyango Bonsignore Fouquet  
Profesor Ayudante de Derecho penal  
Universidad de Alicante

RESUMEN

En las últimas décadas, hemos asistido a una auténtica explosión del campo de la inteligencia artificial (IA), cuya popularización se ha hecho especialmente visible en tiempos recientes. Una de las aplicaciones de esta tecnología que más interés viene suscitando es su empleo en el ámbito jurídico. Este artículo pretende reflexionar sobre una parte reducida de la conexión Derecho-IA, a saber, aquella que concierne a la toma de decisiones judiciales. Se examinan, para ello, dos hipótesis: la que concibe la sustitución del juzgador humano por una inteligencia artificial, y la que entiende el uso de esta última como complemento o apoyo al juzgador a lo largo del proceso decisorio. En relación con la primera, se reflexiona sobre las dificultades que entraña el concepto de «razón» cuando se aplica al decisor humano y al artificial, y en qué modo esto repercute en la función jurisdiccional como actividad *inter pares*. En relación con la segunda cuestión, se destaca el potencial que el uso de la IA como apoyo puede venir acompañada de sus propias dificultades. Reflexionando a través del ejemplo de la justicia penal y los pronósticos de reincidencia, se destaca que el uso de este tipo de instrumentos puede producir «vacíos de argumentación», a saber, puntos ciegos en el proceso de justificación de la decisión judicial.

PALABRAS CLAVE

Inteligencia artificial, algoritmos, *machine learning*, opacidad decisión judicial, argumentación jurídica.

ABSTRACT

In recent decades, we have witnessed a veritable explosion in the field of artificial intelligence (AI), the popularization of which has become particularly visible in recent times. One of the most interesting applications of this technology can be found in the legal field. This article aims to reflect on a small part of the Law-IA relationship, namely that which concerns judicial decision-making. To this end, two hypotheses are examined: one that envisages the replacement of the human judge by an artificial intelligence, and another that understands the use of the latter as a complement or support for the judge throughout the decision-making process. Regarding the first issue, it reflects on the difficulties posed by the concept of «reason» when applied to the human and artificial decision-maker, and how this impacts on the jurisdictional function as a peer-to-peer activity. In relation to the second question, the paper highlights the potential that the use of AI as a support can come with its own difficulties. Reflecting through the example of criminal justice and recidivism predictions, it is argued that the use of such tools can produce «argumentation voids», i.e., blind spots in the justification of the judicial decision.

KEY WORDS

Artificial Intelligence, algorithms, machine learning, opacity, judicial decision-making, legal argumentation.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.011](https://doi.org/10.36151/td.2021.011)

\* Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto «Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal: examen crítico de las razones de necesidad, oportunidad y peligrosidad para la diferencia (AEQUALITAS)» (RTI2018-096398-B-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación. El autor desea expresar su agradecimiento a todos aquellos que han contribuido a la elaboración de este texto con sus observaciones a versiones previas del mismo, agradecimiento extensible a los revisores anónimos cuyos comentarios han contribuido a la mejora sustancial del texto..

# SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, DECISIONES JUDICIALES Y VACÍOS DE ARGUMENTACIÓN

Dyango Bonsignore Fouquet

Profesor Ayudante de Derecho penal  
Universidad de Alicante

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Inteligencia artificial. Breves nociones conceptuales. 2.1. Inteligencia artificial y algoritmos. 2.2. *Big Data* y *machine learning*. 3. Las relaciones entre el Derecho y la inteligencia artificial. 3.1. La dimensión argumentativa del Derecho y la IA. 3.2. Decisión judicial, argumentación e interpretación. 4. La hipótesis del «juez IA». 4.1. ¿Cómo piensan las máquinas? Algoritmos, y humanos, *inteligentes*. 4.2. Las razones de los algoritmos. 4.3. El elemento antropológico. 5. Algoritmos como apoyo a la decisión judicial. Los vacíos de argumentación. 5.1. La discusión a través de un ejemplo: la polémica de *State vs. Loomis*. 5.2. La cuestión de la opacidad. 5.3. Vacíos argumentativos. 5.4. Algoritmos opacos y jueces opacos. Sobre los contextos de descubrimiento y justificación. 5.5. Discrecionalidad y la burocratización de la decisión discrecional. 6. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de las últimas décadas se ha difundido la idea de que asistimos a una revolución científica y social sin precedentes. El desarrollo en materia de tecnologías de la información y la comunicación en general, y en ciencias de la computación en particular, ha sido fulgurante. Tanto es así que la transición de la «ciencia ficción» a la ciencia *tout court* casi parecería haberse producido sin solución de continuidad. Si no hace tanto apenas era posible imaginar con cierto grado de detalle la posibilidad de *inteligencias artificiales*, en la actualidad ya es posible encontrarlas en espacios tan banalizados como la electrónica de consumo.

Hablar de inteligencia artificial (IA), sin embargo, resulta manifiestamente impreciso en el marco del vocabulario sociotecnológico contemporáneo, tan variado como mal delimitado. Así, frecuentemente hablamos de IA en conjunto o solapadamente con otras nociones como *Big Data*, *machine learning*, algoritmos o similares (Miró Llinares, 2018: 91). El carácter intercambiable que en ocasiones presentan estos términos en el uso común

es revelador, pues da cuenta de una serie de transformaciones tecnológicas que han cobrado su actual relevancia social precisamente porque se han presentado unidas. En plena consonancia con los cánones contemporáneos, la expresión «inteligencia artificial» ya no designa la misma realidad que en la década de los 50 (Grosan y Abraham, 2011: 3). Con todo, ese sentido laxo e indiferenciado resulta, por el momento, suficiente para los propósitos de esta discusión inicial.

En suma, se diría que actualmente toda actividad de cierta complejidad puede tener algo que ganar con la introducción de este tipo de instrumentos computacionales, desde la gestión del tráfico a la participación en los mercados financieros, pasando por la propia investigación científica (Russell y Norvig, <sup>3</sup>2010: 28-9). En este trabajo, sin embargo, interesa tan solo uno de los ámbitos en que se ha explorado la aplicabilidad de la IA, a saber, su empleo en el ámbito del Derecho. Aun dentro de este ámbito, el análisis se ceñirá a una parcela relativamente acotada: el ámbito de la toma de decisiones jurídicas (y, singularmente, de las decisiones judiciales).

El planteamiento es el siguiente: los avances en inteligencia artificial han permitido situar potentes algoritmos en el corazón de múltiples procesos complejos de toma de decisiones. Podría decirse, incluso, que un objetivo central de la investigación en la materia se orienta a la construcción de «decisores» artificiales que se valdrían de la capacidad de procesar grandes cantidades de información para llevar a cabo dicha tarea de manera más eficaz y eficiente que sus homólogos humanos. Sin embargo, esto resulta especialmente problemático cuando se trata de extender al campo de la toma de decisiones que realiza, por ejemplo, un juez. Anticipando un tanto la discusión, cabe señalar que impartir justicia es algo más que *decir* el Derecho, y que en la labor de *dictarlo* se requiere un actor humano.

La hipótesis del «juez IA» (Sourdin, 2018: 1117), es decir, la sustitución del juez por un algoritmo, no es sin embargo la única manifestación posible de la automatización de la toma de decisiones jurídicas. También cabe pensar que herramientas computacionales como las que nos ocupan pueden servir como instrumento del proceso de toma de decisión llevado a cabo por el juez (u otro operador jurídico). En este caso, sin embargo, emergen otras dificultades, entre las que se encuentra el polémico problema de la «opacidad» del algoritmo (Burrell, 2016). A tal efecto, parece que entender las decisiones judiciales como un producto de procesos argumentativos *justificativos* se compadece mal con la posibilidad de apoyarse en instrumentos cuyo funcionamiento sea inaccesible al escrutinio externo. La posibilidad de que el uso de estos dispositivos genere *vacíos argumentativos* merece, por tanto, ser examinada algo más atentamente.

Para abordar esta última problemática, se propone tomar como asidero los protocolos para la valoración del riesgo delictivo empleados en sede judicial. Lo que aquí interesa no es llevar a cabo una reflexión procesal sobre el papel de este tipo de instrumentos ni un examen minucioso de los aspectos técnicos de los mismos, sino más bien enfocar la discusión desde la función argumentativa de la decisión judicial. Determinar si tales protocolos son piezas satisfactorias para construir la justificación de una decisión, qué requisitos han de cumplir para ello o, incluso, si es posible leer las valoraciones protocolizadas del riesgo como argumentos en sí mismos será el objeto de discusión en lo sucesivo. En este sentido,

el trabajo adopta una óptica de análisis que atribuye un papel central a la justicia penal, a la que recurre como plataforma para discutir cuestiones de fondo que, tal vez, pudieran resultar transversales.

En definitiva, se pretende prestar atención a los problemas que emergen cuando, sobre el mismo objeto jurídico, confluyen dos «decisores» diferentes. Por un lado, el juez racional, que adopta decisiones basadas en razones justificadas argumentativamente. Por otro, la inteligencia artificial, que toma decisiones sobre la base de patrones, correlaciones y heurísticos no siempre transparentes y de implicaciones jurídicas aún inciertas.

## 2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL. BREVES NOCIONES CONCEPTUALES

Como se ha avanzado, hablar de inteligencia artificial es, hoy por hoy, poco más que una constatación de hechos consumados. De hecho, y aunque las primeras manifestaciones de este tipo de tecnologías se remonten a mediados del siglo pasado (Russell y Norvig, <sup>3</sup>2010: 16-18), parece que solo recientemente se ha alcanzado la suficiente sofisticación técnica como para transformar la IA en un acontecimiento sociotecnológico transversal. Ejemplos pintorescos de un fenómeno cuya magnitud resulta difícil de estimar son, por ejemplo, los concursos de belleza con un «jurado IA»<sup>1</sup> (Levin, 2016) o la venta de un cuadro elaborado por un algoritmo «artista» (Cohn, 2018).

Sin embargo, la irrupción de la inteligencia artificial se ha producido de forma confusa (Edwards y Veale, 2018: 1), en la medida en que ha podido cobrar todo su significado dentro de un contexto de desarrollo sociotecnológico más amplio. La informatización de la vida cotidiana se ha acelerado a través de la multitud de dispositivos cada vez más *personales* que acompañan a los individuos y los insertan en una red en constante expansión. El carácter utilitario que tuvieron la informática y la electrónica ha dado paso, hace ya un tiempo, a un *ethos hedonístico* que ha transformado la interacción persona-dispositivo en una fuente de disfrute. La premisa subyacente al desarrollo tecnológico contemporáneo parece apuntar a la convergencia entre lo analógico y lo digital, algo que expresan bien algunos términos del incipiente «vocabulario ciborg» como *realidad aumentada*.

En este contexto de relativa confusión, resulta indispensable clarificar, pues, qué es lo que necesitamos saber.

### 2.1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ALGORITMOS

Desde un punto de vista intuitivo/coloquial, la expresión inteligencia artificial hace referencia, de forma más bien figurada, al modo en que determinadas aplicaciones informáticas procesan la información de un modo automatizado, produciendo resultados que denotan inteligencia (Surden, 2014: 90). Sin embargo, desde un punto de vista algo más técnico, con el término inteligencia artificial nos referimos a un campo de investigación y

desarrollo en el que convergen diversas ramas de conocimiento y cuyo propósito «[...] no es solo comprender, sino construir entidades inteligentes» (Russell y Norvig, <sup>3</sup>2010: 1).

Aunque aquí interesa específicamente la IA como instrumento (y no como campo), no hay una única forma de replicar inteligencia de manera artificial<sup>2</sup>. Ahondando en la confusión, dos términos que se han empleado usualmente como intercambiables son *IA* y *algoritmo*. En realidad, la relación entre uno y otro sería más bien del todo a la parte: el comportamiento de una IA puede explicarse en buena medida a través de su correspondiente algoritmo, dado que este expresa el modo en que la información es procesada hasta producir una determinada respuesta. Sin embargo, hablar de algoritmos no comporta necesariamente hablar de inteligencia artificial, dado que, en su sentido nuclear, los algoritmos son simplemente reglas sistemáticas para la solución de problema que, sobre la base de determinadas premisas, conducen a una conclusión (Berk, 2018: 32). La IA implica, por tanto, el uso de algoritmos capaces de interactuar con su entorno (estrictamente, con los datos generados por dicho entorno), *aprender y adaptarse*.

Un ejemplo relativamente trivial de este proceso es el de los filtros anti-*spam*. Este tipo de programas tienen en su base un algoritmo cuyo funcionamiento, en su versión más elemental, resulta bastante intuitivo. Para distinguir el correo legítimo y correo no deseado, se extraen una serie de palabras clave que aparecen frecuentemente en la segunda categoría de correos y, sobre esa base, se aplica el filtro a los mensajes futuros. Este sería, sin embargo, un algoritmo sencillo de esquivar, pues bastaría evitar la introducción de las palabras discriminantes. Sin embargo, la situación cambia cuando el usuario señala manualmente nuevos correos no deseados que se han «escapado» del filtro para que sean incorporados a la base de datos. Esto conduce a modificar el catálogo de palabras discriminantes, así como a modificar el peso que tienen las ya detectadas para clasificar un nuevo correo como *spam* (Burrell, 2016:7-9).

Esta segunda parte del procedimiento es la que sirve de ejemplo para el tipo de algoritmos que nos ocupa, es decir, aquellos que poseen la capacidad de modificar sus elementos automáticamente a través de la incorporación de nueva información. Esto nos conduce a la idea de *machine learning*, así como a considerar la importancia de los datos y su cantidad en la construcción contemporánea de inteligencia artificial.

## 2.2. BIG DATA Y MACHINE LEARNING

En efecto, como se apuntó en las líneas iniciales del texto, resulta difícil de comprender la actual discusión sobre la IA sin hacer referencia a la interacción que se produce entre *machine learning* y *Big Data*. Veámoslo.

En términos elementales, cuando hablamos de *machine learning* (al igual que cuando hablamos de IA) podemos referirnos bien a un campo de las ciencias de la computación, bien al producto de dicho campo, a saber, a aquellos programas capaces de aprender de la experiencia y mejorar su rendimiento sobre la base de dicho aprendizaje. La idea de aprendizaje se emplea, con todo, en un sentido fundamentalmente metafórico respecto del aprendizaje humano (Surden, 2014: 89). Desde un punto de vista «conductista», se en-

tiende que el algoritmo «aprende» en la medida en que modifica su comportamiento para adaptarse mejor a los datos. Esto hace que, conforme la base de datos aumenta, en principio el rendimiento del algoritmo mejora. Pero este aprendizaje no depende únicamente de la incorporación de datos, sino también de la capacidad de este tipo de programas para inferir patrones (correlaciones) entre los datos y extraer reglas de carácter general de acuerdo con un procedimiento estrictamente inductivo. Por todo ello, la mayoría de algoritmos de *machine learning* incorporan dos procesos paralelos: un clasificador que agrupa los datos brutos en categorías (sobre la base de palabras clave, clasifica como *spam*/no *spam*); y un *learner* encargado de «entrenar» al algoritmo a través de la incorporación de datos (Burrell, 2016: 5).

No obstante, la auténtica revolución en materia de inteligencia artificial tal vez no ha procedido tanto de la sofisticación de los algoritmos cuanto de su desarrollo al calor de un fenómeno paralelo que ha dado en llamarse *Big Data*. Con la expresión *Big Data* suele aludirse a la disponibilidad de una ingente cantidad de datos, en constante expansión, fruto del estado sociotecnológico de las sociedades contemporáneas (someramente descrito *supra*). Sin embargo, la referencia a la cantidad de datos no es seguramente suficiente. Aquello que completa la caracterización del *Big Data* es la *interoperabilidad* de los datos, es decir, la posibilidad de agregarlos, combinarlos y manipularlos. Por esta razón, se ha afirmado que aquello que recibe el nombre de *Big Data* se entiende mejor como un fenómeno cultural, tecnológico y «académico» basado en la interacción de *i*) una *tecnología* capaz de generar y manipular ingentes cantidades de información; *ii*) la importancia del *análisis* de dicha información para la toma de decisiones sobre asuntos socialmente relevantes; y *iii*) una *mitología* que confiere a estas nuevas formas de aproximación al conocimiento un aura de objetividad previamente inalcanzable (Boyd y Crawford, 2012: 663).

La relación simbiótica entre los desarrollos en materia de IA y este estado de cosas sociotecnológico resulta evidente (Edwards y Veale, 2017: 25). Tanto es así que entre los expertos ha calado la percepción de que lo determinante para obtener algoritmos eficaces (o lo que es lo mismo, para aproximarse a la obtención de una *auténtica IA*) no es lidiar con el programa, sino insuflarlo con suficientes datos y dejar que el aprendizaje autónomo haga el resto (Russell y Norvig, <sup>3</sup>2010: 27-8). Así las cosas, tan solo parece necesario añadir potencia computacional y materia prima (datos) para transformar *más* en *mejor*.

### 3. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Los ámbitos del Derecho y el desarrollo en inteligencia artificial han encontrado tradicionalmente amplias zonas de interés común. El carácter normativamente pautado del proceder jurídico, así como su orientación práctica hacia la toma de decisiones y la resolución de conflictos parecía ser una esfera privilegiada para poner a prueba la IA. Las aplicaciones, en este sentido, han sido múltiples: desde la modelización de argumentos jurídicos bajo forma computacional (*v. gr.* Li *et al.*, 2018), la predicción de los resultados de sentencias (*v. gr.* Aletras *et al.*, 2016; Medvedeva, Vols y Wieling, 2019) o, simplemente, la agilización de

la actuación de las partes en el procedimiento (para una panorámica sobre la investigación en IA y Derecho, sin ánimo de exhaustividad, *vid.* Barona Vilar, 2021: 555-63; Belloso Martín, 2019: 2-3; Bench-Capon y Dunne, 2007; Feteris, 2017: 33-41; Medvedeva *et al.*, 2019: 1-6; Nieva Fenoll, 2018; Rissland, Ashley y Loui, 2003).

En esta materia, la argumentación jurídica ha sido un área de interés frecuente y tal vez recíproco. Por un lado, la tradicional discusión sobre las posibilidades de formalización de los argumentos jurídicos a través de expresiones lógicas encontraba en la informática una disciplina suficientemente sofisticada y tecnificada como para introducir un elemento experimental con el que avanzar en el debate. Por otro, los desarrolladores de algoritmos «inteligentes» encontraban en el razonamiento judicial el paradigma de la toma de decisiones complejas basadas en razones. En una singular confluencia, por tanto, si desde la lógica jurídica se buscaba imprimir al razonamiento jurídico objetividad matemática, la investigación en IA buscaba dotar de algo más de humanidad al algoritmo.

### 3.1. LA DIMENSIÓN ARGUMENTATIVA DEL DERECHO Y LA IA

Sentado el contexto y reflejada —someramente— la prolífica relación entre inteligencia artificial y Derecho, el presente texto no podría dar cuenta de la totalidad del trabajo realizado en este campo. Por tanto, procede llevar a cabo una primera restricción de la temática a abordar. La atención se dirigirá a la interacción entre IA y argumentación jurídica en el marco de la decisión judicial. Incluso dentro de este ámbito, no se examinarán, por ejemplo, las distintas formas de modelado computacional de las decisiones judiciales ni los esfuerzos por realizar predicciones del comportamiento de los jueces sobre la base de dichos modelos. Dicho de otro modo, aquí no interesa la argumentación como «técnica» de producción de argumentos. Tampoco los argumentos-producto, al menos en lo que concierne a su estructura. En cambio, sí interesa la dimensión «sustancial» de la labor argumentativa, a saber, su papel integral en el funcionamiento y la efectiva materialización del Derecho, es decir, la argumentación jurídica como *actividad institucional*, podría decirse a riesgo de que la expresión resulte excesivamente general.

En este sentido, la argumentación se encuentra en el centro de la interacción entre el legislador y la ciudadanía, a través del juzgador y las partes del proceso. El punto de interrogación esencial es la indagación sobre el modo en que la irrupción de la IA puede afectar a la toma de decisiones judiciales y, más en profundidad, repercutir sobre la legitimidad de un Derecho asentado en una forma de «hacer justicia» fundamentalmente argumentativa (Atienza, 2013: 28-31).

La relación entre la argumentación jurídica y la inteligencia artificial, si no se presupone, sí se ve especialmente favorecida por un determinado estado de cosas jurídico. En este sentido, la creciente importancia del proceder argumentativo en el Derecho, frente a la clásica representación del juez *bouche de la loi* confiere a las decisiones judiciales el tipo de complejidad que interesa en el desarrollo de algoritmos inteligentes. La cosmovisión del formalismo jurídico, cabe pensar, habría sido mucho menos fructífera a la hora de producir el tipo de «sinergia» disciplinaria de que hablan Rissland *et al.* (2003). Así, y si bien es

cierto que razonamiento jurídico e IA encuentran en la lógica clásica una raíz común, no ha sido sino a partir del llamado «giro argumentativo»<sup>3</sup> en el propio campo «Derecho-IA» cuando se ha abierto la veda para un entendimiento moderno de la cuestión (Bench-Capon y Dunne, 2007: 633-4).

### 3.2. DECISIÓN JUDICIAL, ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN

Es bien conocido que decidir y argumentar no son términos equivalentes. Ni toda decisión deriva de un procedimiento argumentativo previo ni toda argumentación procede necesariamente de una situación que requiera decidir en un sentido estricto o práctico del término (Atienza, 2013:108). Con todo, lo expuesto en las líneas precedentes permite dejar de lado, siquiera temporalmente, esta problemática para el caso que nos ocupa. Y ello en la medida en que, circunscribiéndonos al tipo específico de decisiones adoptadas por el juez en el ejercicio de sus funciones, podemos asumir que nos hallamos ante decisiones argumentadas. El argumento es lo que permite al juzgador *justificar* su toma de posición institucional a través de una defensa razonada de los pasos que conducen a la misma (García Amado, 2016: 51).

En este sentido, las decisiones judiciales pueden ser notablemente complejas, incluso en los llamados «casos fáciles» (Taruffo, 1998: 311), pues requieren tomar en consideración multitud de requisitos normativos (procedimentales o sustantivos), de racionalidad en sentido amplio (*v. gr.* sobre la valoración de las circunstancias del caso, sobre relaciones lógicas...), o axiológicos, todos ellos, además, frecuentemente entrelazados.

Al final de este proceso, la legitimidad de la decisión procederá de su capacidad para cumplir con las exigencias de completud, consistencia, adecuación y coherencia de la justificación. En suma, deberá estar basada en «buenas razones» (Taruffo, 1998: 314-315). En este punto se intuye ya uno de los principales puntos de fricción entre la toma de decisiones «tradicional» y la «algorítmica». Si la IA hubiera de sustituir al decisor humano (al menos en el ámbito en que nos encontramos), parece que deberían cumplirse algunos requisitos (no exhaustivos): no solo habría de ser capaz de explicitar las razones que han conducido a la decisión, sino que estas razones deberían, además, ser significativas para las personas (Edwards y Veale, 2017: 53) —cuestión que retomaremos más adelante— y, por último, tener la legitimidad suficiente como para persuadir/convencer a los destinatarios o, a la inversa, ser suficientemente convincentes como para resultar legítimas (Atienza, 2017: 45; García Amado, 2016: 52). En este sentido, la capacidad de la decisión «algorítmica» para resultar convincente y legítima probablemente no dependa únicamente del contenido o la forma del argumento que enuncie, sino también del carácter autoritativo conferido a la IA por la sociedad.

Dicho lo anterior, siempre existe una posibilidad alternativa. Si la inteligencia artificial se considera inadecuada para tomar de manera autónoma determinadas decisiones (por ejemplo, dictar sentencia), siempre cabe la posibilidad de que intervenga como parte/complemento de la decisión del juez tradicional. En tal caso, la cuestión a dilucidar es la siguiente: cómo puede reconducirse el tipo de proceso decisorio de un algoritmo a las exi-

gencias de justificación que se requieren del juez. Nuevamente, la posibilidad de convertir los cálculos en razones sustanciales resulta indispensable, si bien aparece de modo más sutil que en el caso anterior. La posibilidad de que un procedimiento automatizado de este tipo intervenga como un punto más dentro de las circunstancias valoradas por el juez corre el riesgo de diluir las demandas de transparencia y justificación, aun cuando el resto de aspectos del argumentario judicial resulte razonable.

En las siguientes dos secciones se abordarán con mayor grado de detalle algunas de las implicaciones subyacentes a ambos usos de algoritmos inteligentes: la suplantación (del) y el apoyo al juez tradicional<sup>4</sup>.

#### 4. LA HIPÓTESIS DEL «JUEZ IA»

La primera hipótesis que cabe explorar es la del «juez IA» (Sourdin, 2018: 1115), es decir, la posibilidad de que la IA reemplace al juez en la toma de decisiones. Cabe introducir una primera matización al respecto: aunque el grueso de la reflexión que aquí se propone tenga que ver, explícitamente o no, con la «sentencia» como paradigma del ámbito decisorio de los jueces, no es infrecuente que la actividad judicial implique la toma de decisiones de menor alcance (instrumentales o no a aquella). La complejidad y el alcance de ambas cuestiones serán frecuentemente distintos, y es posible imaginar que algunos segmentos eminentemente rutinarios/burocráticos de la profesión pudieran ser automatizados (Sourdin, 2018: 1118). En este caso, «programar» y «decidir» podrían ser procesos sustancialmente idénticos (Martínez García, 2019: 171-2). No obstante, es probable que este tipo de situaciones no sean tan frecuentes ni, tal vez, tan ordinarias como pudiera pensarse (Taruffo, 1998:318).

La viabilidad del proyecto del «juez IA», por tanto, no puede depender de su aplicación a esta clase de casos. Tampoco, seguramente, del grado de acierto en las predicciones efectuadas sobre las resoluciones de jueces y tribunales (Aletas *et al.*, 2016; y Li *et al.*, 2018). Poder *predecir* no quiere decir poder *replicar*, y elaborar pronósticos acertados sobre las decisiones judiciales no nos informa más que vagamente del procedimiento seguido para llegar a ellas. Debe recordarse, además, que la posibilidad de realizar predicciones en Derecho resulta menos sorprendente de lo que puede parecer, en la medida en que hablamos de un campo significativamente reglado (Nieva Fenoll, 2018: 58-60). La consistencia en la resolución de un caso a otro similar y la formación de expectativas razonables al respecto son elementos característicos de un Derecho mínimamente funcional. Complementariamente, cierto margen de incertidumbre es igualmente consustancial a un Derecho entendido como *praxis* (Atienza, 2013: 108; García Amado, 2016: 50), moderadamente dinámico y en el que la solución no depende solo de la subsunción mecánica del caso en la regla.

Así las cosas, lo que se requiere de una IA judicial es que funcione adecuadamente en *casos difíciles* y, además, que lo haga de manera *razonada* o, al menos, reconducible a razones aceptables. La primera cuestión ha sido vista tradicionalmente con cierto esce-

ticismo (Taruffo, 1998: 318-9; y Sourdin, 2018: 1123). El proceso que conduce desde una controversia jurídica hasta su resolución pasa por múltiples dificultades y decisiones parciales, que involucran, a su vez, cuestiones de hecho y de Derecho vinculadas a reglas y principios y sobre las que normalmente caben, al menos dos interpretaciones razonables (Taruffo, 1998: 312-3). Ello implica, a su vez, una interacción constante de dos fuerzas en tensión: la primera, de carácter «subsuntivo» (en sentido laxo), implica elementos de juicio preestablecidos (una suerte de *tópica* conformada por la norma, criterios jurisprudenciales, máximas de experiencia...) que conectan el caso concreto con pautas de respuesta; y la segunda, de carácter «distintivo», tiende a extraer de las circunstancias particulares del caso motivos para exceptuar o modular esa respuesta preestablecida y considerada inadecuada. Este segundo aspecto del razonamiento judicial parece especialmente problemático cuando hablamos de inteligencia artificial, en la medida en que se encuentra estrechamente relacionado con valores, así como con una cierta permeabilidad del juez a los cambios de la sociedad que le rodea y de la que forma parte (Atienza, 2013: 29). La forma en que suelen construirse los algoritmos inteligentes que tratan de emular la labor judicial (fundamentalmente, a través de la incorporación del marco normativo y el *case law* disponible) le otorga un carácter marcadamente retrospectivo que genera dudas sobre su capacidad para responder adecuadamente a las singularidades de un caso novedoso (Barona Vilar, 2021: 555-6; Edwards y Veale, 2018: 1; Nieva Fenoll, 2018: 99; y Sourdin, 2018:1125).

Llegados a este punto, procede plantear si son, propiamente, *razones* aquello que podemos esperar de la decisión tomada por una IA. Para ello, resulta necesario detenerse nuevamente en la noción metafórica de inteligencia que se emplea en estos casos. Conviene abordar cómo *piensa* un algoritmo.

#### 4.1. ¿CÓMO PIENSAN LAS MÁQUINAS? ALGORITMOS, Y HUMANOS, INTELIGENTES

Es habitual reconocer que las diferencias entre el pensamiento humano y el «computacional» no son solo de orden cuantitativo (en términos de rapidez de procesamiento, cantidad de datos, etc.) sino también, y principalmente, de orden cualitativo. A esto se refería la afirmación de Searle de que las máquinas poseen sintaxis, no semántica, en su célebre experimento mental de «La Habitación China» (Searle, 1980 y 2002). Asumir que la posición de Searle es correcta (omitiendo el complejo debate en torno a la cuestión) implica aceptar que, mientras sean digitales, las inteligencias artificiales no podrán llegar a ser *inteligentes* en un sentido profundo del término, pues están abocadas a carecer de estados mentales. Por muy sofisticada que pueda ser, la IA es resultado de un complejo entramado de relaciones sintácticas/formales, no semánticas/de contenido. Ello no quiere decir que no sean capaces de desarrollar procesos decisorios complejos, o incluso de mejorar su programación de manera autónoma, sino que, por mucho que puedan *simular* un comportamiento inteligente, no pueden llegar a *duplicar* la inteligencia humana (Searle, 2002: 273).

Esta forma «sintáctica» de pensar se observa ya claramente en tareas sencillas para las que se emplean técnicas de *machine learning* como el reconocimiento caligráfico. De acuer-

do con la explicación de Burrell (2016:5-7), el método de reconocimiento de patrones empleado por el algoritmo funciona similarmente al anteriormente descrito del *spam*: buscando repeticiones. Así, lo determinante es la frecuencia e intensidad con que algunas partes del trazo se repiten en las distintas iteraciones. En términos de procesamiento informatizado, esto implica *i*) digitalizar el símbolo manuscrito de forma que pueda representarse por píxeles y *ii*) otorgar un valor numérico a cada píxel según su capacidad para resultar discriminante. El conjunto de valores otorgados a cada píxel será mayor cuanto más relevante sea para detectar qué símbolos fueron escritos por la misma persona.

Lo que resulta significativo es que, en todo este procedimiento, no interviene ningún proceso característicamente humano de pensamiento. El programa no piensa por líneas, círculos, diagonales, etc., sino por puntos (píxeles, en este caso) que tienen asociados un valor numérico conforme a una regla de optimización. Se trata de un procedimiento de naturaleza estadística cuya interpretación humana puede ser considerablemente difícil y, frecuentemente, irreducible a un plano de significados (Surden, 2014: 96-7; Edwards y Veale, 2017: 59). Retomando el ejemplo del *spam*, son las repeticiones de palabras o de grupos de palabras en los correos no deseados las que determinan su clasificación, y no el contenido del mensaje transmitido, la relación que este tiene con el remitente o el contexto interpretativo en el que se desenvuelve la comunicación. Esto permite ver de qué manera, incluso cuando es posible interpretar el procedimiento seguido por el programa para efectuar las clasificaciones, el proceso no tiene por qué conducir a resultados esclarecedores o que *signifiquen* algo relevante. Saber que una serie de palabras clave se repite con frecuencia en los correos no deseados no resulta demasiado satisfactorio cuando observamos el carácter mundano de muchas de ellas. El algoritmo clasificador nos dice que un correo es *spam* en virtud de las palabras que contiene y de su semejanza con las palabras contenidas en otros correos previamente clasificados, pero no nos dice *por qué* resulta indeseado. Encontrar una explicación es, en estos casos, una tarea *ad hoc* que requiere la imposición de un proceso interpretativo (conforme a cánones humanos de razonamiento) a un cálculo matemático de optimización estadística (Barona Vilar, 2021: 558-9; y Burrell, 2016: 8-9).

Visto lo anterior, procede volver sobre la idea de inteligencia que atribuimos a la IA. Desde luego, parece que este tipo de programas pueden producir *resultados* inteligentes e, incluso, mostrar *comportamientos* asociados a la inteligencia como aprender de la experiencia. No obstante, el *procedimiento* por el que el programa lleva a cabo dichas tareas no se basa en la replicación de los procesos cognitivos humanos, sino en el empleo de heurísticos (como las correlaciones estadísticas) que permitan llegar a resultados semejantes soslayando el elemento cognitivo/reflexivo. Una forma de «inteligencia por *proximity*», en términos de Surden (2014: 97).

Esto evidencia una concepción fuertemente funcionalista y utilitarista del funcionamiento de la IA en la toma de decisiones. Su finalidad no es replicar el pensamiento humano (resulta dudoso que pudiese hacerlo), sino ser igual de eficaz, o mejor, serlo en sus consecuencias. Y esto, precisamente, resulta problemático cuando tratamos de trasladar su aplicación a un contexto en que el intercambio de significados y la pugna por hacer prevalecer las definiciones/interpretaciones propias sobre el resto de puntos de vista juega un papel esencial.

## 4.2. LAS RAZONES DE LOS ALGORITMOS

Llegados a este punto, cabe plantearse si los algoritmos son capaces de producir el tipo de razones que se requieren para llevar a cabo la labor jurisdiccional. A este respecto, trasladar en términos computacionales aquello que es jurídicamente relevante para la resolución de controversias en áreas fuertemente reglamentadas puede, *a priori*, concebirse como viable. Y ello no solo porque sea más sencillo realizar la traducción norma-programa, sino porque generalmente las razones requeridas para la justificación no serán otras que el mandato del respeto a la ley. Constatar que el sujeto infringió la norma (por ejemplo, haber circulado a una velocidad excesiva) es todo el razonamiento que se requiere y que se está dispuesto a ofrecer. En la mayoría de los casos, además, resulta incluso preferible que este sea el funcionamiento por defecto, siquiera por cuestiones de operatividad. Aquí, un «juez IA» parece *prima facie* viable.

Sin embargo, este caso no es el paradigmático de la discusión IA-Derecho ni llama suficientemente la atención sobre el problema de las razones. ¿Puede una IA acompañar sus decisiones de razones *significativas* en casos que sí requieren entrar al fondo del asunto? En este sentido, nuevamente, cabe pensar en algoritmos capaces de aprender, a través de procedimientos como los descritos, el tipo de patrones de razonamiento que vienen asociados a la resolución de ciertos casos. Un algoritmo que pudiera recopilar y agrupar las «locuciones argumentales» más usuales para cada caso. Pero esto no sería diferente a la detección de palabras clave de un filtro anti-*spam*. Un catálogo de circunstancias C1, C2, C3... asociado a una respuesta R (digamos, absolver o condenar) estaría estadísticamente correlacionado, a su vez, con ciertos argumentos A1, A2, A3... Esto no sería más que extraer patrones de los múltiples razonamientos previamente efectuados por jueces y tribunales<sup>5</sup>.

Admitamos, siquiera como ejercicio mental, que todo este procedimiento puede llevarse a buen puerto y que puede alcanzarse una *simulación* convincente del razonamiento judicial. Esta sería capaz de incorporar una conexión discursiva entre circunstancia fáctica, norma, y decisión a través del recurso a un argumentario, estadísticamente seleccionado, pero percibido como relevante desde el punto de vista de su significado. En otros términos, la IA debería ser capaz de satisfacer, no ya el test de Turing, sino al menos lo que podríamos llamar el «test de Toulmin». Es decir, debería ser capaz de producir argumentos que, por incorporar las mínimas características exigibles<sup>6</sup>, resultaran indistinguibles de aquellos que construiría un juez humano.

Con todo, incluso en un caso semejante no parece que el resultado sea plenamente satisfactorio. Por un lado, es difícil de armonizar con la idea de ponderación de principios y el uso de los mismos en la argumentación jurídica. Como mucho, estos podrían tener un reflejo si el algoritmo fuera capaz de detectarlos en el *case law* e incorporarlos a su respuesta. Además, existe otro problema que tiene que ver no ya con el argumento y su contenido, sino con el tipo de función que cumple la argumentación en el seno de la práctica social de aplicar la norma al caso concreto. En la coloquial expresión «hacer justicia» anida un componente más profundo de interacción comunicativa entre las personas intervinientes en el proceso, así como entre las instituciones y la sociedad civil, sobre el que procede realizar una breve reflexión tentativa a modo de cierre.

### 4.3. EL ELEMENTO ANTROPOLÓGICO

Decíamos que las decisiones jurisdiccionales se toman en contextos comunicativos complejos en los que la interacción entre los intervinientes queda atravesada por los respectivos roles institucionalizados de cada uno de ellos. Conviene examinar esto con algo más de detenimiento.

Desde luego, cabe argüir que, en muchos casos, las controversias jurídicas pueden incorporar diversos intereses distintos al de hacer prevalecer una visión determinada de lo «justo». La actividad jurisdiccional puede ser instrumental, utilitaria y relativamente desapasionada. Sin embargo, resolver un conflicto será, con frecuencia, mucho más que un ejercicio rutinario de adjudicación de la razón a la parte mejor sustentada por el marco normativo preexistente. Los conflictos en sentido fuerte (aquellos en los que, por otro lado, la Administración de justicia encuentra su fundamental razón de ser) no son una simple manifestación de un desencuentro entre las partes, sino que canalizan, de forma más o menos manifiesta, cuestionamientos sobre el fundamento de la norma jurídica. Más que plantear qué cabe hacer conforme a Derecho, este tipo de situaciones contribuyen a reactivar una discusión sobre lo que es Derecho justo, siquiera a pequeña escala.

Sin embargo, no es necesario pensar en la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para encontrar rasgos de lo que aquí se trata de canalizar, pues toda decisión jurisdiccional comparte elementos comunes que derivan de su función de «hacer justicia». Hacer justicia implica, en este sentido, algo más que *adjudicar*, pues supone un nuevo pronunciamiento sobre aquello que las personas *deben* hacer. Este deber se entiende mejor no desde un punto de vista meramente legalista, sino desde la perspectiva más profunda de la *corrección* axiológica.

La idea de corrección está fuertemente vinculada a la argumentación jurídica. Cuando el juez ofrece razones para dictar su fallo, el propósito último de aquellas es *justificar* su posición, es decir, hacerla aparecer como una descripción de la pauta de acción adecuada conforme a un correcto entendimiento del Derecho y sus valores. Esto no tiene por qué suceder de modo directo o completo: puede ser suficiente argumentar por qué la parte a la que se retira la razón actuó de manera incorrecta. Sin embargo, aquello que es común es la «no trivialidad» de las decisiones judiciales: detrás de un análisis del ajuste entre la conducta y el Derecho subyace un mensaje sobre aquello que está bien o mal hacer. Ambas dimensiones se comunican siempre y cuando se opera (o, como mínimo, el juez asume que opera) dentro de los marcos de un Derecho razonablemente justo que incorpora en su seno los cánones básicos de moralidad racional susceptibles de ser compartidos por todos (Atienza, 2013: 560-4).

En un sentido al menos ideal, la argumentación jurídica no solo pretende contribuir a ofrecer la interpretación más correcta posible del asunto (Taruffo, 1998:312), sino que cumple también la función de comunicar el Derecho aplicable, de tal manera que, si las partes intervinientes fueran racionales, habrían de quedar convencidas<sup>7</sup>. El elemento de persuasión racional/convencimiento (Atienza, 2013: 414; y García Amado, 2016:58) implica cierto compromiso de los intervinientes —y, particularmente, del juez— con el dis-

curso enunciado y con la práctica social en la que están insertos. Asimismo, contribuye a la labor de legitimar el sistema jurídico en su conjunto a través del caso concreto.

Cuando extrapolamos esta reflexión a la hipótesis del «juez IA», sin embargo, surgen serias dudas sobre la capacidad de un algoritmo (incluso tan «inteligente» como el que se imaginaba *supra*) para participar de este proceso comunicativo que, en principio, es característicamente social.

La cuestión de la pretensión de corrección es problemática, en la medida en que remite a un *compromiso* del actor con su discurso y otorga a este último ese carácter «no trivial». Describir de este modo la actividad jurisdiccional resulta muy similar a hablar de estados mentales y, en tal caso, nos enfrentamos de nuevo a la objeción de Searle. La única forma de armonizar «pretensión de corrección» y decisión algorítmica<sup>8</sup> sería retrotraernos al momento del diseño del algoritmo (obviando por un segundo su capacidad para reconfigurarse) y tratar de ver en las decisiones técnicas tomadas la intención de producir un protocolo de decisión tan correcto como fuera posible. No parece, sin embargo, que estemos hablando de lo mismo: la elaboración de un sistema que resulte adecuado en la mayoría de los casos es bastante más similar a la labor de legislar que a la de aplicar el Derecho. Asimismo, parece indispensable que el compromiso con una determinada visión del Derecho aplicable proceda de un agente al que podamos considerar responsable.

Es cierto, por otro lado, que «pretender corrección» y alcanzarla son cosas diferentes. Una decisión puede ser correcta sin pretenderlo (y a la inversa) y no es indispensable que el propio agente desee llegar subjetivamente a la respuesta correcta. Sin embargo, centrar la atención en la corrección del *resultado* priva a la decisión de cierto elemento «humano» que parece imprescindible (Sourdin, 2018: 1124). Con todo, la posibilidad de que los sistemas automatizados de decisión puedan ser más acertados y objetivos porque están desprovistos de las limitaciones cognitivas y sesgos ideológicos de las personas sigue siendo un argumento de peso, aunque tal vez algo optimista a la luz de los datos disponibles (Citron y Pasquale, 2014: 4; Burrell, 2016: 3; y Hannah-Moffat, 2018: 7). Con todo, si el desarrollo técnico permitiera en un futuro materializar las aspiraciones de los más entusiastas defensores de la IA, cabe plantearse cuánto tardaría en sacrificarse el aspecto «artesanal» que atribuimos a la labor de juzgar en favor de una mayor «eficiencia» y «objetividad».

Esto nos conduce, de nuevo, a la cuestión del convencimiento intersubjetivo y de la función social de los procesos de justicia. La tarea de «hacer justicia» se ha caracterizado como un espacio para el intercambio de pretensiones de legitimidad (sobre la conducta y la norma) entre los intervinientes. El prototipo del juicio justo y legítimo (y de la argumentación adecuada) sería aquel que el propio culpable estuviera dispuesto a aceptar, si fuera racional, en virtud de los motivos aducidos en la justificación. Pero ¿es solo una cuestión de razones (o, incluso, de buenas razones)? ¿O es relevante también la procedencia de estas? Si lo único relevante son los motivos de la decisión, presentados bajo la forma de argumentos, entonces una IA que pasara el «test de Toulmin» podría realizar satisfactoriamente esta labor por mucho que, como hemos visto, su «inteligencia» no fuese más que una simulación conductual del pensamiento humano.

Sin embargo, resulta pertinente preguntarse si la actividad jurisdiccional no está pensada para ser, al menos, preponderantemente humana. El proceso judicial, como espacio de encuentro de sujetos responsables con visiones contrapuestas sobre un conflicto, resulta especialmente propicio para establecer un marco de mínimo respeto entre los interlocutores en cuanto que participantes válidos de un proceso de intercambio de significados. Preservar este tipo de espacios y prácticas puede no ser especialmente eficiente o, incluso, demasiado fructífero; sin embargo, la necesidad parece proceder en última instancia de cierta idea de dignidad humana (Sourdin, 2018: 1127-30). Una forma de dignidad que tal vez requiere que la actividad de hacer justicia siga siendo una actividad *intersubjetiva* entre *pares*, y que deriva de la idea de que los asuntos humanos (importantes) solo pueden ser resueltos por humanos.

## 5. ALGORITMOS COMO APOYO A LA DECISIÓN JUDICIAL. LOS VACÍOS DE ARGUMENTACIÓN

Hasta aquí se ha tratado de ofrecer una panorámica general de algunos aspectos relevantes de la discusión «IA y Derecho», así como una breve reflexión sobre la hipótesis del «juez IA». El presente apartado adopta un punto de vista distinto y más apegado a la práctica, dentro de los cánones de lo que resulta concebible hacer con un algoritmo inteligente en la actualidad.

Con independencia de la clase de futurismo que se esté dispuesto a aceptar en relación con el desarrollo de la inteligencia artificial y sus eventuales repercusiones, resulta indiscutible que este tipo de instrumentos algorítmicos ya ha comenzado a hacerse un espacio como *complemento* para la toma de decisiones de jueces y tribunales (Martínez Garay, 2018: 488). Esta manifestación más cotidiana de IA, sin embargo, también presenta sus propios problemas, algunos de los cuales son reconducibles a una perspectiva argumentativa como la aquí abordada. En este sentido, la cuestión a dilucidar ya no es si la labor del juez puede ser suplantada por un algoritmo, sino de qué manera el empleo de estos últimos como *apoyo* puede transformar, bajo ciertas condiciones, la actividad jurisdiccional y, en particular, el papel argumentativo del discurso del juez.

No obstante, con el objetivo de reconducir esta parte de la discusión a un plano más concreto, se discutirá específicamente el uso de la inteligencia artificial en la realización de pronósticos de riesgo de reiteración delictiva<sup>9</sup> cuando estos son utilizados como elementos de juicio por los jueces o tribunales sentenciadores. Tal vez este no sea el caso más usual o directamente aplicable dentro de nuestras coordenadas jurídicas, pero sus particularidades permiten presentar con especial claridad algunos aspectos conflictivos del problema que nos ocupa.

### 5.1. LA DISCUSIÓN A TRAVÉS DE UN EJEMPLO: LA POLÉMICA DE STATE VS. LOOMIS

En la discusión anglosajona en materia de algoritmos y toma de decisiones judiciales, el caso *State of Winsconsin vs. Loomis* ha sido frecuentemente analizado a lo largo de los úl-

timos años<sup>10</sup>. Esto se debe, fundamentalmente, al carácter multidimensional de la controversia dirimida en el mismo, que prácticamente no deja aspecto sin tratar en relación con el uso de algoritmos en la impartición de justicia. Muy someramente, las líneas maestras del asunto son las siguientes.

En el contexto de un proceso penal por un tiroteo, en el que el Sr. Loomis afirmó no haber tomado parte más que como conductor de uno de los vehículos vinculados al mismo, se emitió un informe que incluía una valoración del riesgo de reiteración delictiva a través de la herramienta COMPAS.

COMPAS es un algoritmo de valoración del riesgo, propiedad de la empresa Equivant (Northpointe anteriormente), que se encarga de evaluar el riesgo que presenta un individuo en tres dimensiones: riesgo vinculado a la liberación provisional, riesgo de reincidencia general y riesgo de reincidencia violenta. En este caso, Loomis puntuaba alto en las tres dimensiones, lo que tuvo repercusiones en su sentencia<sup>11</sup>, así como en una ulterior denegación del acceso a la libertad condicional.

En consecuencia, Loomis recurrió el uso que se había hecho del algoritmo COMPAS de acuerdo con tres premisas: *i*) que contravenía su derecho a ser juzgado conforme a información adecuada, en la medida en que el carácter privado del algoritmo bloqueaba la posibilidad de examinar su validez; *ii*) que el empleo de este instrumento conculcaba su derecho a una sentencia individualizada (por el carácter estadístico/grupal de los datos en que se basan tales instrumentos); y *iii*) por el efecto discriminatorio de tomar en consideración la variable de sexo, con efectos negativos en términos de predicción del riesgo (Wisser, 2019: 1813-6). En suma, lo que el caso *Loomis* planteaba era la posibilidad de *discutir* las predicciones de un algoritmo (Martínez Garay, 2018: 491; y Washington, 2019: 4).

La controversia en torno a COMPAS en particular, y al uso de instrumentos de valoración del riesgo de un tipo u otro en general, ha sido objeto de un creciente interés a partir de la publicación de una serie de informes elaborados por el grupo ProPublica en los que se denunciaba un sesgo racial implícito en el algoritmo (Angwin *et al.*, 2016; Dieterich, Mendoza y Brennan, 2016; Jeff Larson *et al.*, 2016; y Rudin, Wang y Coker, 2018). Aquí, sin embargo, nos interesan únicamente los aspectos del caso que resultan pertinentes para la discusión sobre algoritmos e inteligencia artificial.

## 5.2. LA CUESTIÓN DE LA OPACIDAD

La polémica sobre COMPAS ha sido prácticamente insoslayable en el debate actual, por mucho que buena parte de los problemas que acompañan a los protocolos de valoración del riesgo son comunes, sean o no resultado de técnicas de *machine learning*. Entre estas dificultades, aquí interesa abordar el problema de la *opacidad* y, en particular, la cuestión de si los algoritmos «inteligentes» son especialmente proclives a funcionar como «cajas negras» inaccesibles al escrutinio externo (Leese, 2014; Pasquale, 2015; Edwards y Veale, 2018; Rudin, Wang y Coker, 2018; y Wisser, 2019).

De acuerdo con Burrell (2016: 3-5), la opacidad de los algoritmos de *machine learning* puede adoptar tres formas distintas (a la vez, o de manera separada). En primer lugar, tenemos la opacidad derivada del secreto público o privado, que impide el escrutinio interno del algoritmo. Este es el tipo de opacidad que más claramente se manifestaba en el caso *Loomis* y es la base de la explotación comercial de instrumentos de este tipo (Martínez Garay, 2018: 491-2; y Rudin, 2018: 5-6). En segundo lugar, tenemos la opacidad derivada de la falta de conocimientos técnicos sobre el funcionamiento de un algoritmo o la interpretación de código informático. Dado que este campo de conocimiento está todavía reservado a un sector reducido y crecientemente especializado de la población, tratar con algoritmos y programas complejos, en general, resulta esotérico para la mayoría de personas, entre ellas los juristas (Martínez Garay, 2018: 495; y Washington, 2019). Esto resulta especialmente relevante cuando se trata de valorar si el uso de determinados procedimientos automatizados resulta, o no, conforme a las reglas y principios de un ordenamiento jurídico, y tiene bastante que ver con la controversia en torno al informe de ProPublica. Por último, encontramos un tercer tipo de opacidad relativo al propio funcionamiento de los algoritmos de *machine learning*, cuya peculiaridad estriba en el hecho de que incluso aquellos sujetos que poseen los conocimientos técnicos requeridos pueden llegar a ser incapaces de interpretar los motivos por los que el programa produce un determinado resultado. Esto último, a su vez, se vincula al menos a dos circunstancias<sup>12</sup>. Por un lado, desde el punto de vista de la *complejidad*, en un algoritmo de esta clase convergen un código complicado que opera a escala de *Big Data*, buscando patrones y correlaciones y alterándose a sí mismo a medida que «aprende». Por otro, desde el punto de vista de la *interpretación*, hemos visto cómo el modo de proceder de un algoritmo de estas características puede ser, en ocasiones, irreconciliable a una lectura satisfactoria desde un punto de vista *semántico*<sup>13</sup>.

### 5.3. VACÍOS ARGUMENTATIVOS

Aunque buena parte de las fuentes de donde proceden las dificultades que ahora examinaremos son similares a las que se han señalado al discutir la hipótesis del «juez IA», la cuestión a analizar es diferente. ¿Cómo reconducir el empleo de algoritmos inteligentes a la labor argumentativa del juez, especialmente en aquellos casos en que estos instrumentos desarrollan un papel esencial en el contenido o la dirección del razonamiento?

Pensemos de nuevo en la función de las valoraciones del riesgo. Las aplicaciones prácticas de este tipo de herramientas son múltiples: desde las medidas cautelares a la ejecución penitenciaria, pasando por la valoración en sede judicial, que es la que nos interesa. En este último ámbito, el algoritmo trata de recopilar toda la información relevante que ha resultado predictiva en casos análogos al que se somete a estudio con el fin de emitir un pronóstico sobre el riesgo que un individuo representa en términos de reincidencia delictiva (*in extenso*, Martínez Garay, 2014 y 2016; y Martínez Garay y Montes Suay, 2018). De ello se infiere que ni el núcleo del procedimiento ni sus objetivos son algo nuevo o ajeno a la justicia penal, sino más bien un renovado intento de sistematizar o racionalizar espacios de decisión anteriormente canalizados por otra vía (la intuición del juzgador, el peritaje clínico...).

Se trata, por lo tanto, de espacios de toma de decisión que, de no existir los protocolos, serían reconducidos a una valoración personal en un contexto de acusada incertidumbre. El problema de la toma de decisiones en tales contextos es que se reduce la solidez de los criterios sobre los que adoptar una posición razonable y, con ello, se incrementa el riesgo de arbitrariedad (o, al menos, de ilegitimidad). Un mecanismo para mantener tales riesgos bajo control proviene, habitualmente, de la elaboración de juicios suficientemente razonados y completos. La premisa de que, en condiciones normales, los acontecimientos futuros proceden de los pasados y están sometidos a las mismas leyes naturales y principios de racionalidad es una forma habitual de extrapolar una expectativa del presente al futuro. La clave de tales pronósticos es que, asentados en premisas sólidas y aparentemente aceptables, reducen la impresión de incertidumbre y reconducen la decisión adoptada dentro del rango de lo aceptable.

Transformar lo arbitrario en razonable, en lo que a pronosticar el futuro se refiere, obliga a las personas a realizar una importante labor argumentativa. En ella, el paso de las premisas a las conclusiones, la estructuración de líneas argumentales, la ponderación de distintas hipótesis alternativas, etc. se orienta en su totalidad a construir esta expectativa aceptable sobre un futuro incierto. En el contexto en que nos encontramos (el de las decisiones judiciales), además, esta expectativa se inserta dentro de un procedimiento argumentativo más amplio como un eslabón de la cadena que conduce al fallo. La dificultad de los pronósticos de riesgo dentro de los razonamientos construidos por el juez penal estriba en que, en ocasiones, los eslabones se contaminan entre sí de forma poco clara. De este modo, la percepción sobre el riesgo afecta al juicio de culpabilidad y viceversa, de modo que algunos elementos de juicio adquieren valores opuestos desde unas coordenadas u otras (Monahan y Skeem, 2015: 504).

Sin embargo, lo que importa aquí es una cuestión distinta. Lo trascendente es, de nuevo, que realizar un pronóstico sobre el futuro implica una labor eminentemente argumentativa, especialmente cuando se lleva a cabo sin el apoyo de instrumentos técnicos. El uso de estos últimos pretende, precisamente, reducir este espacio de discrecionalidad estandarizando el procedimiento y, en consecuencia, sustituir el esfuerzo argumentativo por el *output* de la herramienta. Sin embargo, el problema de la opacidad, cuando se integra dentro de este contexto, es que propicia que asomen *vacíos* dentro del procedimiento argumentativo. Esto es, permite que las razones que conectan un paso argumentativo con el siguiente puedan permanecer inaccesibles.

Ello obliga a establecer mecanismos compensatorios para sostener, desde fuera, que el «punto ciego» introducido por un algoritmo opaco cumple, efectivamente, el papel argumentativo que se le presume. Se trata, por tanto, de sostener la racionalidad interna y la adecuación de los resultados ofrecidos por el algoritmo a través de *respaldos*, tomando prestadas las categorías de Toulmin (2003). A título de ejemplo, algunas variantes del argumento de autoridad (de un científico determinado, o de la *ciencia* en su conjunto) u otro tipo de inferencias «circundantes» pueden cumplir este papel. Su función argumentativa, en tales casos, es preservar la integridad del paso premisa-conclusión (y, en última instancia, la del proceso argumentativo en su conjunto) transformando en axioma la inferencia

que los conecta. Pero un pensamiento axiomático puede ser un pensamiento dogmático, y un pensamiento dogmático tiene mucho de arbitrario en cuanto determina la inaccesibilidad de algunas premisas al razonamiento crítico. De modo que, en una paradójica circularidad, los esfuerzos por huir de la arbitrariedad de quien decide ante la incertidumbre desembocan en la arbitrariedad de blindar las partes opacas que sostienen la decisión.

Desde luego, nada de esto constituye una valoración de la eficacia de unos métodos u otros para realizar determinados pronósticos. Si algo ha provocado que este tipo de protocolos aparezca como más fiable que los razonamientos del juzgador ha sido, en general, su mayor consistencia y eficacia predictiva (Berk, 2018: 7). Sin embargo, no queda claro que el paso de lo útil a lo razonable sea algo autoevidente: si un algoritmo efectuara pronósticos altamente acertados, pero no se tuviera la menor idea de cómo llega a tales conclusiones, ¿bastaría alegar su eficacia para justificar las decisiones tomadas? A nivel puramente especulativo (y en términos abiertamente provocadores), ¿sería admisible una «teología» secular de la inteligencia artificial?

Extraer algún tipo de «semántica» de la «sintaxis», sin embargo, no es necesariamente una labor destinada al fracaso, como ilustra el debate en torno a la admisibilidad de ciertas variables que correlacionan con el riesgo de reincidencia (*v. gr.* Harcourt, 2010; y Starr, 2014). Discutir sobre si es admisible que un algoritmo tenga en cuenta el sexo o la raza en sus cálculos implica imponer, desde el plano de los significados, una determinada forma a los instrumentos y a las operaciones que es legítimo efectuar. Decir que un determinado cruce de variables resulta discriminatorio es un ejercicio interpretativo que no viene frenado por el carácter formal de un análisis correlacional.

Además, recientemente se ha puesto en duda la necesidad misma de acudir a modelos opacos de *machine learning* para obtener resultados adecuados. De este modo, antes que tratar de interpretar arduamente algoritmos herméticos, bastaría con hacer uso de instrumentos interpretables por diseño cuando ello no redunde en pérdidas de eficacia notables (Zeng, Ustun y Rudin, 2017; Rudin, 2018; Rudin, Wang y Coker, 2018; y Rudin y Ustun, 2019).

#### 5.4. ALGORITMOS OPACOS Y JUECES OPACOS. SOBRE LOS CONTEXTOS DE DESCUBRIMIENTO Y JUSTIFICACIÓN

Llegados a este punto, cabe hacer una breve reflexión sobre la idea de opacidad y el modo en que la aplicamos a unos casos u otros. Se ha dicho que, por diversos motivos, algunos algoritmos resultan opacos. Significativamente, algunos lo son por el propio procedimiento que siguen para detectar los patrones en los datos que darán lugar a las ulteriores clasificaciones. Esto, sin embargo, no es tan extraño como puede parecer; cabría incluso afirmar que es una forma característicamente humana de proceder: la intuición tiende a preceder a la razón. Mas la intuición es tan útil como inescrutable en la mayoría de los casos, y así es como viene siendo aceptada. El recurso a las intuiciones, las corazonadas y las sensaciones supone, habitualmente, el punto final de la explicación, el momento a partir del cual no es posible remontar.

Esto es lo que, siguiendo a Reichenbach (1938), se ha incorporado a la idea de *contexto de descubrimiento*, es decir, el conjunto de factores psicológicos, biográficos, culturales, coyunturales, etc. que permiten explicar, desde un punto de vista externo, la aparición de una

idea. Se trata del *contexto* dentro del cual llega a producirse el *descubrimiento* por parte del agente y, como tal, resulta también particularmente magro a la hora de proporcionar *razones*. Este es, de hecho, el elemento característicamente problemático, dado que ninguna de las circunstancias que hacen surgir una idea están semánticamente conectadas con la idea en sí. En el caso de las decisiones, nada del contexto de descubrimiento permite, *a priori*, sostener como razonable la elección hecha. En relación con la cuestión objeto de estudio, una corazonada resulta tan ilustrativa como la detección de patrones de una *neural network* en materia de IA y, en este sentido, permite retratar al juez como «mecanismo opaco de toma de decisiones» (Burrell, 2016: 7).

Salir del aparente nihilismo proyectado por este (someramente retratado) callejón sin salida irracionalista explica la necesidad de acudir a la segunda parte de la dicotomía de Reichenbach, *el contexto de justificación*. En este segundo momento, se trata de reconducir la idea «emergida» a un esquema de racionalidad preexistente y en el que tiene que pasar a ocupar un papel. De este modo, una hipótesis científica, por ejemplo, debe mostrar que es aceptable desde los cánones científicos establecidos, insertándose en el *corpus* preexistente que contribuye a desarrollar. La labor principal es, por tanto, *justificativa*, lo que implica defender que la relación entre la hipótesis y el resto del cuerpo de conocimientos es genuina, una relación de la parte al todo. Esta es una empresa típicamente racional que otorga primacía a la labor reflexiva del agente, que es la que permite «emancipar» a la idea respecto de su contexto de descubrimiento.

En el caso del Derecho y los jueces, la argumentación jurídica desempeña precisamente este papel justificativo, pues insertar una idea (ya sea una interpretación, ya una decisión) dentro del marco jurídico en el que ha de intervenir y con el que debe armonizar. El proceso racional llevado a cabo para justificar la idea original según los parámetros de legitimidad del Derecho supone, en cierto modo, una *garantía* sobre la adecuación de las conclusiones, en la medida en que permite, como mínimo, filtrar la arbitrariedad palmaria embridando la argumentación dentro de restricciones de admisibilidad que condicionan su forma y su fondo. Así, el razonamiento justificativo es el mecanismo que permite trazar una unión en la «dicotomía de contextos» y, con ello, realizar la conversión de lo «irracional» en «racional».

Pero si el problema de la opacidad del juez se resuelve<sup>14</sup> enfatizando que el valor de sus decisiones deriva del marco de racionalidad en el que son reconstruidas y elaboradas (argumentativamente), la cuestión es: ¿cabe efectuar una operación análoga con los algoritmos? Aunque seguramente no sea posible ofrecer una respuesta en un trabajo de estas características, tal vez sea pertinente recurrir a una distinción que, en principio, parece desarmar la analogía.

Si la totalidad de las computaciones efectuadas por el algoritmo es opaca y solo tenemos acceso al *input* (variables predictivas) y al *output* (riesgo de reincidencia), carecemos de una fase intermedia de carácter argumental que permita una lectura del resultado en términos de significado. Dicho de otro modo, sería como una sentencia escrita sobre la base de la intuición (opaca) que el juez hace tras examinar las circunstancias del caso. Además, falta un marco de racionalidad preestablecido sobre el que insertar el pronóstico de riesgo de manera coherente y, así, contribuir a sostenerlo. Algo parecido podría hacerse mediante la reconducción de las bases estadísticas sobre las que se asienta el algoritmo a la teoría estadística general, o de las variables de riesgo empleadas a la teoría criminológica correspon-

diente, si bien no queda claro que esta opción resulte plenamente satisfactoria. El problema fundamental parece residir, precisamente, en el hecho de que en materia de algoritmos tal vez no sea posible diferenciar entre descubrimiento y justificación.

## 5.5. DISCRECIONALIDAD Y LA BUROCRATIZACIÓN DE LA DECISIÓN DISCRECIONAL

Por último, y a modo de cierre, cabe mencionar una última forma en que el uso de algoritmos puede repercutir en la toma de decisiones judiciales que, si bien no procede directamente del problema de la opacidad, puede ser agravada por ella. Se trata, pues, de examinar el modo en que el uso de protocolos y algoritmos puede afectar a la decisión discrecional.

Los espacios discrecionales de decisión judicial han sido tradicionalmente problemáticos para la teoría del Derecho y han acaparado buena parte de la controversia en torno al correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico. Ello se entiende especialmente bien a la vista de que, tras la discusión sobre los espacios de discrecionalidad judicial, subyace el problema de la correcta articulación de la separación de poderes.

Desde un punto de vista funcionalista puede entenderse, por otro lado, que existe una suerte de diálogo entre el poder legislativo y el judicial. Los espacios discrecionales, derivados de la «textura abierta» del Derecho (Hart, 1963: 159), de la necesidad de interpretar para solventar cuestiones de vaguedad o ambigüedad o, incluso, de expresas remisiones previstas por el legislador, cumplen su función en la medida en que, por un lado, evitan la elaboración de una ley sumamente pormenorizada que adolezca de excesiva rigidez y, por otro, habilitan al juez a adaptar la norma jurídica al caso concreto. Se trata, pues, de un mecanismo de transición de lo general a lo particular que tan solo puede desarrollarse eficazmente en la medida en que presupone un juez obligado a *justificar* con especial intensidad aquellas decisiones tomadas conforme a sus facultades discrecionales. En el fondo, se trata de discrecionalidad *porque es limitada*<sup>15</sup>, es decir, circunscrita siempre a los marcos generales de lo jurídicamente aceptable (si no vía reglas, al menos a través de principios).

El recurso a la discrecionalidad judicial (bien entendida) es, por tanto, un mecanismo legitimador del ordenamiento jurídico: por una parte, porque permite adaptar la ley al caso concreto; por otra, porque se trata de un elemento central para dotar al Derecho de un grado suficiente de dinamismo y adaptabilidad sin sacrificar cotas excesivas de seguridad jurídica. En este sentido, la «complejidad» y la relativa indeterminación del marco normativo devienen funcionales cuando se contrapesan con una obligación justificativa en sentido fuerte.

Sin embargo, los espacios discrecionales siempre han resultado problemáticos, y sería equivocado entender, como resultado de esta representación un tanto consensual del estado de cosas, que no existe un sector importante de opinión que preferiría reducir la indeterminación e imprevisibilidad que conlleva la discrecionalidad. En este sentido, *racionalizar* la discrecionalidad sigue siendo el terreno sobre el que se tratan de formalizar, mediante unos mecanismos u otros, los criterios a emplear por el juzgador para hacer un uso adecuado y, precisamente, «racional» del poder que ostenta.

Ejemplos recientes de esto pueden encontrarse, especialmente en el ámbito anglosajón, en las *Sentencing Guidelines* (v. gr. Nagel, 1990), el movimiento por el *evidence-based sentencing* (Wolff, 2008; Warren, 2009; Oleson, 2011; y Starr, 2014) o, en lo que aquí interesa, el uso de algoritmos para apoyar la decisión del juez<sup>16</sup>. El uso de algoritmos de apoyo puede, así, adoptar diversas formas: desde efectuar un cribado de las posibles «opciones» que se abren al juzgador a la vista de las circunstancias del caso hasta introducir elementos de juicio sobre aspectos discrecionales como, precisamente, el riesgo.

La duda que surge a raíz de las nuevas potencialidades brindadas por el desarrollo de los algoritmos estriba en determinar de qué manera podrían afectar al desempeño por parte de los jueces de sus facultades discrecionales. En este sentido, existe un riesgo en todo proceso de simplificación y estandarización: la pérdida de grados de complejidad que pudieran resultar necesarios para el correcto desempeño de la labor correspondiente (Taruffo, 1998: 319). Asimismo, parece que la propia idea de estandarización conlleva una reducción de la variabilidad, cuya valoración positiva o negativa estará fuertemente influida por el peso que se atribuya a la seguridad jurídica frente a la «individualización» judicial.

En este sentido, se ha criticado que la *racionalización* de las decisiones discrecionales puede mermar la discrecionalidad misma precisamente por la influencia *burocratizante* de este uso de los algoritmos (Taruffo, 1998: 321-322; y Peeters y Schuilenburg, 2018: 270). Y aunque es cierto que no hay motivos para pensar que el juzgador no disponga de la facultad para desoír el resultado del algoritmo si lo considera inadecuado al caso concreto, parece que la forma en que la automatización de las decisiones influye en los agentes decisores justifica cierto escepticismo al respecto (Goddard, Roudsari y Wyatt, 2012; y Washington, 2019:35). Frente a la «seguridad» que ofrece seguir el criterio ofrecido por el algoritmo, cualquier distanciamiento supone un riesgo y, con él, la consecuente necesidad de realizar esfuerzos argumentativos adicionales para sofocar la sospecha de arbitrariedad. En el campo de la valoración del riesgo de reincidencia delictiva, resulta difícil esperar algo distinto a una inclinación securitaria (Peeters y Schuilenburg, 2018: 274-5).

Si los usuarios de un protocolo acaban abundando, generalmente, en la dirección señalada por el mismo, la tendencia emergente apunta hacia una proclividad sistémica a reproducir los criterios y valores ínsitos en su diseño, una situación potencialmente problemática desde el punto de vista de la distribución del poder en los sistemas democráticos (Sourdin, 2018:1126). Y es que, a pesar de su apariencia técnica y objetiva, la elaboración de un instrumento de valoración de riesgo (siguiendo con el caso escogido para orientar la discusión) implica una multiplicidad de decisiones de ajuste, selección y ponderación de variables, criterios de discriminación entre riesgos bajos, medios o altos, así como tasas de errores (falsos positivos y negativos) tolerables (Martínez Garay, 2016; Berk, 2018: 10-3). Todas estas pequeñas decisiones son, en realidad, cuestiones ético-políticas *sustraídas* de su campo legítimo y *ocultadas* tras el velo de la técnica. Desde un punto de vista argumentativo, nuevamente, nos encontramos ante todo un campo de cuestiones problemáticas que serían objeto de atención, discusión y justificación si no hubieran quedado externalizadas, generando, de nuevo, un relevante vacío argumentativo.

Si, como frecuentemente afirman sus defensores, el uso de este tipo de algoritmos supone un modo de limitar los sesgos implícitos que se deslizan en el ordenamiento jurídico a través de la discrecionalidad judicial, esto solo puede suponer un mérito en la medida en que el algoritmo no permita el mismo deslizamiento (Citron y Pasquale, 2014: 4; y Peeters y Schuilenburg, 2018: 274). Y si, como hemos visto, la única forma de paliar los riesgos de la «opacidad» del juez es el mandato de justificación de las decisiones, controlar los riesgos inherentes al uso de algoritmos exige necesariamente la *transparencia* de los mismos en los tres niveles anteriormente señalados. El carácter público y abierto del código permite a cualquier actor público o privado someterlo a prueba a través de múltiples bases de datos, contribuyendo a desentrañar más eficazmente las virtudes y vicios del algoritmo (Washington, 2019: 23). Adicionalmente, cuando la tarea lo permita, los algoritmos simples son preferibles a los complejos si se sitúan dentro de un rango semejante de eficacia (Rudin, 2018: 5). Por último, y de manera fundamental, parece razonable la propuesta de que, en campos de decisión de alta trascendencia no deberían emplearse algoritmos que funcionen como «cajas negras», especialmente cuando otros de carácter transparente pueden cumplir la tarea (Rudin, 2018: 7).

En una nueva oscilación de lo informático a lo jurídico, estas y otras medidas podrían contribuir a garantizar una suerte de *debido proceso tecnológico* (Citron, 2007; y Citron y Pasquale, 2014). A su vez, permitiría recuperar como materia de argumentación toda una serie de circunstancias, decisiones y procesos que, por «naturaleza», requerirían de una mínima justificación si no se hallaran ocultos tras la técnica. Por último, contribuiría a evitar que, por inadvertencia, los algoritmos en materia de pronóstico acabaran funcionando como profecías autocumplidas, confirmando con cada nueva aplicación las variables incorporadas en su diseño (Harcourt, 2010; y Citron y Pasquale, 2014:18)

## 6. CONCLUSIONES

A lo largo de los últimos años, el ámbito de la inteligencia artificial se ha caracterizado por su gran dinamismo. En buena medida, ello se debe a la rápida expansión de sus campos de aplicación práctica, propiciada por el enorme volumen de datos que las sociedades contemporáneas producen cotidianamente.

La esfera del Derecho ha sido, tradicionalmente, un foco de interés para la investigación en materia de inteligencia artificial. Este hecho ha estado, y sigue estando, fuertemente relacionado con el tipo de decisiones complejas que caracterizan a buena parte de la práctica jurídica. La capacidad de los sistemas algorítmicos más sofisticados para replicar, complementar y, en ocasiones, suplantar a los decisores humanos, sin embargo, ha sido también objeto de controversia cuando el debate ha tomado como referencia la labor del juez.

En este trabajo se han examinado algunos aspectos problemáticos de esta interacción disciplinaria. En concreto, lo que hemos denominado la hipótesis del «juez IA», y el uso de algoritmos para asistir o complementar al juez tradicional.

En relación con la hipótesis del «juez IA», las características de los algoritmos en materia de *machine learning* e IA son susceptibles de producir interesantes aproximaciones o predicciones sobre la conducta de jueces y tribunales. Sin embargo, no parece que puedan sustituir plena y completamente la decisión humana más que en aspectos relativamente triviales. La complejidad de las decisiones tomadas y los recursos de razonamiento empleados para resolver, especialmente, los denominados casos difíciles no parecen estar aún al alcance de los procedimientos computacionales. Asimismo, el modo en que «piensa» un algoritmo parece difícil de armonizar con una práctica que requiere de la producción de *razones* significativas. Finalmente, resulta dudoso que la sustitución del juzgador humano por el artificial pueda realizarse únicamente atendiendo a criterios de eficacia. La práctica de aplicar el Derecho parece impregnada de un elemento antropológico difícil de sacrificar y que obliga a plantearse si ciertas actividades sociales, como atribuir un reproche, solo tienen sentido cuando las realizan las personas.

En contraste con el carácter todavía fuertemente especulativo de la cuestión anterior, la posibilidad de emplear algoritmos como *apoyo* para el juzgador es una realidad que pugna por expandirse. Sin embargo, presenta una serie de dificultades vinculadas, especialmente, a la forma en que ciertos algoritmos funcionan como «cajas negras». Las dificultades para acceder al funcionamiento de aquellos o, simplemente, a interpretarlos contribuye a introducir puntos ciegos que se manifiestan como *vacíos de argumentación*. A diferencia de lo que ocurre en las decisiones judiciales, para los algoritmos no parece sencillo hallar un equivalente funcional del «contexto de justificación» que pueda compensar la falta de transparencia. Por último, el modo en que tiende a desarrollarse la interacción entre los decisores humanos y los protocolos automatizados reclama el empleo cauteloso de este tipo de «apoyos». Racionalizar la discrecionalidad judicial puede comportar el coste de reducirla o eliminarla, lo cual es una decisión de política jurídica que debe ser adoptada explícitamente antes que de manera inadvertida. Por otro lado, asumir la neutralidad axiológica y la objetividad de los algoritmos puede contribuir a legitimar decisiones ético-políticas tomadas en su diseño y que vienen legitimadas al cristalizar, de nuevo inadvertidamente, en el proceso. Estas dificultades no parecen ser inherentes al uso de algoritmos, «inteligentes» o no, sino a una concreta materialización de la relación entre Derecho e IA que ha permitido un uso acrítico de los desarrollos tecnológicos sin plena conciencia de sus limitaciones.

De acuerdo con los puntos examinados, por tanto, no parece descabellado hallar espacios para la penetración de la IA en la actividad jurisdiccional, especialmente cuanto menos ambiciosa (o más «instrumental») sea la tarea que se le otorgue. A la inversa, cuanto más entrelazados se encuentren este tipo de herramientas con el proceso decisorio, más imperativo resulta atender a eventuales obstáculos con el propósito de no desnaturalizar la labor de enjuiciamiento. Los «vacíos de argumentación» representan, precisamente, una de estas consecuencias indeseadas, en la medida en que toda una serie de decisiones y criterios problemáticos implícitos pueden quedar inadvertidamente sustraídos al escrutinio público, al tiempo que dan sustento, a su vez, a nuevas decisiones cuyo sustrato lógico o fáctico deja de ser totalmente transparente. Difícilmente se podría aquí ser categórico sobre si la IA resulta necesariamente nociva cuando entra en estrecha proximidad con procesos de toma de decisiones no triviales (aquí, el ámbito penal ha sido el ejemplo particular para ilustrar esta problemática

general). Más modestamente, sin embargo, la prudencia impone una actitud a medio camino entre el entusiasmo cauteloso y la sospecha paciente. Tal vez los algoritmos todavía tengan que demostrar que pueden convertirse en verdaderos *agentes*. Pero más intrigante es la duda de si las personas tendrán un mínimo interés por seguir siéndolo o si la posibilidad de deshacerse de la carga de la responsabilidad nietzscheana será demasiado tentadora.

## NOTAS

1. Hablamos de «Beauty AI». Disponible en: <<http://beauty.ai>>. Se trata de un concurso de belleza en el que la labor de juzgador la lleva a cabo un algoritmo tras haber sido «entrenado» con múltiples datos fisionómicos. Su estreno en 2016 vino acompañado inmediatamente por la polémica en torno a un sesgo racial imprevisto, dado que el algoritmo favorecía a concursantes con piel clara.
2. Aunque aquí se hace referencia, sobre todo, a los procedimientos técnicos para elaborar sistemas de inteligencia artificial, esta multiplicidad de procedimientos guarda relación con la falta de acuerdo sobre qué es lo característico de la inteligencia humana y qué modelo debe ser el que sirva como pauta para la IA. Desde este punto de vista, no es lo mismo pensar o actuar racionalmente que pensar o actuar *humanamente*, por mucho que la idea de racionalidad siga siendo central en la definición de lo humano (Russell and Norvig, 2010: 2-5).
3. En analogía con la expresión relativa a la teoría del Derecho, aunque salvando las distancias en cuanto a las implicaciones. Los trabajos de Dung (1995) y Prakken (1995) suelen destacarse como textos especialmente relevantes en la apertura la IA y el Derecho hacia una perspectiva argumentativa.
4. Merece la pena precisar, no obstante, el carácter más bien «teórico» de la exposición, cuyo objetivo es servir a la reflexión antes que plantear una posibilidad concreta y pragmática. Si fuera este el propósito, debería indicarse que las dos hipótesis examinadas no se encuentran en igualdad de condiciones, de modo que la posibilidad de sustituir completamente al juez (especialmente en materia penal, como aquí interesa) por un procedimiento automatizado de decisión a través de IA no resulta particularmente verosímil de acuerdo con la discusión internacional al respecto, o con la propia normativa nacional en materia de protección de datos. Con independencia de los detalles, el rechazo de fondo (o, al menos, la suspicacia) hacia una labor judicial automatizada, por no decir robotizada, hace que este aspecto sea relativamente menos debatido que la segunda hipótesis, a saber, el uso de la IA como instrumento al servicio de la Administración de justicia. Obsérvese al respecto la Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno (2019) adoptada por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), o el art. 22 del Reglamento General de Protección de Datos. De hecho, incluso usos como el de la herramienta COMPAS son objeto de «las más extremas reservas» de acuerdo con la Carta (p. 66).
5. El procedimiento, someramente descrito, no resulta necesariamente el más adecuado para realizar este tipo de tareas, desde un punto de vista técnico. Su uso es meramente ilustrativo, con el fin de dar cuenta del modo en que una argumentación podría ser artificialmente simulada. Un modelo interesante de simulación de la toma de decisiones judicial puede encontrarse en Li *et al.* (2018).
6. Que aquí asociamos al esquema de Toulmin (2003) por ser uno de los más sencillos y, por tanto, ilustrativo de lo *indispensable* para una argumentación que pueda parecer razonable. Por lo demás, se trata de un modelo que ha resultado altamente influyente en los trabajos sobre IA y Derecho (Feteris, 2017: 55-9).
7. Algo que, por cierto, queda inmediatamente suprimido en un contexto en que tanto el «juez» como el fiscal o el abogado fueran sustituidos a su vez por inteligencias artificiales. Como bien recuerda Barona Vilar, no parece que tenga mucho sentido hablar de retórica, persuasión o convencimiento cuando todos los interlocutores son artificiales, al menos de acuerdo con el estado actual de los conocimientos (Barona Vilar, 2021: 576).

8. Desde luego, se podría defender que el requisito de la pretensión de corrección resulta superfluo y en absoluto imprescindible para desempeñar adecuadamente la tarea que viene encomendada a jueces y tribunales. Desde este punto de vista, no sería fundamentalmente distinto resolver una controversia jurídica en un juicio penal que resolver cualquier otra situación de carácter burocrático. La única diferencia procedería de variables extrasistémicas (importancia de la controversia para los afectados, repercusiones del conflicto, etc.) sin mayor repercusión desde el punto de vista interno (desde el punto de vista de aplicar el Derecho al caso concreto). Con todo, este no es el punto de vista que se asume aquí.

9. Desde luego, este no es el único uso concebible de uso de la IA como asistencia a la labor del juez, sino simplemente el punto de interés escogido para este texto. Una panorámica de los diversos usos posibles de este tipo de instrumentos se encuentra en Nieva Fenoll (2018).

10. Dentro de nuestro contexto académico, destaca el análisis que lleva a cabo Lucía Martínez Garay (2018) de esta misma sentencia y los problemas que plantea.

11. La influencia del pronóstico de riesgo puede haber sido considerable, teniendo en cuenta la diferencia entre el año de prisión que habían negociado ambas partes, y la ulterior sentencia de 7 años, recurrida ante la Wisconsin Supreme Court (Washington, 2019: 11).

12. En este punto resulta pertinente una aclaración sobre la opacidad técnica, que no se efectúa a cuerpo de texto en la medida en que no entorpece el argumento, pero que puede ser oportuno dejar asentada: los algoritmos de *machine learning* no son inherentemente opacos, como la propia discusión efectuada en el texto ilustra. Sin embargo, cierto tipo de sistemas de ML, como los que se basan en redes neuronales profundas (*Deep learning*) sí funcionan como cajas negras desde el punto de vista del escrutinio externo. Este matiz es importante, en la medida en que permite diferenciar y seleccionar, de ser necesario, sistemas de aprendizaje automático que sean transparentes por diseño (Marcus, 2018: 10-11;).

13. En relación con el problema de la interpretabilidad de los resultados obtenidos a través de algoritmos como los descritos, existe una saludable corriente de investigación y desarrollo dedicada específicamente a salvar este inconveniente, comúnmente caracterizada como «Explainable IA» o «Interpretable IA». A este respecto, puede ser útil al lector la consulta de Samek *et al.* (eds.) (2019). Puede interesar igualmente, de manera condensada, Zednik (2019: 4-5)

14. Aquí se ha optado por una descripción no problemática de la distinción entre contextos de descubrimiento y justificación, así como el modo en que trata de solventarse el problema en Derecho. No obstante, ni lo escrito da cuenta de todas las dimensiones del problema ni presupone considerar resueltas las críticas del realismo jurídico. Igualmente, tampoco implica aceptar que la dicotomía de Reichenbach deba tomarse al pie de la letra y que ambos contextos funcionen como compartimentos estancos. Su utilidad es, en este caso, ilustrativa, un modo de canalizar la discusión a grandes trazos, antes que adentrarse en sus pormenores.

15. En un sentido similar a lo que Taruffo (1998: 319) denomina discrecionalidad en sentido *débil* o *regulada*.

16. Parcialmente solapado con el movimiento *evidence-based* en la medida en que los algoritmos de predicción del riesgo, por ejemplo, son instrumentos «basados en evidencia» científica que, según sus partidarios, permitirían restringir los efectos perniciosos de la discrecionalidad judicial ofreciendo criterios sólidos sobre los que efectuar una decisión. Al respecto pueden consultarse los trabajos citados.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALETRAS, Nikolaos, Dimitrios TSARAPATSANIS, Daniel PREOTIUC-PIETRO y Vasileios LAMPOS (2016): «Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective», *PeerJ Computer Science*, 2, 1-19. doi: 10.7717/peerj-cs.93.
- ANGWIN, Julia, Jeff LARSON, Surya MATTU y Lauren KIRCHNER (2016): «Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks», *ProPublica*.
- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- (2017): «El juez perfecto», *Jueces para la democracia*, 90, 43-48.
- BARONA VILAR, Silvia (2021): *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria (2019): «Algoritmos predictivos al servicio de la justicia: ¿una nueva forma de minimizar el riesgo y la incertidumbre? », *Revista de la Faculdade Mineira de Direito*, 22(43), 1-31.
- BENCH-CAPON, Trevor J. M. y Paul E. DUNNE (2007): «Argumentation in Artificial Intelligence», *Artificial Intelligence*, 171(10-15), 619-641. doi: 10.1016/j.artint.2007.05.001.
- BERK, Richard (2018): *Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings*, *Machine Learning Risk Assessments in Criminal Justice Settings*, Nueva York: Springer. doi: 10.1007/978-3-030-02272-3.
- BOYD, Danah y Kate CRAWFORD (2012): «Critical Questions for Big Data», *Information, Communication & Society*, 15(5), 662-679. doi: 10.1080/1369118x.2012.678878.
- BURRELL, Jenna (2016): «How the machine “thinks”: Understanding opacity in machine learning algorithms», *Big Data & Society*, 3(1), 1-12. doi: 10.1177/2053951715622512.
- CEPEJ (2019): European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, Consejo de Europa.
- CITRON, Danielle K. (2007): «Technological due process», *Washington University Law Review*, 85(6), 1249-1313.
- CITRON, Danielle K. y Frank PASQUALE (2014): «The scored society: Due process for automated predictions», *Washington Law Review*, 89(1), 1-33.
- COHN, Gabe (2018): «AI Art at Christie's Sells for \$432,500», *The New York Times*, 25 October [en línea] <<https://www.nytimes.com/2018/10/25/arts/design/ai-art-sold-christies.html>>.
- DIETERICH, William, Christina MENDOZA y Tim BRENNAN (2016): *COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity*.
- DUNG, Phan M. (1995): «Artificial Intelligence. On the acceptability role in nonmonotonic of arguments and its fundamental reasoning, logic programming and n-person games», *Artificial Intelligence*, 77, 321-357.
- EDWARDS, Lilian y Michael VEALE (2017): «Slave to the Algorithm? Why a “Right to an Explanation” is Probably not the Remedy you are Looking For», *Duke Law & Technology Review*, 16(1), 18-84.
- (2018): «Enslaving the Algorithm: From a “Right to an Explanation” to a “Right to Better Decisions”? », *IEEE Security and Privacy*, 16(3), 46-54. doi: 10.1109/MSP.2018.2701152.
- FETERIS, Eveline T. (2017): *Fundamentals of Legal Argumentation*, Nueva York: Springer. doi: 10.1007/978-94-024-1129-4.
- GARCÍA AMADO, Juan A. (2016): «¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?», *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 20, 42-63.
- GODDARD, Kate, Abdul ROUDSARI y Jeremy C. WYATT (2012): «Automation bias: A systematic review of frequency, effect mediators, and mitigators», *Journal of the American Medical Informatics Association*, 19(1), 121-127. doi: 10.1136/amiainl-2011-000089.
- GROSAN, Crina y Ajith ABRAHAM (2011): *Intelligent Systems. A modern approach*. Berlin: Springer.
- HANNAH-MOFFAT, Kelly (2018): «Algorithmic risk governance: Big data analytics, race and information activism in criminal justice debates», *Theoretical Criminology*, March 2018, 1-18. doi: 10.1177/1362480618763582.

- HARCOURT, Bernard E. (2010): «Risk As a Proxy for Race», *Public Law & Legal Theory Working Paper*, 27(323), 237-244. doi: 10.1525/fsr.2015.27.4.237.
- HART, Herbert L. A. (1963): *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- LARSON, Jeff, Surya MATTU, Lauren KIRCHNER y Julia ANGWIN (2016): «How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm», *ProPublica* [en línea], <<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>>.
- LEESE, Matthias (2014): «The new profiling: Algorithms, black boxes, and the failure of anti-discriminatory safeguards in the European Union», *Security Dialogue*, 45(5), 494-511. doi: 10.1177/0967010614544204.
- LEVIN, Sam (2016): «A Beauty Contest was Judged by AI and the Robots didn't Like Dark Skin», *The Guardian*, September 8 [en línea] <<https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/08/artificial-intelligence-beauty-contest-doesnt-like-black-people>>.
- LI, Jiajing, Guoying ZHANG, Longxue YU y Tao MENG (2018): «Research and Design on Cognitive Computing Framework for Predicting Judicial Decisions», *Journal of Signal Processing Systems*, 91(1). doi: 10.1007/s11265-018-1429-9.
- MARCUS, Gary (2018): «Deep Learning: A Critical Appraisal», *ArXiv* abs/1801.00631
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía (2014): «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2(2).
- (2016): «Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia. La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 14(3), 11-31.
  - (2018): «Peligrosidad, Algoritmos y Due Process: El caso State vs. Loomis», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 20, 485-502.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía y Francisco Montes Suay (2018): «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias», *InDret*, 2(2018), 1-47.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús I. (2019): «Inteligencia y derechos humanos en la sociedad digital», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 40, 168-189.
- MEDVEDEVA, Masha, Michel VOLS y Martijn WIELING (2019): «Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights», *Artificial Intelligence and Law*, Online first, 1-30. doi: 10.1007/s10506-019-09255-y.
- MIRÓ LLINARES, Fernando (2018): «Inteligencia Artificial y Justicia Penal: Más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 20, 87-130.
- MONAHAN, John y Jennifer L. SKEEM (2015): «Risk Assessment in Criminal Sentencing», *Annual Review of Clinical Psychology*, 12(1), 489-513. doi: 10.1146/annurev-clinpsy-021815-092945.
- NAGEL, Ilene H. (1990): «Structuring Sentencing Discretion: The New Federal Sentencing Guidelines», *Journal of Criminal Law and Criminology*, 80(4), 883-943.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2018): *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid: Marcial Pons.
- OLESON, James C. (2011): «Risk in sentencing: constitutionally suspect variables and evidence-based sentencing», *SMU Law Review*, 64(4), 1329-1402.
- PASQUALE, Frank (2015): *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge: Harvard University Press.
- PEETERS, Rik y Marc SCHUILENBURG (2018): «Machine justice: Governing security through the bureaucracy of algorithms», *Information Polity*, 23(3), 267-280. doi: 10.3233/IP-180074.
- PRAKKEN, Henry (1995): «From Logic to Dialectics in Legal Argument», en *Proc. 5th ICAIL*, 165-174.
- REICHENBACH, Henry (1938): *Experience and Prediction. An analysis of the foundations and the structure of knowledge*, Chicago: University of Chicago Press.
- RISSLAND, Edwina L., Kevin D. ASHLEY y Ronald P. LOUI (2003): «AI and Law: A fruitful synergy», *Artificial Intelligence*, 150, 1-15. doi: 10.1016/S0004-3702(03)00122-X.

- RUDIN, Cynthia (2018): «Please Stop Explaining Black Box Models for High Stakes Decisions», en *Proceedings of NeurIPS 2018 Workshop on Critiquing and Correcting Trends in Machine Learning*, 1-15 [en línea] <<http://arxiv.org/abs/1811.10154>>.
- RUDIN, Cynthia y Berk USTUN (2019): «Optimized Scoring Systems: Towards Trust in Machine Learning for Healthcare and Criminal Justice», *Interfaces*, 59.
- RUDIN, Cynthia, Caroline WANG y Beau COKER (2018): «The age of secrecy and unfairness in recidivism prediction», 1-46 [en línea] <<http://arxiv.org/abs/1811.00731>>.
- RUSSELL, Stuart y Peter NORVIG (<sup>3</sup>2010): *Artificial Intelligence. A modern approach*, Upper Saddle River, NJ: Pearson. doi: 10.1017/S0269888900007724.
- SAMEK, Wojciech, Grégoire MONTAVON, Andrea VEDALDI, Lars K. HANSEN y Klaus-Robert MÜLLER (2019): *Explainable AI: Interpreting, Explaining and Visualizing Deep Learning*, Cham: Springer.
- SEARLE, John R. (1980): «Minds, Brains, and Programs», *Behavioural and Brain Sciences*, 3(3), 417-457.
- (2002): «Can Computers Think?», en D. Chalmers, D. (ed.) *Philosophy of Mind: Classical and Contemporary Readings*. Oxford: Oxford University Press, 669-675. doi: 10.1037/007745.
- SOURDIN, Tania (2018): «Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making», *UNSW Law Journal*, 41(4), 1114-1133.
- STARR, Sonja B. (2014): «Evidence-based sentencing and the scientific rationalization of discrimination», *Stanford Law Review*, 66(4), 803-872.
- SURDEN, Harry (2014): «Machine Learning and Law», *Washington Law Review*, 89(1), 87-116.
- TARUFFO, Michele (1998): «Judicial Decisions and Artificial Intelligence», *Artificial Intelligence and Law*, 6, 311-324. doi: 10.1007/978-94-015-9010-5\_7.
- TOULMIN, Stephen E. (2003): *The Uses of Argument*. Updated Ed, *The Uses of Argument*, Updated ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- WARREN, Roger K. (2009): «Evidence-Based Sentencing: The Application of Principles of Evidence-Based Practice to State Sentencing Practice and Policy», *University of San Francisco Law Review*, 43, 585-634.
- WASHINGTON, Anne L. (2019): «How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica Debate», *The Colorado Technology Law Journal*, 17(1), 1-37.
- WISSER, Leah (2019): «Pandora's Algorithmic Black Box: The Challenges of Using Algorithmic Risk Assessments in Sentencing», *American Criminal Law Review*, 56, 1811-1832.
- WOLFF, Michael A. (2008): «Evidence-based judicial discretion: promoting public safety through state sentencing reform», *New York University Law Review*, 83(5), 1389-1419
- ZEDNIK, Carlos (2019): «Solving the Black Box Problem: A Normative Framework for Explainable Artificial Intelligence», *Philosophy & Technology* (2019). <https://doi.org/10.1007/s13347-019-00382-7>
- ZENG, Jiaming, Berk USTUN y Cynthia RUDIN (2017): «Interpretable classification models for recidivism prediction», *Journal of the Royal Statistical Society. Series A: Statistics in Society*, 180(3), 689-722. doi: 10.1111/rssa.12227.

**Fecha de recepción: 26 de febrero de 2021.**

**Fecha de aceptación: 14 de mayo de 2021.**





# TEMAS DE HOY

*Concordia discors.* Una interpretación sobre los indultos a los políticos catalanes en prisión  
*Javier de Lucas*



# CONCORDIA DISCORDS. UNA INTERPRETACIÓN SOBRE LOS INDULTOS A LOS POLÍTICOS CATALANES EN PRISIÓN

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho  
(Universitat de València)  
Senador

## INDULTOS: POLÍTICA Y DERECHO

Llama la atención que, incluso en círculos jurídicos, parezca necesario comenzar cualquier intervención sobre la decisión de conceder el indulto a los políticos y activistas catalanes independentistas que se encuentran en prisión como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo en la conocida como «causa del *procés*»<sup>1</sup>, recordando algo elemental. Me refiero al hecho de que, como tales, los indultos son expresión de *una medida de gracia, no de justicia*. Y, como herederos de una tradición —la prerrogativa de gracia— ligada a los poderes del rey en la monarquía absoluta, constituyen, como se ha recordado, una verdadera china en el zapato del Estado de Derecho y de la separación de poderes, pues quiebran la línea de la ortodoxia en las relaciones entre el poder judicial y el ejecutivo (con el legislativo al fondo).

No solo es que los indultos, en el caso de los políticos condenados por su intervención en el *procés*, sean una decisión obviamente controvertida y con un importante eco social. Lo cierto es que las particulares características de la institución misma del indulto, que no debe considerarse un acto estrictamente técnico-jurídico, sino que ha de tener presente siempre su dimensión política, como acto de competencia exclusiva del poder ejecutivo, hacen del ins-

---

<sup>1</sup> STS 459/2019 de la Sala de lo penal, de 14 de octubre de 2019, recaída en la causa especial 20907/2017. Disponible en: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-condena-a-nueve-de-los-procesados-en-la-causa-especial-20907-2017-por-delito-de-sedicion>>.

tituto en cuestión un asunto doctrinalmente poco pacífico<sup>2</sup>. Es así, incluso si entendiéramos que la tarea de los tribunales de justicia consistiera precisamente en *realizar la justicia*, algo que, en términos de teoría y filosofía del Derecho, como también se recordará, es en extremo discutible. Baste recordar la conocida anécdota atribuida al muy influyente *justice* Oliver Wendell Holmes, de la que Dworkin se sirvió para explicar su influyente concepción acerca de la tarea del juez, la labor de interpretación jurídica y la dimensión moral del Derecho. Se cuenta que siendo Holmes magistrado del Tribunal Supremo de los EE. UU., de camino al tribunal llevó en su carruaje a un joven Learned Hand, que luego sería a su vez juez y al que asistiría como letrado Dworkin. Cuando Hand se bajó, se despidió de Holmes diciéndole «¡Haga justicia, magistrado!». Holmes paró el carruaje y, sacando la cabeza por la ventana, le dijo: «¡Ese no es mi trabajo!». También se dice que añadió: «it is my job to apply the Law». Lo cierto es que incluso para un lego es sabido que los tribunales de justicia no aspiran a traer a la tierra el ideal de justicia, sino a aplicar correctamente el Derecho, aunque hoy sepamos que esa aplicación está lejos del modelo mecánico de la subsunción y encierra siempre una labor interpretativa, porque los tribunales deben motivar sus decisiones, lo que comporta argumentarlas conforme a Derecho, en un sentido que, como mínimo, quiere decir conforme al orden jurídico constitucional (en el que se integran disposiciones provenientes del Derecho europeo y del Derecho internacional, por decirlo de forma breve).

Que se trata de un acto de gracia, que no de justicia, es algo que pueden admitir la señora Paluzie o el señor Cuixart, tanto como los señores García Ortega, García Egea o Bal, y desde luego el señor Campo, ministro de justicia (en otro tiempo lo habría sido de Gracia y Justicia). Claro, debemos añadir de inmediato que cada uno de ellos entendería eso de «gracia, que no justicia» conforme a sus premisas y objetivos, porque su visión de la justicia, en general y en el caso del que tratan los indultos, en particular, difiere enormemente.

Para los independentistas, y eso es cierto en particular para los líderes de la ANC (Cuixart fue el presidente anterior a Paluzie) lo propio de la «justicia» es una amnistía, porque entienden que lo que se llevó a cabo el día 1 de octubre de 2017 y todos los preparativos y actos que lo acompañaron y siguieron, incluidas las «leyes de desconexión» y la «declaración de independencia», fueron actos legítimos, ya que sostienen que por encima de la legitimidad constitucional hay otra fuente de legitimidad, superior, que reside en la voluntad de ser nación y aun Estado independiente, conforme a su peculiar interpretación del derecho a la autodeterminación de los pueblos. Por eso toman la medida de gracia

<sup>2</sup> *Vid.*, por ejemplo, tres de las monografías que se han ocupado de la institución del indulto en nuestro país: el libro de Aguado Renedo, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia* (con prólogo de Manuel Aragón), Madrid, Civitas, 2001; el de Ortega Llorca, *La ley de indulto. Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma*, Valencia, Tirant lo Blanch, <sup>3</sup>2003; y el de la profesora García Mahamut, *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional* (con prólogo de Juan Fernando López Aguilar), Madrid, Marcial Pons, 2004. Desde una perspectiva multidisciplinar y comparada (con notables aportaciones desde la teoría y filosofía del Derecho) me parece interesante consultar el libro colectivo coordinado por Fernando Molina, *El Indulto. Pasado, presente y futuro*, Buenos Aires, Estudios y Debates de Derecho penal, 2019. Muy recientemente, el colectivo editado por Daniel Pascoe y Andrew Novak, *Executive Clemency. Comparative and Empirical Perspectives*, Routledge, 2020.

como un acto paternalista e incluso insultante, porque no admiten ser tratados como autores de delitos.

Para los nacionalistas españolistas, que presumen de constitucionalistas, pero —en realidad— ponen su visión de la unidad de España por encima de la Constitución, perdonar parte de la pena a los condenados por sentencia del Tribunal Supremo sería un acto contrario a la justicia por vergonzoso y aun antijurídico: aunque reconozcan que se trata de una medida de gracia, la entienden contraria a su exigencia de justicia que, en una formulación que no puede dejar de invocar el brocardo *fiat iustitia et pereat mundus*, incluye el máximo rigor posible con los condenados o, al menos, la máxima literalidad en la aplicación de las penas. No es posible ignorar que esta interpretación contraria tiene un firme aval en buena parte de los términos del informe del TS sobre los indultos<sup>3</sup>. Informe que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la ley de 1870, que rige los indultos y que fue modificada en 1988, es preceptivo, pero no vinculante.

En todo caso, unos y otros coincidirán, porque así lo establece la ley de 18 de junio de 1870, en que es una competencia exclusiva y discrecional del Consejo de Ministros, y que, aunque esté establecido que, para otorgar el indulto debe existir un informe del tribunal sentenciador en el que se examine la decisión atendiendo a razones «de justicia, equidad o utilidad pública» (artículo 11 de la ley), este no es vinculante. Cabe subrayar que la configuración discrecional de la facultad de gracia conferida al Gobierno desde la ley de 1870, obra del ministro Montero, se ha reforzado. En efecto, desde la reforma de 1988 y a diferencia de lo que establecía el texto original del artículo 30 de la ley de 1870, el Decreto de publicación de indulto *no incluye la exigencia de motivación*. Con todo, eso no significa que sea una decisión totalmente exenta del control por los tribunales. No, desde que así lo apreció el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico octavo de su sentencia de 20 de noviembre de 2013, al afirmar a su vez la competencia del alto tribunal (de su Sala Tercera) para entender de recursos encaminados a comprobar «si la concreta decisión discrecional de indultar ha guardado coherencia lógica con los hechos que constan en el expediente». Añadiré que la mayoría de quienes se han ocupado recientemente del estudio de los indultos en España critican que la reforma de 1988 prescindiera del requisito de motivación<sup>4</sup>.

## DOS CERTEZAS SOBRE EL INDULTO A LOS PRESOS DEL PROCÉS

Pues bien, en la medida en que los indultos se configuran como un acto de gracia, casi por completo discrecional, y no como un acto jurídicamente debido, cabe avanzar algunas pocas certezas jurídicas. Voy a referirme a dos.

<sup>3</sup> El texto del informe, disponible en: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-se-opone-a-la-concesion-del-indulto-a-los-doce-condenados-en-la-causa-del-proces->>.

<sup>4</sup> Destacaré el artículo del letrado de las Cortes, J. Villarino, que subraya esta crítica: Villarino Marzo, J. (2005): «El indulto en España», *Revista De Las Cortes Generales*, (66), pp.63-92.

La primera es que, cuando el Gobierno decreta un indulto, precisamente por respeto a la división de poderes, no puede ni debe tratar de sustituir o corregir las decisiones judiciales. Los indultos no son, no pueden ser, una segunda sentencia, una suerte de recurso de alzada que «active una segunda instancia». Así lo reitera la Sala del TS en los fundamentos jurídicos primero y segundo de su mencionado y preceptivo Informe, en el que se pronuncia contundente e inequívocamente sobre los indultos y critica a buena parte de los escritos en solicitud de los indultos al advertir en ellos esa intención, la de revisar la propia sentencia, propósito contra el que la Sala, lógicamente, se pronuncia en términos contundentes. Pero incluso si alguno de los solicitantes de indulto ha incurrido en ese error, la concesión del indulto no sería, no puede serlo, una revisión de la sentencia, porque eso está vetado por la legislación vigente: no es el sentido ni el alcance de la institución del indulto. Y de ahí se desprende una importante consecuencia: precisamente porque deben atenerse escrupulosamente a ese marco legal, carece de fundamento sostener, propagar, que los posibles indultos introduzcan por la puerta trasera alguna suerte de impunidad respecto a las actuaciones de los condenados en la STS 459/2019, algo que sería una consecuencia letal para la confianza social en el Derecho y en los tribunales. Estoy absolutamente convencido de que esto es algo que sabe el ministro de Justicia, como experimentado jurista que es, y por tanto también el propio Gobierno.

Pero habrá que convenir en que la apariencia de que la decisión del indulto pudiera suponer una revisión *contraria a la decisión de los tribunales de justicia*, tal y como algunos sostienen (insisto, apoyándose en la literalidad del informe del TS), preocupa y de buena fe, según estoy convencido, a buena parte de los ciudadanos españoles, que no entenderían que se anulase —siquiera fuera parcialmente— una decisión judicial, adoptada con todas las garantías procesales (aunque sea discutible la cuestión de la competencia, esto es, que el caso fuera abocado al Tribunal Supremo). Una sentencia que dejó claro que hubo una actuación contraria a la ley, de carácter delictivo y estableció quiénes incurrieron en responsabilidad penal por haberse saltado las leyes, las decisiones de los tribunales y la propia Constitución —que declararon unilateralmente no vinculante— y así pusieron en serio peligro los fundamentos de *la convivencia y la concordia*, objetivos constitucionales de primer orden. Eso, sin dejar de reconocer que, por parte de los Gobiernos de Madrid, se ha venido actuando durante años con mucha torpeza y, en particular el gobierno Rajoy incurrió en notoria irresponsabilidad con ocasión del intento de referéndum del 1 de octubre de 2017.

Insisto: no creo que la mayoría de los ciudadanos que se oponen al indulto lo hagan por venganza o revancha. Como tampoco creo que el tribunal juzgador, al que se vilipendia un día sí y otro también desde medios independentistas (y desde quienes querían algo así como una pena de por vida a los encausados), actuara movido por eso motivos espúreos de venganza o revancha. Otra cosa, lo reitero, es que en el terreno técnico-jurídico no se pueda discrepar y, desde luego criticar —incluso a fondo— aspectos importantes de su fallo y también del informe. Y asimismo es asunto diferente, desde luego, el hecho difícilmente discutible de que, entre quienes se oponen a conceder los indultos, haya quienes lo sostengan por un afán de «venganza» o de «revancha», algo que no se puede excluir. Pero, a mi juicio, introducir, como hizo el presidente del Gobierno, los términos «venganza» o «revancha», habría requerido mayores

precisiones de las que formuló, para evitar la interpretación (estoy convencido de que ajena a su voluntad) de que alguien pueda pensar que ahora juzga como actos de revancha o venganza las sentencias y decisiones judiciales recaídas sobre los presos independentistas catalanes. Serán más o menos técnicamente correctas y se puede y se debe llegado el caso discrepar y criticar su argumentación. En todo caso, a mi juicio carece de fundamento asegurar que son, como pretende una parte del mundo independentista, actos de persecución contra el independentismo como ideología, actos de venganza o revancha contra sus líderes. No digo nada del disparate de hablar de actos de venganza o persecución a «Cataluña», conforme a la metonimia habitual (que no mera sinécdoque) en el discurso nacionalista fundamentalista de todo signo.

Se haya o no introducido en la opinión pública la tesis de que el indulto sería una contravención de la STS 459/2019, lo cierto es que ni puede ni debe ser así. Este, como cualquier otro indulto, no es una decisión que consista en volver a juzgar a los inculpados para declararlos y borrar su delito. Por eso, no se puede interpretar en modo alguno que en caso de concederse, estos indultos signifiquen sostener ahora que los líderes políticos y ciudadanos que llevan ya más de tres años en prisión (bien que en condiciones notablemente ventajosas respecto a la inmensa mayoría de quienes están encarcelados en nuestro país), fueran inocentes, jurídicamente hablando, admitir que están en prisión de forma totalmente injustificada, por el ejercicio de algo democráticamente elemental como «poner las urnas». Porque el indulto no puede negar, ni mucho menos, que esos líderes, tal y como estableció la sentencia, actuaron unilateralmente y con desprecio de las leyes, de las sentencias y de la Constitución, con tal de conseguir un propósito, el de la independencia de Cataluña que, por otra parte, si no se actúa unilateralmente y por encima de la ley, es perfectamente sostenible y del que no tienen por qué arrepentirse ni abdicar. Al actuar así, cometieron varios delitos (sedición, malversación, desobediencia) en diferente grado, según sentencia firme, aunque aún sometida a lo que pueda decidir el TEDH. Y, con independencia de que sea más que discutible la imputación de un delito como el de sedición, obviamente mal tipificado y desproporcionadamente castigado en el Código Penal y en la sentencia, lo que a muchos de nosotros nos parece fuera de cuestión es lo que también deja claro la sentencia por la que se les condenó: se saltaron el respeto a las leyes y al Estado de Derecho y las consecuencias de todo ello es que pusieron en grave peligro la concordia, la convivencia, en Cataluña y entre Cataluña y el resto de España.

La segunda de las certezas a las que me refería —desde el punto de vista del actual marco legal— tiene que ver con los límites de posibilidad de control de la decisión de indulto por parte del Tribunal Supremo (de su Sala Tercera), una vía abierta, como he recordado, por la STS de 2013 y que permite que el Supremo pueda entender de recursos encaminados a comprobar «si la concreta decisión discrecional de indultar ha guardado coherencia lógica con los hechos que constan en el expediente». Esta cláusula, puede suscitar dudas —y problemas—, en términos de la debida separación de poderes. Creo que, como ha argumentado el profesor Arbós (<<https://www.elperiodico.com/es/opinion/20210529/limites-indulto-presos-independentistas-articulo-xavier-arbos-11771362>>), si bien la mencionada STS de 2013 contempla la posibilidad de un recurso contra el Decreto que publique los indultos, el margen de su competencia a esos efectos es muy reducido, conforme a

la literalidad de la propia sentencia. Por eso, me parece difícilmente discutible la tesis del catedrático de Derecho constitucional de Barcelona: «Podemos esperar que en los futuros indultos haya una mínima justificación del acuerdo. Si se da, el Tribunal Supremo no debería erigirse en guardián de lógica, porque su papel es el de verificar, en caso de recurso, que no existe arbitrariedad porque se manifiesta una justificación, aunque no complazca a los magistrados. Y en ningún caso puede imponer sus criterios acerca de lo que es “utilidad pública” a los del Gobierno. Porque eso entra dentro de las atribuciones de cualquier gobierno, que puede ejercer sus atribuciones con su propia visión de lo que es oportuno y conveniente para el interés de la ciudadanía».

A mi juicio, la mejor justificación posible de los indultos (una condición deseable y aun posiblemente necesaria para resolver un problema social y político prioritario para España, pero —seguramente también— insuficiente), como trataré de argumentar en el segundo apartado de esta reflexión, es la de «utilidad pública». Y, a ese respecto, me parece claro, como señala el profesor Arbós, que el poder judicial no tiene legitimidad para entrar a discutir y corregir un criterio *tan eminentemente político* como ese. Hacerlo sería suplantar la competencia del Ejecutivo y, por tanto, faltaría a la división de poderes. De hecho, en el primero de los fundamentos jurídicos del informe emitido por el Tribunal Supremo el 26 de mayo de 2021 en el que por unanimidad se pronuncia negativamente sobre la concesión del indulto, ni total ni parcial, el alto tribunal afirma: «lo que la ley pide de esta Sala es la elaboración de un informe que tome en consideración el significado jurídico del indulto como forma de extinción de la responsabilidad criminal (cfr. artículo 130.1.4 del Código Penal). Quedarán fuera de consideración, por tanto, aspectos de indudable presencia en el análisis de los hechos enjuiciados *pero que son ajenos a las exigencias de justicia y equidad que delimitan nuestro espacio valorativo* (cfr. artículo 29 de la Ley de Indulto)». La cursiva es mía porque el propio Tribunal no menciona la tercera de las razones a las que cabe atender atener para la concesión del indulto, la «utilidad pública», pues así lo establece el artículo 29 de la ley: «El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad *o utilidad pública*, a juicio del Tribunal sentenciador» (la cursiva es mía). Que el informe del TS se haya abstenido de entrar en las consideraciones de utilidad pública señala obviamente el camino de las limitaciones en la competencia del alto tribunal: no lo ha hecho, porque, aunque el tenor literal del precepto invocado (el artículo 29) sí incluye esta referencia, la Sala es perfectamente consciente de que discutir las razones de utilidad pública que pueda alegar el ejecutivo excede de su competencia.

## PRO CONCORDIA DISCORDS

Por todo lo anterior, creo que cabe argumentar que la mejor vía en la que el Gobierno puede fundamentar la decisión del indulto, en este caso —si, como parece previsible cuando escribo estas líneas, así lo decide— es la de la utilidad pública, no las razones de «justicia», y ni siquiera las de equidad, aunque hay quien puede sostener que esta última puede

sustentarlo, en una interpretación clásica de la noción de equidad, tal y como apareciera originalmente al formular Aristóteles el concepto de *epieikeia* (*Ética a Nicómaco*, V.10.2-7).

Recordaré que Aristóteles define la *epieikeia* como «lo que es justo y a veces mejor que la justicia» porque corrige los déficits que produce la generalidad de la ley, incapaz de adaptarse a las particularidades del caso concreto. Lo ejemplifica con la imagen de la regla de plomo usada por los arquitectos de Lesbos para adaptarse a las anfractuosidades de las rocas: «Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos; la cual, como es sabido, se amolda y se acomoda a la forma de la piedra que mide y no queda rígida; pues de este modo el decreto especial se acomoda a los diversos negocios que se presentan». Aristóteles sigue aquí un argumento básico en su teoría de la virtud y también en su concepción de la sociedad y del orden político, esto es, el predominio de la *prudencia*. Eso le lleva a postular la necesidad de *corrección de la ley*, en aras de aquello que es también el meollo de su concepción de la razón práctica, aplicada al ámbito jurídico, la búsqueda —muchas veces frustrada— de *lo justo concreto*, cuya fuente no se encuentra de modo determinante en el texto legal, sino en la propia experiencia<sup>5</sup>. Ahora bien, no veo fácilmente argumentable que esta apreciación de lo justo concreto sea un acto jurídico, sino más bien un acto que, sin oponerse a la coherencia jurídico-constitucional, encuentra su justificación en consideraciones de oportunidad política y, por tanto, me inclino más bien por el argumento de la utilidad pública.

Si afirmo que el mejor fundamento para estos indultos es la consideración de *utilidad pública* es porque pocos propósitos me parecen tan merecedores de ese título como el de restablecer la convivencia, o, como propondré, la *concordia*, entre catalanes y dar también una oportunidad para un nuevo comienzo de la *concordia* en las relaciones entre Cataluña y el resto de España. Eso es conforme con el propósito inicial que busca la propia Constitución española de 1978, según se asegura en su preámbulo: «Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo». Aprovechar, pues, esta oportunidad de restablecer, de asegurar

<sup>5</sup> Escribe Aristóteles: «Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley; sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es, que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley por esto no es menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque esta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas». El texto de la *Ética a Nicómaco* debe completarse con lo que el mismo Aristóteles sostiene al respecto en la *Retórica*, I, 13-15. Una aproximación interesante a la noción aristotélica de equidad y a su versión en la obra de Ferrajoli (con la que se muestra muy crítico) es la que ofrece Jesús Vega en su bien argumentado artículo «La equidad según Ferrajoli y la equidad según Aristóteles. Una comparación crítica», *Doxa* 36 (2013), pp. 229-273.

la convivencia democrática, a mi juicio, es lo que más importa y coincido con lo señalado a ese respecto por Fernando Vallespín en otra columna de opinión (<<https://elpais.com/opinion/2021-05-30/un-nuevo-comienzo.html>>).

La decisión política de ofrecer un gesto no exigible y sin que haya ninguna contrapartida concreta desde el Govern, ni tampoco seguridad alguna respecto a la reciprocidad por parte del mundo independentista catalán, puede y debe ser interpretada, como se ha propuesto, como muestra de la fortaleza democrática del Gobierno del Estado y ello, a mi juicio, sin desdoro de lo que exige el Derecho. En contra de esta interpretación cabe invocar el muy claro informe contrario del propio tribunal sentenciador —preceptivo, pero insisto, no vinculante—, que no encuentra motivos para justificar el indulto<sup>6</sup>. Pero convendría ser rigurosos en el examen de este informe. Ante todo, como ya he señalado, porque la Sala se abstiene de entrar en consideraciones de utilidad pública. Y si fueran esas las que alegrara el ejecutivo, está cerrada cualquier posibilidad de que pueda prosperar recurso, a mi juicio. Además, porque hay una notable discrepancia técnicojurídica en la doctrina con relación al elemento clave de apreciación de la violencia que estimó el Tribunal (y al que también se acoge el Informe), en el que se basa la calificación del delito de sedición. Cuando, por otra parte, la Sala insiste en su informe en que, desde el punto de vista del Derecho comparado la proporcionalidad de la pena en el delito de sedición no difiere de los tipos delictivos similares contemplados en otros ordenamientos (el francés, el belga el alemán), se omite que la analogía solo es posible si la violencia es constitutiva de esos hechos y no solamente circunstancial, esto es, presente solamente en una de las actuaciones (en el acoso a la Conselleria de Economía que estaba siendo judicialmente inspeccionada). Bien es cierto que, a juicio de quien suscribe —y en ello me remito a las tesis de los especialistas más reputados en sus análisis del delito de sedición y en su adecuación a los hechos juzgados en la STS 459/2019<sup>7</sup>— es absolutamente necesario reformar la tipificación de este delito y el

<sup>6</sup> Insisto en destacar que una parte de los fundamentos jurídicos del informe parece revestida de una muy razonable fundamentación jurídico constitucional: así, en los fundamentos jurídicos 1 y 2, cuando se destaca el error de la mayoría de los solicitantes del indulto al pretender que éste constituya una revisión del fallo emitido en la STS 459/2019, o el error formal de formular una pretensión de indulto en cierto modo colectiva, lo que ignora que los indultos son de carácter estrictamente individual (fundamento 3), o la supuesta vulneración durante el proceso de los derechos fundamentales de los condenados (fundamento jurídico 5), o la precisión de la distinción entre indulto y amnistía (fundamentos jurídicos 3 y 4). Cosa muy distinta es que el informe excluya terminantemente cualquier posibilidad jurídicamente razonable de otorgar los indultos. Y creo que aquí el límite del informe de la Sala es precisamente que no puede entrar ni entra en la consideración de utilidad pública que, por el contrario, y a mi juicio, sí es un fundamento razonable para la concesión.

<sup>7</sup> La revista *Teoría & Derecho* dedicó la sección monográfica de su número 26 (2019) a la STS 459/2019, con artículos de especialistas de Derecho penal procesal y constitucional. Puede verse, además, por ejemplo, VV.AA., «Manifiesto: la banalización de los delitos de rebelión y sedición», en *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, nº 5/2018, pp. 221-223. Del profesor García Rivas se puede leer su artículo «Rebelión (Delito de)», *Eunomía*, nº 18/2020, pp.285-310. También, «Injusta condena por sedición: un delito anacrónico y derogable», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 82-83/2019, pp. 92-99. Asimismo, «Luces y sombras de una sentencia histórica», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, nº 5/2019.

de rebelión en el Código Penal. Si así se hiciera, ello abonaría aún más la tesis favorable a los indultos. Tiempo, ha transcurrido el suficiente para abordar esa tarea. Pero no es óbice para que se emprenda ahora.

La decisión de indultar, pues, constituye una apuesta controvertida, como casi todo en Derecho cuando nos encontramos ante uno de esos supuestos que llamamos casos difíciles. Y es una apuesta arriesgada, además, porque está por demostrar que el sentido de Estado que a mi juicio subyace al criterio de utilidad pública que impulsaría al Gobierno a decretar los indultos, lo tengan los líderes independentistas, que ni creen ni quieren ese Estado. En todo caso, en mi opinión, sí sería exigible que esos líderes políticos y ciudadanos dejaran claro que creen y quieren en la convivencia, en el Estado de Derecho y en las reglas de la democracia, que proscriben cualquier decisión unilateral. Incluso por encima de la independencia. Y eso, a mi juicio, no es lo que sostiene la cúpula dirigente de Junts y tampoco el sector hoy dominante en las CUP. A lo que habría que añadir un sector nada despreciable dentro de ERC. En todo caso, parece evidente que, aunque pueda garantizar cierta estabilidad en la legislatura y ese resultado sin duda influye en la decisión de conceder el indulto, el indulto no puede juzgarse solo como un recorte partidista para conseguir dos años de estabilidad en el Parlamento (algo que tampoco parece un bien despreciable). No lo es porque también puede erosionar —y seriamente— el apoyo electoral al PSOE, incluso desde sus propios votantes. Pero, de cualquier forma, ese es un coste que un gobierno que persiga la utilidad pública debe afrontar, si de verdad quiere ofrecer una oportunidad de corregir lo que a muchos nos parece una desgracia, el abismo que se abriría entre los catalanes y entre muchos de estos y el resto de los españoles, de llevarse a cabo el proyecto secesionista unilateral.

En ese sentido, los indultos me parecen una decisión que puede interpretarse como genuinamente guiada por el propósito que hace posible la paz civil, la convivencia que supera la mera coexistencia. Una solución que trata de superar también aquello que Ortega, en su famoso discurso en la sesión de las Cortes del 13 de mayo de 1932, en la discusión sobre el Estatuto de Cataluña, definió como «conllevancia», para dar cuenta de su firme pesimismo sobre lo que el mismo consideraba «el problema catalán», que —en analogía verdaderamente atrevida— asimila por su extrema dificultad a la cuadratura del círculo y por eso considera que toda invitación a resolver el problema, salvo que sea mera eutrapelia, es una invitación al suicidio: «yo sostengo que el problema catalán, como todos los parejos a él, que han existido y existen en otras naciones, es un problema que no se puede resolver, que sólo se puede conllevar, y al decir esto, conste que significo con ello, no sólo que los demás españoles tenemos que conllevarnos con los catalanes, sino que los catalanes también tienen que conllevarse con los demás españoles»<sup>8</sup>. Creo que no hay tal imposibilidad y lo sostengo porque estoy convencido de la viabilidad que nos ofrece el concepto de *concordia*.

Cabe recordar que la concordia es un valor clave para la convivencia, sobre todo en una sociedad democrática. Pero para ser más precisos, en las sociedades plurales y democráticas,

<sup>8</sup> El discurso de Ortega está disponible en: <<https://fnff.es/memoria-historica/301149210/discurso-de-ortega-y-gasset-sobre-el-estatuto-de-cataluna-12.html>>.

como consecuencia de la pluralidad social e ideológica que les son constitutivas (de donde el valor del pluralismo), tendríamos que atender a esa particular versión de la concordia que es la *concordia discors*. A algunos les parecerá no ya un objetivo difícil, sino incluso un oxímoron. Pero, tal y como lo propuso por primera vez Horacio (*Epistolas*, I, 12, 12), quien evoca las tesis de Empédocles, se trata de un objetivo coherente con una visión del mundo en el que la pluralidad es constitutiva de la realidad y desde ella es desde la que se debe hacer posible la convivencia, la paz social, sin tener que pagar el precio de la homogeneidad<sup>9</sup>. La concordia, en democracia, tiene como punto de partida la pluralidad. Y por eso me parece muy apropiado para definir como tarea de utilidad pública el propósito de restaurar un sentido de *concordia discors*, esto es, de concordia entre los que se sienten, se piensan y son, diversos.

Aplicándolo a lo que nos ocupa, diría que la decisión se orienta en primer lugar a garantizar la *concordia discors* entre los catalanes entre sí, porque no hay tal homogeneidad sustancial del pueblo catalán, como tampoco la hay en ninguna nación si ha evolucionado desde su primera aparición histórica (más o menos próxima a las características de un grupo social cerrado), hacia los elementos que definen una convivencia social en libertad y, por tanto, a su formulación como sociedad abierta, tal y como supieron analizar desde perspectivas muy diferentes Durkheim, Bergson y, en el terreno de la filosofía política, Popper a quien debe relacionarse a este respecto con la mejor tradición del liberalismo democrático, la de J.S.Mill, T.H.Green y Judith Shklar<sup>10</sup>.

*A fortiori*, se trata de garantizar la *concordia discors* entre catalanes, vascos, gallegos, andaluces, canarios... como españoles. Difícilmente alguien puede negarle a ese objetivo, que no hemos conseguido garantizar de modo suficientemente estable tras el último gran intento, el más exitoso en términos de duración, el del pacto constituyente de 1978, el calificativo de utilidad pública.

Por todo ello, creo que es acertada la decisión del presidente del Gobierno de aprobar un indulto que, debido las exigencias técnicas derivadas del informe unánime del Tribunal Supremo, ha de ser necesariamente parcial. Y con la misma convicción creo que es necesario que el Gobierno —y con él, todos cuantos compartan este propósito de hacer viable aquí y ahora la *concordia discors*— ponga de su parte todo el esfuerzo posible y un poco más en el ejercicio de la claridad y de la pedagogía social para explicar esas buenas razones que amparan esta decisión.

<sup>9</sup> El propio Aristóteles (*Metafísica*. I, 4, 984b) atribuye este propósito al discípulo de Pitágoras, aunque el concepto, como he tenido oportunidad de señalar reiteradamente en el contexto de las discusiones sobre la gestión democrática de la diversidad social y cultural, de acuerdo con la conocida interpretación de Cassirer, obviamente se remonta a Heraclito, en la disyuntiva que el gran filósofo alemán sostiene que marca la tradición occidental, la que opondría los modelos de Parménides y del propio Heráclito.

<sup>10</sup> Creo que nadie entre nosotros ha explicado mejor esa tradición del liberalismo democrático que la profesora Alicia García Ruiz, en diferentes ensayos. Para muestra, su reciente artículo en El País, «La libertad de todos». Disponible en: <<https://elpais.com/opinion/2021-03-26/la-libertad-de-todos.html>>.





# VARIA

*Nosotros que quisimos tanto a Atticus Finch. De las raíces del supremacismo, al Black Lives Matter, de Javier de Lucas*  
*Cristina García Pascual*



# NOSOTROS QUE QUISIMOS TANTO A ATTICUS FINCH. DE LAS RAÍCES DEL SUPREMACISMO, AL BLACK LIVES MATTER, DE JAVIER DE LUCAS

Cristina García Pascual

Catedrática de Filosofía del Derecho  
Universitat de València

El último libro de Javier de Lucas, *Nosotros que quisimos tanto a Atticus Finch. De las raíces del supremacismo, al Black Lives Matter*, fue publicado en las últimas semanas de 2020, un año cargado de acontecimientos, la mayoría de los cuales todavía hoy no pueden darse por concluidos.

Fue el año del inicio la pandemia, pero no el de su final, y también el de los últimos coletazos de la presidencia de Donald Trump, ese presidente aferrado al poder, fiel a sus desinhibidos mensajes racistas, machistas y xenófobos, desafiado por movimientos sociales como Me Too o Black Lives Matter, ridiculizado por la prensa mas seria, acosado por múltiples procesos judiciales, asediado por su propia ruina económica y, sin embargo, apoyado por millones de americanos.

Las imágenes del Capitolio tomado por sus secuaces condensaron todas esas contradicciones, que, ciertamente, trascienden la personalidad del expresidente Trump y nos hablan de los pies de barro del país mas poderoso del mundo y de las debilidades de todos aquellos sistemas políticos y culturales que forman parte de lo que podría llamarse el área de influencia del Imperio.

Uno de los demonios liberados por el discurso de Donald Trump fue, sin duda, el del racismo, un mal que en la sociedad americana se remonta a sus propios orígenes y que nunca ha dejado de estar presente a lo largo de su historia. Sobre la pervivencia del racismo y los desafíos que plantea a una democracia como la americana, que se ha presentado a sí misma como modelo para el mundo, reflexiona Javier de Lucas en su último libro tomando como hilo conductor las vicisitudes de Atticus Finch, el conocido personaje literario y cinematográfico.

El lector del ensayo aquí comentado seguramente conocerá a Finch a través de la lectura de la novela de Nelle Harper Lee *Matar a un ruiseñor* (*To Kill a Mockingbird*), publicada en 1960, o tal vez a través de la interpretación que de él hizo Gregory Peck en la película de título homónimo dirigida por Robert Mulligan en 1962. Atticus Finch, uno de los personajes más queridos de la literatura americana, encarna la figura del abogado honesto que, en el contexto de la Gran Depresión, asume la defensa de Tom Morrison, afroamericano acusado falsamente de haber violado a una joven en la ciudad imaginaria de Maycomb. Finch es un ejemplo de integridad personal y profesional, representa al héroe solitario que es capaz de luchar por la verdad y la justicia en el marco de una sociedad prejuiciada, la norteamericana, que ha condenado al imputado solo por el color de su piel mucho antes de que se celebre el juicio por el delito que no ha cometido. La rectitud y la honradez del personaje construido por Nelle Harper Lee ha inspirado a sucesivas generaciones de estudiantes de Derecho, hasta el punto de que ha solido decirse que la lectura de *Matar a un ruiseñor* es suficiente para despertar en cualquier joven la vocación del jurista.

Pero Atticus Finch, como todo, envejece; la segunda novela de Harper Lee, *Ve y pon un centinela* (*Go Set a Watchman*), publicada en 2015, más de cincuenta años después de que apareciera *Matar a un ruiseñor*, en una extraña y turbia operación editorial urdida cuando la autora no estaba ya en pleno uso de sus facultades mentales, plasma la senescencia y la transformación del temperamento de nuestro viejo héroe. En esta segunda novela nos encontramos de nuevo en Maycomb, pero ahora en los años cincuenta del siglo XX, es decir, en el contexto de las luchas por los derechos civiles. La atmósfera racista que se respira en el sur no ha cambiado sustancialmente, pero la población negra ha tomado plena conciencia de la injusticia que ha sufrido. La personalidad de Atticus Finch ya no ilumina el arduo camino hacia la justicia con la integridad que mostraba en las páginas de *Matar a un ruiseñor*. Para sorpresa de muchos lectores, el personaje ha cambiado con la edad: ha envejecido mal, ya no aparece ante el lector como el hombre insobornable y aureolado de virtudes, ya no es ni siquiera tan apuesto. Tal vez nunca fue como lo habíamos imaginado.

Y es aquí donde la literatura y el cine despliegan todo su poder porque, aunque somos conscientes de que todo es ficción, nos sentimos traicionados. En efecto, sabemos que es ficción, pero en algún momento llegamos a pensar que Atticus había vivido en nuestro mundo, que había pisado nuestra tierra y que era uno de los nuestros; por ello, el descubrimiento de su nuevo rostro fue para muchos lectores un terrible desengaño. La lectura del segundo libro publicado de Harper Lee nos hace sentir como cuando leemos esas biografías que revelan que el pintor o el músico al que amamos era un genio, sí, pero también un avaro o un miserable con sus seres más cercanos.

Apoyándose en los dos perfiles del personaje —el Atticus Finch ejemplar y el Atticus Finch racista— o, dicho de otro modo, en nuestra admiración y nuestro desengaño, Javier de Lucas ha escrito un ensayo prodigioso en el que el lector encontrará un ejercicio minucioso de interpretación literaria y cinematográfica y, a la vez, una reivindicación del Derecho entendido como instrumento de lucha a favor de los más débiles y del abogado concebido como el operador que escucha la historia del otro y defiende su dignidad. La labor del jurista y la razón del ser del Derecho pueden ser explicadas, nos dice el autor, en términos de lucha contra toda forma de discriminación y de violencia. Estamos, pues, ante un destilado de la personal concepción del Derecho del profesor de Lucas aquilatada a lo largo el tiempo y puesta aquí mediante un juego sustentado en el entretejimiento de imágenes y episodios de una novela célebre (y de sus vicisitudes editoriales) que no hace falta haber leído para disfrutar y aprender de ella a través de las páginas de su ensayo.

El libro está estructurado en dos partes. En la primera observamos maravillados la transformación de nuestro tan querido Atticus Finch de icono de la lucha por los derechos a representante de los primeros colonos, un demócrata jeffersoniano que sospecha del poder federal y considera a los negros menores de edad, necesitados de tutela, en el mejor de los casos. En la segunda parte, el autor recorre la historia de los movimientos contra la discriminación, engranándola con las implicaciones de la emergencia del movimiento Black Lives Matter y del rol que esta organización ha jugado en el último tramo de la presidencia de Trump.

Guiados por los precisos comentarios de Javier de Lucas, en los primeros capítulos partimos de los deslumbrantes principios de justicia enunciados por Finch en *Matar a un ruiseñor*: la necesidad de ponerse en el lugar del otro («[...] nunca entenderás realmente a una persona —le dice Finch a su hija— hasta que no consideres las cosas desde su punto de vista, hasta que te metas en su piel y camines con ella»); la llamada a seguir la propia conciencia porque «[...] lo único que no se rige por la regla de la mayoría es la conciencia de una persona»; o la sencilla representación del abogado como la voz de los quienes no tienen voz. Principios ideales anclados, sin embargo, en el realismo de quien entiende bien los límites de lo jurídico y que certeramente nos indica que «[...] en los tribunales no se hace justicia, sino que se dicta Derecho». Con la luz que proyectan estas simples ideas nos enfrentamos a la otra cara de Atticus Finch, el de *Vé y pon un centinela*, que nos obliga a mirar de frente a las raíces del supremacismo, a eso que Hannah Arendt denominara el delito original de los Estados Unidos, es decir, la exclusión de la población negra desde el mismo momento en el que nació la República. Javier de Lucas indaga en este acontecimiento fundante y en sus terribles implicaciones, que constituyen una clave esencial para entender el momento presente, la deriva de la política norteamericana y sus consecuencias en el mundo. Sus reflexiones nos ayudan comprender que la transformación de Finch no es simplemente la caída de un mito individual que se descubre finalmente como un ser humano cargado de contradicciones, sino que nos encontramos ante el desvelamiento de un problema enquistado en las raíces mas profundas de la organización social persistente a través de los siglos.

Así, en la segunda parte, los avatares del personaje de Atticus Finch adquieren transcendencia histórica se confunden y se entrelazan en el relato de Javier de Lucas con la historia de los movimientos que han reivindicado el fin de la discriminación y los enormes obstáculos que estos movimientos han debido enfrentar. El autor traza un hilo argumental que nos lleva desde la ficción cinematográfica y literaria a algunos hitos de la historia de la lucha contra la discriminación. Lugar preferente tiene en esta reconstrucción la figura de Martin Luther King y su famoso discurso «I have a Dream», en el que el líder negro expresó ante miles de personas la decepción de los afrodescendientes por el incumplimiento de la promesa de libertad e igualdad contenida en la Constitución de EE. UU. Luther King recurrió a lo que Javier de Lucas califica de «metáfora grandiosa» cuando afirmó que había llegado el momento de cobrar el cheque impagado extendido por los padres constituyentes a *todos* los habitantes del nuevo mundo.

Y, sin embargo, el cheque sigue impagado para los afrodescendientes, y ciertamente también para los indígenas, para la población latina... Los hechos narrados por Nelle Harper Lee y la reivindicación de igualdad de King no nos parecieron demasiado lejanos cuando desde nuestras casas seguimos con interés las últimas convulsiones sociales en EE. UU. Es cierto que King murió hace más de cincuenta años, pero su mensaje y su legado siguen causando incomodidad y mantienen incólume su fuerza revolucionaria en una sociedad que se resiste hacer efectivo el cheque constitucional. Tanto es así, dirá Javier de Lucas en lo que constituye, sin duda, un hallazgo exegético, que podríamos hablar de los tres entierros del Martin Luther King o de los sucesivos intentos de sepultar su legado porque al entierro real le seguirán al menos dos sepelios figurados: el primero, la constatación de que, tras la victoria de Obama, la violencia policial contra la población negra siguió siendo una realidad que no desapareció simplemente con la elección de un presidente negro; el segundo, la victoria de Donald Trump en 2016 y su discurso profundamente racista.

Las referencias literarias y cinematográficas, las ricas citas a pie de página y los valiosas y originales interpretaciones se suceden a lo largo de este ensayo para ilustrar las raíces de unas desigualdades tan profundas y tan difíciles de erradicar que el autor llega a preguntarse si no estaremos ante un sistema de castas, si la tríada racismo-supremacismo-segregacionismo no es más que la expresión de la estructura sobre la que se asienta la democracia americana. Una condensación de esta hipótesis de exclusión sistémica de la población afrodescendiente se expresa bien en la cuasi institucionalización de la conversación («The Talk») que, como nos explica Javier De Lucas, todos los padres afroamericanos mantienen con sus hijos al llegar a la adolescencia, ese momento en que deben explicarles cómo actuar en presencia de la policía ante una posible detención o ante la más simple y aparentemente inocua señal de alto en la carretera. La práctica repetida de esta conversación nos habla del miedo, de la necesaria pérdida de la inocencia de quien alguna vez creyó ingenuamente que las fuerzas de seguridad de su ciudad no eran una amenaza, sino que estaban ahí para protegerle.

Javier de Lucas también dedica relevantes comentarios a explicar que el experimento democrático norteamericano está inextricablemente vinculado a la historia de la esclavitud. La ruptura de este nexo exige el pago del cheque que, como si de una bandera se tratara, enarbolaban en sus manos todos aquellos que se manifestaron en el movimiento Black Li-

ves Matter. En cierto modo, el autor se muestra optimista y considera que Donald Trump puso a la sociedad norteamericana ante un punto de no retorno en el contexto de una batalla por el alma de la nación —como rezaba el lema de la campaña de Joe Biden— que no puede eternizarse.

El profesor De Lucas consigue, en fin, transformar el desengaño de muchísimos lectores ante la deriva del Atticus Finch en una lección de vida. Nadie quiere enfrentarse al padre, nadie quiere que los seres que admira tengan defectos, resulta insoportable pensar que el Atticus al que habíamos amado pueda ser un racista. Hay aquí una especie de negacionismo que se expresa a nivel individual en nuestra decepción personal, pero también, como bien muestra el profesor De Lucas, a nivel colectivo en todos aquellos que relativizan el racismo, que le restan importancia o que no han querido ver la trascendencia real que tenían las obscenidades de Trump. Y sin embargo, mirarnos a nosotros mismos y ser capaces de identificar en nuestras conductas y en nuestra sociedad las raíces y las manifestaciones, por pequeñas que sean, de esa infame desigualdad resulta del todo vital.



# NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>



## I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en  $n$  partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta  $n$ ; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta  $n$ , y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2...).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

## II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i)* la idoneidad temática; *ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii)* la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv)* la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

### III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es). Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: [teoriayderecho.tirant.com](http://teoriayderecho.tirant.com).

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

### IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, <sup>2</sup>2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

- Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula sólo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

- Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

- Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antilambda y con punto después de la antilambda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Consulta: 12/06/2014.]

## V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

## VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios) Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho

[http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5\\_index&sort=DESC&related=T&country=es](http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es)

ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.

CARHUS PLUS : valorada como A

RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).

Incluida en revistas jurídicas interdisciplinarias. La mejor valorada por los expertos

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

CIRC: Calificada como B

## I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to maintain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in  $n$  sections, from 1 to  $n$ ; each subsection can also be divided from 1 to  $n$ , and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2...).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

## II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropriate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writting-style corrections, if necessary.

### III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es)

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the title, the abstract and the keywords must be include in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: [teoriayderecho.tirant.com](http://teoriayderecho.tirant.com)

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

### IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, <sup>2</sup>2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferable to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compiler..., preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availability, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Date of reference: 12/06/2014.]

## V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

## VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the quality criteria established by the “Comité 9 CNEAI” (six-year terms) Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals  
[http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5\\_index&sort=DESC&related=T&country=es](http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es)

ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal *Teoría & Derecho* has been indexed in February 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.

CARHUS PLUS : Position A

RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)

<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.

ISOC: Abstracts in Law

CIRC: Position B





# NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

<http://teoriayderecho.tirant.com>



## NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

*Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico* es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los principios que siguen.

## OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

## OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la

incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

## OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

## CORRECCIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los editores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es). Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractación o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

## ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

*Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico* is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsibilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

## ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit originals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develop the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

## ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the reviewers to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

## ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

## CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the opportunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication from the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es). The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).



Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.\*



**[www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)**

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Herramientas Salariales
- \* Calculadoras de tasas y pensiones
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Foros y Consultoría
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Biblioteca GPS
- \* Ayudas y subvenciones
- \* Novedades

\* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

 96 369 41 51

 [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)