

DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA

Miguel Bajo Fernández

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. SI ES PUNIBLE EL SUICIDIO.—II. SI EL CONSENTIMIENTO A MORIR EXCLUYE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEMÁS.—III. SI LA DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA ES DERECHO CONSTITUCIONAL.—IV. SI EXISTE UN DERECHO A MORIR.—V. SI EXISTE UN DERECHO A RECHAZAR MEDIDAS SALVADORAS.

Se debate en el seno de la sociedad si cada uno tiene derecho a hacer de su vida lo que le plazca, incluso quitársela. Algunos lo entronizan en el terreno religioso y hacen depender la respuesta de que la vida pertenezca, o no, a Dios. Otros, los más, secularizan la cuestión y requieren a los juristas una respuesta más cercana.

Paralelamente, en el ámbito de la Teoría del Derecho se polemiza sobre la disponibilidad de la propia vida, cuestión tan polimorfa que sólo se puede afrontar si se la desglosa en el siguiente cuestionario. En primer lugar, si es punible o antijurídico el suicidio. En segundo lugar, si el consentimiento excluye la responsabilidad penal del partícipe en la muerte. En tercer lugar, si entre los llamados «derechos humanos» existe algo parecido al de disponer de la propia vida que provocaría la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Penal. En cuarto lugar, si se tiene un derecho a morir. Por último, si, al menos, se tiene derecho a rechazar la medida terapéutica salvadora.

A continuación, resuelvo la cuestión de la disponibilidad de la vida, por la vía de dar respuesta a los cinco interrogantes anteriores. Será el lector quien concluya si, en función de esas cinco opiniones, existe o no un derecho a disponer sobre la propia vida. Adelanto que, de las consideraciones que siguen, concluyo, en primer lugar, que desde la óptica del Ordenamiento jurídico, cada uno puede hacer de su vida lo que quiera, el Derecho le concede la libertad de hacer. Pero, en segundo lugar, no puede exigir de los demás el cumplimiento de una pretendida obligación de colaborar en su muerte. Finalmente y en tercer lugar, puede rechazar el tratamiento médico o medida salvadora.

En mi postura ante el problema ha influido el pensamiento del home-najeado, mi maestro. Conocí al Prof. RODRÍGUEZ MOURULLO muy joven, recién acabada mi licenciatura, y recuerdo que entre las lecturas que me iba aconsejando fue determinante de mi postura ante el Derecho y ante la vida, el libro de LOPE DE OÑATE, *La certeza del Derecho*. Los principios del Derecho penal liberal, la preocupación por un derecho garantista y el respeto a la libertad ajena, fueron el norte de mi investigación jurídica. Mi acti-

tud ante el *derecho a la vida* tiene mucho que ver con sus enseñanzas como maestro.

I. Si es punible el suicidio

Puede sostenerse que en la civilización actual el suicidio ha dejado de constituir delito (en Inglaterra, último de los países que mantenía el castigo del suicida, desaparece con la Suicide Act de 1961. Dice Thomas SZASZ que de 1946 a 1955 fueron llevadas a juicio 5.000 personas y todas, salvo 250, fueron condenadas a prisión o multa (p. 46). Según AL ÁLVAREZ, todavía en 1969 un tribunal de la isla de Man ordenó que se azotara a un adolescente por intento de suicidio. Y el mismo autor, poeta y ensayista de prestigio que tuvo un intento de suicidio en la juventud, cuenta la reacción que se produjo todavía en 1961 en el hospital. Mientras se recuperaba de su intento de suicidio con barbitúricos, se presentó la policía «ya que en esa época el suicidio seguía siendo delito... y empezaron a hacerme preguntas que a todas luces no querían que contestara. Cuando intenté explicar me callaron educadamente. —Fue un accidente ¿no, señor? Convine tenuemente. Se marcharon» (p. 63: MUÑOZ CONDE señala que perdura todavía en Bolivia y algunos Estados de Norteamérica).

Puede hacerse un mapa evolutivo de la actitud del ser humano ante el suicidio que pasa por la indiferencia de la Biblia y la cultura greco-romana, la condena religiosa (San Agustín) y kantiana («si la libertad es esencial para la vida, no puede ser empleada para abolir la vida»: KANT) para acabar siendo objeto de estudio científico desde DURKHEIM y FREUD.

La Biblia es bastante indiferente frente a los comportamientos suicidas que, de otro lado, siempre son justificados cuando se realizan por motivos religiosos. Saúl se mata con la espada después de la derrota con los filisteos. Sansón se suicida para matar a sus enemigos. «En la Biblia no hay apología ni condena al suicidio» (RAMON ANDRÉS p. 74). «No se entraba en juicios de valor si alguien se daba muerte por cuestiones de honor, de fidelidad religiosa, acto natural llevado a cabo por quien evitaba caer en manos enemigas, por quien padecía hambre, por el enfermo, por el desesperado, el ofendido, el solitario». En la Biblia «el suicidio en interés divino está moralmente justificado. El suicidio de Judas pertenece a esta categoría». «Es de notar que esta clase de suicidio (s.c. los descritos en la Biblia) tuvieron un fuerte arraigo desde la Antigüedad, y todavía hoy siguen produciéndose con especial intensidad en las tierras de Oriente próximo. Los palestinos, los israelitas, los ataques suicidas perpetrados contra “templos” de Occidente, responden a una herencia de más de tres milenios» (p. 72). En esta línea AL ÁLVAREZ señala que cuando en el Antiguo Testamento se relatan los suicidios de Sansón, Saúl, Abimelech y Achitofel, ninguno merece comentario adverso. Incluso el suicidio de Judas Iscariote se entiende sólo como medida de su arrepentimiento. Y Tertuliano entiende la muerte de Jesús como una especie de suicidio.

En la cultura greco-romana la actitud ante el suicidio era similar. Aunque era culpabilizado, la literatura griega no ofrece comentarios al suicidio de Yocasta, madre de Edipo, al creer que su hijo Teseo ha muerto a manos del minotauro, o los de Egeo, Erigone, Leucaca, Codro, Licurgo o Demóstenes. Había división de opiniones entre los filósofos porque mientras los pitagóricos la rechazaban tajantemente como más tarde los cristianos (el propio SÓCRATES en *Fedón* hace una suave crítica), los estoicos lo consideraban elección racional (Zenón, el fundador, se ahorca y también muere Cleanto). La posición de los estoicos continúa en Roma con Séneca a la cabeza y los mártires cristianos. «Así como asimilaron las fiestas religiosas, los cristianos primitivos adoptaron la actitud romana hacia la muerte y el suicidio» alimentada por la idea de que estamos en un valle de lágrimas. En la Roma pagana el suicidio era natural, incluso honorable (Séneca, Lucrecia, Terencio, Aristarco, Petronio, Aníbal, Bruto, Casio, Marco Antonio, Cleopatra, Nerón...). El suicidio no ofendía la moral ni a la religión, y el Derecho lo tomaba en cuenta únicamente si producía un daño. Por ejemplo, el suicidio del esclavo atentaba contra la propiedad del amo y la del soldado equivalía a desertión. Incluso en el Digesto se excluía el castigo del suicida si el hecho tenía origen en la impaciencia ante el dolor o miedo a la deshonra, etc.

En los siglos IV y V, y hasta el Renacimiento, la situación se invierte y SAN AGUSTÍN, que no se basó en la Biblia sino en los diálogos platónicos (*Fedón*), condena severamente el suicidio con el argumento de que la vida es de Dios. Se llegó a decir que, en el episodio evangélico de Judas, era más reprobable el suicidio que la traición a Cristo. Los Concilios de Orleáns (533), Braga (562) y Toledo (693) negaron los ritos funerarios y castigaron con la excomunión el suicidio. «El horror al suicidio es un fenómeno propia y exclusivamente cristiano» (RAMÓN ANDRÉS p. 74).

Con el Renacimiento se dulcifica la posición ante el suicidio que, de ser pecado mortal como en toda la Edad Media, pasa a ser tratado como una especie de eutanasia voluntaria, como ocurre con Tomás Moro en la Utopía. AL ÁLVAREZ ha contado en ocho obras de SHAKESPEARE, catorce suicidas (Ofelia, Romeo, Otelo...).

A finales del siglo XIX el suicidio, como tantos otros acontecimientos, se convierte en objeto de atención para la ciencia. Fue para ello determinante la publicación por parte de Emile DURKHEIM en 1897 de *El suicidio. Un estudio sociológico*, en la que estudia el suicidio con el método y la objetividad que es propia de las ciencias naturalísticas eliminando la exclusividad filosófica y ética que tenía hasta entonces. El mérito de DURKHEIM no estriba en haber distinguido entre suicidio egoísta, altruista y anómico, sino en que el suicidio pasa de ser un acto moralmente reprochable a ser un hecho social, como la tasa de nacimientos o la productividad. Sus causas podían objetivarse en leyes discernibles, discutirse y analizarse racionalmente. Este determinismo social del suicidio se mantiene hasta que en 1910 la Sociedad psicoanalítica de Viena celebra un Simposium sobre el suicidio que imputa

el suicidio a situaciones personales o pasiones de inferioridad, venganza o agresión social o a la melancolía como enfermedad del superyo (FREUD, ADLER, STEKEL). Con estos mimbres hay que explicar por qué se producen epidemias de suicidios (Plutarco cuenta el caso de las doncellas de Mileto que se entregaron masivamente a ahorcarse hasta que se decidió agraviar el cadáver del suicida paseándolo por la ciudad, o los soldados hospitalizados en *Los inválidos* en 1772, o los miles de campesinos rusos en el siglo XVII convencidos de que llegaba el Anticristo o los que se lanzaban del Puente de los Suicidas en Chicago o los japoneses que se tiraban al fondo del cráter del Narra-Yama) o revelar si el suicidio del padre de Hemingway tuvo que ver con el suicido de éste, o si la orfandad infantil empujó al suicidio a MAIAKOWSKI, PAVESE o PLATH.

La cuestión de si el Derecho debe castigar al suicida deja de polemizarse desde el punto de vista político-criminal por la evidente razón de que una posible pena a aplicar al superviviente carecería de eficacia preventiva, desde el momento en que aquel a quien va dirigida la amenaza de sanción penal no puede ser objeto de intimidación cuando toma la decisión de privarse del bien más apreciado: la vida.

Pero tiene importancia la cuestión similar de si el suicidio es o no lícito. De considerarlo ilícito o antijurídico se explica mal su impunidad, la agresión tendente a evitarlo contra la voluntad del sujeto sería justa y no se acomoda con las modernas tendencias de mayor respeto a la autonomía de la voluntad, disponibilidad de la propia vida, derecho a morir e impunidad de la eutanasia. Pero de entenderlo lícito o conforme a derecho no se explica el delito de inducción o cooperación a un acto lícito, no puede razonarse por qué no es asegurable (los creyentes no entenderían por qué se le niega el enterramiento en lugar sagrado) e impedirlo con violencia sería delito de coacciones del artículo 172 del Código Penal.

No debe ser argumento determinante de la antijuridicidad del suicidio el hecho de que, en caso contrario, sería punible por coacciones a quien, con violencia, tratara de impedirlo por razones de humanidad. Esta cuestión queda zanjada por la Doctrina que niega el delito de coacciones sin necesidad de acudir a la contrariedad a Derecho del suicidio. Aplicando, por ejemplo, el estado de necesidad (MUÑOZ CONDE, RODRÍGUEZ DEVESA, QUINTANO RIPOLLÉS) por cuanto se atenta contra la libertad del sujeto como bien de menor entidad que la vida que se trata de proteger. También se ha invocado la eximente de cumplimiento del deber de solidaridad derivado del artículo 195 (RODRÍGUEZ MOURULLO) a quien con violencia evita un suicidio de quien aparecería como persona desamparada y en peligro. Otro sector doctrinal prefiere invocar la atipicidad del comportamiento coactivo por cuanto la impunidad del suicidio se debe exclusivamente a razones empíricas, lo que es compatible con la contrariedad a Derecho del comportamiento suicida (TORIO).

Me sumo a aquella tesis que considera inadecuada la pregunta por estar mal formulada. La cuestión de si el suicidio es lícito o ilícito no tiene res-

puesta como no la tienen muchos otros interrogantes por las repetidas situaciones antinómicas que se producen en el Ordenamiento jurídico y que requieren la transformación de la cuestión atendiendo al tópico y eludiendo la respuesta a una pregunta que no tiene solución. En resumen, la pregunta no tiene respuesta porque está mal formulada.

Lo ha visto con claridad el Tribunal Constitucional que no se cuestiona la licitud o no del suicidio, rehuendo el interrogante y acudiendo a la doctrina del *agere licere* o libertad de hacer generada al amparo de la necesidad de respetar la voluntad ajena. El problema del delito de coacciones debe resolverse por las vías que la doctrina ofrece. (Sobre las distintas posiciones doctrinales sobre la antijuridicidad del suicidio, DÍEZ RIPOLLÉS). La libertad de hacer significa que el sujeto tiene un margen de libre actuación, limitado por el respeto a los derechos de los demás. Dentro de ese espacio puede hacer o deshacer en lo referente a bienes de su titularidad y cuyo ejercicio no lesione intereses de terceros.

II. Si el consentimiento a morir excluye la responsabilidad de los demás

Conforme al Derecho positivo, la respuesta a esta pregunta es ambigua. Sí y no. En unos casos sí y en otros no. La virtud del artículo 143 al castigar determinadas conductas de participación en el suicidio, es que podemos excluir del ámbito de lo punible cualquier otra forma de participación en la muerte consentida. Es decir, el consentimiento a morir excluye la responsabilidad de algunos pero no la responsabilidad de determinados partícipes. Los casos de participación en el suicidio de otro que no se encuentren incluidos en el artículo 143, son impunes. Así ocurre con la participación omisiva y la no necesaria.

El castigo de ciertas formas de participación en el suicidio, entonces, conduce a la pregunta sobre su legitimación. Es lo cierto que no hay unanimidad de tratamiento en el Derecho comparado porque, mientras Suiza (art. 115 CP), Austria (parágrafo 78 CP) e Italia (arts. 579, 580 CP) y nuestro país castigan expresamente distintas formas de participación en el suicidio, Francia, Suecia o Finlandia no lo hacen de modo explícito u otros países, como Alemania, se refieren sólo a algunas formas de participación.

Se dice, en contra del castigo de la participación en el suicidio, que de un lado resulta grotesco castigar al partícipe mientras se deja impune al suicida, y de otro lado, las formas de inducción y auxilio al suicidio no suelen tener eficacia y difícilmente pueden probarse. Esta tesis olvida, sin embargo, que tanto si se entiende el suicidio como síntoma de una enfermedad (AL ÁLVAREZ, poeta y ensayista que tuvo un grave intento de suicidio en su juventud, amigo de la poetisa suicida Silvyia PLATH, se lamenta de esta opinión: «hoy los sociólogos y psicólogos que lo tratan como una enfermedad me desconciertan tanto como los católicos y musulmanes que lo ponen

entre los pecados más mortales» (p. 285), o como acto pleno de sentido ligado a la desesperanza (una cruda frase de AL ÁLVAREZ es enormemente expresiva a este respecto: «el suicidio es un mundo cerrado de una lógica propia e irresistible», p. 133), es siempre producto de un aprendizaje, y las instigaciones al suicidio pueden constituir un factor que acentúe el proceso.

Ciertamente, advierte TORÍO que la instigación al suicidio de una persona totalmente sana carece de virtualidad, porque presenta las características de los procesos causales atípicos en los que la acción no puede introducir ningún peligro real de que el resultado sobrevenga. Pero se olvida con ello que el suicidio se produce como aprendizaje «defectuoso» en una situación psicológica «defectuosa», en cuyo caso es evidente que el auxilio o la inducción profundizan el riesgo de consumación de la tendencia suicida o, dicho de otro modo, son comportamientos cuyo riesgo se realiza o concreta en el resultado suicida.

Podrá discutirse desde el punto de vista político-criminal el alcance de la norma que imponga una pena a la participación en el suicidio, pero como principio general no carece de sentido el castigo de la misma. Y, como apunta SILVA CASTAÑO, «el Estado, en virtud de la garantía constitucional que se otorga a la vida, está obligado a protegerla con independencia de la voluntad de vivir o morir que tenga el ser vivo».

El artículo 143 del Código Penal castiga tres conductas, la *inducción al suicidio*, la *cooperación necesaria al suicidio* y la *cooperación ejecutiva* u homicidio-suicidio, añadiendo un supuesto de estado de necesidad incompleto en caso de *muerte eutanásica*.

De una parte, el Código actual es continuista en el sentido de que excluye la eficacia eximente del consentimiento en algunos casos porque castiga expresamente, aunque con pena inferior a la del homicidio, la inducción y la cooperación a la muerte del suicida.

De otra parte, sin embargo, es profundamente innovador en cuanto que: 1) impone a estas conductas un tratamiento relativo menos severo que en el Código anterior, 2) declara la impunidad de la cooperación o auxilio no necesario al suicidio, 3) despenaliza la participación omisiva en la muerte del suicida, según doctrina mayoritaria y 4) regula expresamente la muerte producida en un contexto eutanásico (art. 143.4).

Podemos decir, con ello, que nuestro Código Penal es sensible a la problemática que la eutanasia plantea en nuestro entorno cultural. De modo que si la ejecución de la muerte del suicida (art. 143.3) se castiga con pena inferior al homicidio, cuando el que manifiesta su voluntad de morir lo hace en los términos del artículo 143.4 (contexto eutanásico), se produce una nueva atenuación para el que ejecuta su muerte. El consentimiento de la víctima no excluye la responsabilidad de quien causa su muerte, pero es eficaz en cuanto que determina una pena inferior a la del homicidio que desciende aún más si el consentimiento se produce en un contexto eutanásico.

La jurisprudencia dictada —vigente el anterior CP de 1973— consideró punibles los casos de omisión: STS de 23 de junio de 1916: asistir impasible al hecho de escribir el suicida una carta de despedida y al hecho del disparo; 8 de julio de 1985: no avisar al médico pese a presenciar el envenenamiento; 8 de noviembre de 1961: falta de solicitud de asistencia médica por parte del marido. A mi entender, en el texto actual hay razones gramaticales suficientes para excluir la omisión, lo que facilita el tratamiento de la eutanasia conforme a las exigencias de la moderna Bioética. En el sentido contrario discurren quienes consideran una rareza llegar a conclusiones distintas a las que llega la doctrina alemana al uso.

Pues bien, la regulación del precepto entiendo, con las salvedades que haré a su N. 4, correcta porque responde a la idea político-criminal de que la muerte debe evitarse, aun de quien consienta. Por consiguiente, después de ser respetuoso con la libertad de voluntad del sujeto excluyendo el castigo del suicida, el Código declara punibles determinados comportamientos creadores de riesgo que se realiza en el resultado. En lo relativo al contexto eutanásico, debe seguirse la tendencia de la sustitución del actual estado de necesidad atenuatorio por el exculpatorio, en los casos y con las garantías que procedan.

III. Si la disponibilidad de la propia vida es derecho constitucional

La vida humana independiente es objeto de protección en todos los delitos de homicidio, aun cuando su titular haya renunciado a su protección. El consentimiento no excluye la responsabilidad con carácter general, sino que simplemente la atenúa, continuando el suicida como víctima como expresamente le denomina el artículo 143 del Código Penal.

La protección de la vida encuentra su fundamento en el artículo 15 de la Constitución, en el bien entendido de que la protección de la vida no tiene carácter absoluto como lo acreditan las eximentes de legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento de un deber. Este relativismo se aprecia también en el hecho de que la vida es distinta o tiene diversa protección según sea independiente o no de la vida de la madre (delito de aborto) y también difiere si media o no consentimiento de la víctima como estamos comprobando comparando los artículos 138 y 139 de un lado con el artículo 143, todos del Código Penal, del otro. Esta diversidad no sólo respeta el artículo 15 de la Constitución (RODRÍGUEZ MOURULLO) sino que también acata el principio de santidad de la vida. La necesidad de restar rigidez al principio de la protección de la vida como realidad biológico-naturalística, obliga a introducir algún elemento valorativo en la interpretación de los casos cercanos al contexto eutanásico, derivado del principio de respeto a la libertad de voluntad. Acierta la STC 53/1985, de 11 de abril, cuando califica la vida de, valor superior del ordenamiento jurídico constitucional, «valor fundamental» o «valor central». A mi juicio, la vida es el valor fundamental como, por otra parte, pareció siempre evidente. Obsérvese, sin embargo,

que hablamos de la vida deseada, querida, admitida. Cuando nos referimos a la vida del mismo sujeto que libremente la rechaza, por ser vida no deseada, imponerle el deber de vivir sin más, es no respetar la voluntad ajena.

Ciertamente la vida es un bien de mayor valor que la libertad. Pero esto ocurre cuando contemplamos la vida de uno y la libertad de otro. Cuando, por el contrario, nos referimos a la misma persona, la valoración requiere considerar la opinión del sujeto, como parámetro calificativo, de donde se deduce que el respeto a la libertad de la persona se coloca por encima de cualquier otra consideración, incluso de su propia vida. Cuando F. TOMÁS Y VALIENTE en su voto particular a la STC 53/1985 de 11 de abril sostiene firmemente que la libertad es el valor supremo, ha de entenderse que está oponiendo la vida y la libertad del mismo sujeto.

Sin embargo, el respeto a la voluntad del sujeto conduce a la impunidad del suicidio y a la impunidad de determinadas formas de cooperación al suicidio y a la atenuación de la muerte eutanásica en los términos del artículo 143 del Código Penal. Pero, el hecho de que según nuestro análisis de la Constitución, ésta coloque la libertad del individuo por encima de todo, incluso de su propia vida, no empece la libertad del legislador para el castigo de ciertas formas de cooperación al suicidio, como así ocurre con el artículo 143 del Código Penal (inducción, cooperación necesaria y cooperación ejecutiva). Que haya que respetar la voluntad del sujeto, en este caso, del suicida, no impide una política-criminal que trate de evitar que los seres humanos se suiciden. El legislador puede, dentro del marco constitucional, decidir atajar las decisiones de muerte, porque entienda que las determinaciones personales de morir no son deseables, castigar algunas formas de participación en el suicidio y dejar impunes otras. Y esta decisión no queda obstaculizada por la normativa constitucional. No existe un derecho constitucional a que el legislador no castigue determinadas formas de inducción o participación en el suicidio.

Distinto es que se pueda hacer crítica de dicha política-criminal y entender que, cuando se produce un contexto eutanásico —pronóstico de muerte próxima inferior a seis meses o padecimientos insufribles— debería de conducir a la impunidad, y no sólo a la atenuación, en función de que en tales circunstancias debe primar de manera absoluta la voluntad del sujeto frente al objetivo político-criminal de no promocionar las decisiones de suicidio. Por ello, entendemos que el castigo de ciertas formas de participación en el suicidio y la atenuación en casos de eutanasia, no atentan a principios constitucionales. Como tampoco es inconstitucional, de otro lado, la impunidad del suicidio y tampoco la hipotética decisión del legislador en el sentido de declarar impunes las muertes eutanásicas.

Con la doctrina mayoritaria no creo inconstitucional el artículo 143 (sostienen la inconstitucionalidad CARBONELL, DEL ROSAL BLASCO. BACIGALUPO advierte sobre la improbabilidad de que los Tribunales asuman la tesis de inconstitucionalidad que COBO-CARBONELL imputan al artículo 143 del CP). Es una opción posible del legislador dentro del marco constitucional, con

independencia de que en las circunstancias descritas en el último párrafo —contexto eutanásico— es político-criminalmente deseable la impunidad del comportamiento de quien participa en la muerte consentida.

Existe, pues, un derecho constitucional a disponer de la vida en el sentido de libertad de hacer que determina la impunidad del suicidio. Pero, no en el sentido de que el Estado tenga que declarar impunes las formas de participación en el suicidio que, por las razones político-criminales oportunas considere punibles.

En todo caso, el artículo 15 de la Constitución añade un derecho a disponer de la vida en el sentido de derecho a oponerse a la prolongación artificial de la vida. Porque, efectivamente, prolongar artificialmente la vida contra la voluntad del sujeto constituye trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 15. Esto significa para el caso de que se alargue artificialmente la vida del paciente contra su voluntad: 1) que puede invocarse la violación de un derecho fundamental con las consiguientes posibilidades de amparo constitucional y de acceso a los tribunales internacionales de Derechos humanos; y 2) que a la luz de la violación de dicho derecho fundamental el autor del comportamiento no podrá pretender una justificación por concurrencia de una autorización («estar legítimamente autorizado»), de un deber (colisión de deberes) o de un derecho (estado de necesidad en sentido estricto). Dicho comportamiento, por lo tanto, constituye una acción antijurídica contra la que cabe la legítima defensa. Aunque esta tesis no es compartida en ninguno de sus puntos ni por el Tribunal Supremo (Autos 27 septiembre 1978; 14 marzo 1979 y 22 diciembre 1983 sobre el caso de los Testigos de Jehová) ni por el Tribunal Constitucional (Auto 369/1984, 20 junio, relativo al caso de los Testigos de Jehová; SSTC 120/1990, 27 junio y 137/1990, 19 julio, sobre el caso de la huelga de hambre en prisión. El único supuesto del Tribunal europeo de Derechos Humanos que conocemos sobre el caso, se refiere a un enfermo mental incapaz de voluntad que se declaró en huelga de hambre en prisión: STEDH 24 septiembre 1992, caso *Herczegfalvy c. Austria*), que han justificado la prolongación artificial de la vida contra la voluntad del sujeto, es asumida por un sector de jueces de base (Jueces de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, Madrid, Zaragoza y Valladolid en el asunto de la huelga de hambre de miembros del GRAPO en 1990), algunas manifestaciones del Derecho comparado (parágrafo 101 de la Ley alemana de ejecución de penas) y un cualificado sector doctrinal (ATIENZA, BACIGALUPO, J. A. GIMBERNAT, DÍEZ RIPOLLÉS, RUIZ MIGUEL, BUENO ARÚS).

Entiendo que la prolongación artificial de la vida de un enfermo terminal o que padece insoportables dolores y que solicita expresamente la muerte, constituye trato inhumano o degradante prohibido por el artículo 15 de la Constitución Española en consecuencia, no es un comportamiento debidamente autorizado por lo que, desde el punto de vista objetivo, cumple el tipo del delito de coacciones, o, en su caso, lesiones o cualquier otro delito contra la libertad incluso la tortura si es realizado por un funcionario públi-

co. Sin embargo, la posibilidad de que prospere esta tesis en la situación actual de legislación y doctrina, es escasa. No es que conforme a la tesis dominante este trato inhumano o degradante no tenga relevancia jurídico-penal, sino que incluso no se consideraría como trato inhumano o degradante en virtud del argumento teleológico utilizado por el Tribunal Constitucional según el cual, si el autor no persigue producir padecimientos o sufrimientos sino salvar una vida, no puede hablarse de tratos de aquella índole. Disiento de esta tesis dominante porque entiendo que no prolongar artificialmente la vida del enfermo equivale a un supuesto de omisión (eutanasia pasiva) que debe de considerarse impune conforme al artículo 143 del Código Penal. Entiendo que la desconexión de medios artificiales que mantienen con vida al sujeto han de considerarse como supuestos de omisión en cuanto que el aparato artificial que mantiene con vida es una *longa manus* del médico, quien al interrumpir el funcionamiento del mismo está realizando un comportamiento omisivo y, a mi juicio, ajeno al artículo 143.4. El derecho del enfermo a la muerte natural, a no sufrir tratos inhumanos y degradantes, y el derecho a que sea respetada su voluntad, son argumentos suficientes como para entender que los supuestos de eutanasia pasiva no están incluidos en el artículo 143.4 del Código Penal.

Este entendimiento no es posible si como hace la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, se interpreta el auxilio omisivo al suicidio en sentido jurídico-penalmente relevante a efectos del artículo 143.4 del Código Penal. Yo entiendo que el castigo del auxilio omisivo al suicidio no es compatible con el respeto a la voluntad individual, la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes y las necesidades político-criminales respecto de la eutanasia. Me sumo así a una corriente doctrinal, cada vez más numerosa, partidaria de una regulación legal de la eutanasia.

Esta corriente de opinión se construye sobre la base de entender la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico por encima incluso de la vida o la integridad física (COBO-CARBONELL), o sobre la base de que la vida, que constituye objeto de protección en los delitos de homicidio, sólo es la «vida digna» (BACIGALUPO, BUENO ARÚS). La idea de la dignidad como principio de justicia material de todo el ordenamiento y la prohibición del trato inhumano o degradante como principio regulativo e interpretativo, conduce a mantener el principio de que nadie tiene el deber de seguir viviendo (COBO-CARBONELL, QUERALT, DEL ROSAL BLASCO, GIMBERNAT, ZUGALDIA).

Esta tesis que peligrosamente se aleja del entendimiento de la vida como realidad físico-biológica, acercándose al concepto de vida con calidad, con contenido de valor tienen su origen en el avance técnico científico de la medicina que mantiene pavorosas situaciones, prolongando artificialmente la vida de personas en condiciones de indignidad.

En conclusión, existe un derecho a disponer de la propia vida en el sentido de libertad de hacer; existe un derecho constitucional a rechazar la prolongación artificial de la vida; no existe un derecho constitucional a que el legislador deje impunes toda forma de inducción o participación en el sui-

cidio. Hasta aquí llega el derecho constitucional a disponer de la propia vida.

IV. Si existe un derecho a morir

Del conjunto de las disposiciones del Ordenamiento se deriva la conclusión comúnmente aceptada de la inexistencia de un derecho a morir. Del examen del Derecho Positivo español la doctrina concluye que el conflicto entre la vida y la voluntad se soluciona en favor de la primera. En este sentido, RUIZ MIGUEL señala que el ordenamiento ofrece un número muy superior de argumentos para entender que está considerando la vida por encima de la voluntad del propio titular (MUÑOZ CONDE, MILANS DEL BOSCH; en particular, señala GOMARIZ: «en la actualidad puede afirmarse que nuestra vigente legislación protege el derecho a la vida incluso por encima de la propia voluntad del sujeto titular del bien jurídico». MUÑOZ CONDE, MILANS DEL BOSCH). Destaca como indicativos de esta realidad la irrelevancia penal del consentimiento en las lesiones; la prohibición de la participación en el suicidio; el castigo del tráfico de drogas; las prescripciones para empresarios y trabajadores sobre seguridad e higiene laboral; la inclusión en el delito de omisión del deber de socorro de supuestos en los que el periculante se opone al socorro; las excepciones de la Ley de Sanidad (N. 6 y 9 del art. 10, sustituidos por la Ley de Autonomía del Paciente) al derecho del paciente a rechazar el tratamiento; las limitaciones legales a la publicidad del tabaco y del alcohol; o, en fin, la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad en los automóviles (RUIZ MIGUEL) o casco en las motocicletas.

Contra esta interpretación del Derecho positivo que da primacía a la vida en relación con la libertad de voluntad individual, se puede invocar la impunidad del suicidio y del consumo de drogas que parecen otorgar mayor importancia a la libertad de voluntad. BUENO ARÚS observa que existe la pena de muerte (hoy ausente de nuestro Ordenamiento), el derecho a la guerra, la obligación de sacrificio (art. 20.5 del CP) inherente a determinadas profesiones o la legítima defensa de bienes menos transcendentales que la vida, supuestos todos que indican una depreciación de la vida como valor.

Sea como fuere, un derecho a morir sólo sería posible entendido como simple libertad de hacer, pero no como un derecho subjetivo que movilice al poder público. Así entendido, como derecho subjetivo con correlativos deberes para otros, no hay un derecho a morir. Rige en nuestro Ordenamiento el principio de libertad de hacer, *agere licere*, de lo que no se deriva un derecho a morir (STC 120/1990, 27 de junio) o la impunidad de quien induce o coopera al suicidio de otro, pero tampoco un deber de vivir («la vida es un derecho, no un deber»: Grupo de Estudios de Política Criminal 1991).

En cualquier caso, esta cuestión de jerarquía, como ya hemos advertido

no puede resolverse sin hacer distingos. Evidentemente la vida es el bien de mayor entidad o importancia porque, como señala el TC, es el sustento de los demás derechos y, sin él no son concebibles los demás. Por eso, la pregunta sólo tiene sentido como tal interrogante, cuando estamos en un caso en que el titular del derecho a la vida renuncia a él. Entonces, si el derecho a la vida es disponible, en el sentido del *agere licere*, como ya señalamos, la libertad de voluntad debe primar sobre la vida, lo que significa la necesidad de que los poderes públicos respeten la voluntad de los demás, incluso en lo referente a su propia vida.

La presente cuestión del derecho a morir o de la disponibilidad de la vida o de la licitud del suicidio (todos aspectos distintos de un mismo acontecimiento), viene resolviéndose en Doctrina y Jurisprudencia sobre la base de negar el Derecho subjetivo a morir respetando el *agere licere*, es decir, el derecho genérico de obrar que implica, por tanto, la libertad para asumir riesgos que afecten a la propia vida. Con la negativa del derecho subjetivo a morir o del derecho al suicidio, se está negando la facultad a exigir de otro (un particular o la Administración Pública) un determinado comportamiento que se derive de aquel derecho subjetivo. Exactamente en este sentido se manifiesta BUENO ARÚS quien mantiene que «no habría un derecho al suicidio sino simplemente una libertad para morir, es decir, ausencia de una potestad coactiva para impedir la muerte», invocando como razones para su postura que la autonomía de la voluntad implica que toda decisión pueda ser revocada, lo que no es posible en el suicidio, porque siempre existirá la duda razonable de que la decisión de morir se hubiera adoptado libremente y porque quitarse la vida no afecta sólo a la persona interesada sino también al interés público.

También la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/90, de 27 de junio, señalada mantiene tesis idéntica al reconocer que el derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución no significa o no puede configurarse como «un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte», todo ello con independencia de la libertad genérica (*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 extiende incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del Derecho» (en igual sentido STS 27 marzo 1990. LUZÓN, sostiene que si se trata de la propia conducta del sujeto no se puede hablar de un «derecho a matarse». Pero, como señala BACIGALUPO no se puede «desconocer al individuo la capacidad para decidir sobre su propia muerte». En contra de esta posición ATIENZA apunta que «el derecho a la vida implica que se tiene derecho a vivir o a morir y que los demás... tienen deberes positivos»).

Que no exista un derecho a morir no altera el principio del respeto a

la libertad ajena. En este sentido, LEGUINA en el voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio, señala que la inexistencia de un derecho a morir «no significa que no se tenga derecho... a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de muerte; ni excluye el derecho a rechazar la ayuda o la asistencia sanitaria que ni se desea ni se ha solicitado». La nueva Ley de Autonomía del Paciente así lo reconoce como veremos.

La idea de que no se puede otorgar un derecho a morir porque tiene un correlativo deber de matar inaceptable, late también en las consideraciones que sobre el tema hace SILVA CASTAÑO, «La solicitud de la proclamación de un derecho a morir dignamente —leemos— en una sociedad con mentalidad eficientista que considera el creciente número de personas ancianas como una carga para la misma en la que la disminución de la natalidad comienza a convertirse en un problema, sin estrictas restricciones nos podría llevar a proclamar un derecho a matar con dignidad, o a un “Derecho seleccionador que busca una muerte eliminadora y económica”, inaceptable desde la perspectiva de la necesidad de proteger la vida humana».

V. Si existe un derecho a rechazar medidas salvadoras

La Ley General de Sanidad de 1986 modernizó la relación médico-paciente necesitadas de una adaptación a los tiempos presentes. Puede decirse que hasta entonces, el enfermo era considerado un objeto de atención al que se le proporcionaba tratamiento sin su participación. La nueva Ley general de Sanidad cambia las cosas, enumerando, por ejemplo los distintos derechos del paciente en la medicina hospitalaria. En su artículo 10, hoy derogado por la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, se excepciona el derecho a la libre elección e impone el tratamiento «*cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento*». Esto pudo entenderse en el sentido de que el médico podía intervenir en contra de la voluntad del enfermo con intervenciones agresivas lo que era abiertamente inconstitucional por lesivo del derecho a la dignidad humana y otros derechos fundamentales. Una primera interpretación correctora exigió admitir el derecho a negarse por anticipado, es decir, antes de que se produzca el peligro (DÍEZ RIPOLLÉS). Pero, incluso, estando el paciente en el centro, se entendió que cabía la negativa a negarse a toda intervención que implique riesgo previsible. *Oponerse a esta voluntad*, invocando peligro de lesiones irreversibles o fallecimiento, y en su virtud intervenir con actividades peligrosas (intervenciones quirúrgicas, transfusiones de sangre) contra su voluntad se consideró antijurídico por atentatorio a la dignidad humana (art. 10 CE) y constituir trato degradante (art. 15 CE).

El artículo 8.2 de la nueva Ley de Autonomía del Paciente, 41/2002, deroga los artículos 5, 6, 8, 9 y 10 de la Ley General de Sanidad y en lo relativo al reconocimiento del derecho a rechazar el tratamiento, dispone en su ar-

título 2.4 que «todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento». (En la encuesta citada del Comité de Bioética del Consejo de Europa, reconocen este derecho la práctica totalidad de los países). Más adelante, en el artículo 8.2, adaptándose a las exigencias doctrinales y siguiendo el principio de respeto a la libertad de voluntad, excepciona el derecho a negarse al tratamiento sólo cuando, no siendo posible conseguir la autorización, hay riesgo para la salud pública o «riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él».

Las legislaciones autonómicas habían sido ya con anterioridad sensibles a esta preocupación y, o han presentado como preámbulo «el principio de autonomía de la persona» o excepcionan la exigencia de consentimiento en situaciones de estado de necesidad a los casos en que no es posible conseguir la autorización o no hay manifestación expresa negativa del enfermo. Así, por ejemplo, la Ley catalana 21/2000, 29 diciembre, impide el tratamiento *contra la voluntad del paciente* y obliga a la vigencia del principio *in dubio pro paciente* (art. 7). De modo similar en Aragón la Ley 6/2002, 15 abril, describe la excepción siempre que *no haya manifestación negativa expresa del enfermo a dicho procedimiento*. La posibilidad de actuar en contra de la voluntad del paciente, no existe tampoco en las vigentes disposiciones catalana y aragonesa.

Aún así, esa negativa comporta consecuencias tales como la obligación del enfermo de solicitar el alta hospitalaria, si no existen tratamientos alternativos (art. 21 Ley 41/2002), y la pérdida de las prestaciones de invalidez, si no hay «causa razonable» para el rechazo.

La regulación no ignora la posibilidad de que el enfermo se niegue a la vez al tratamiento y al alta hospitalaria, ante lo cual el artículo 4.g) de la Comunidad aragonesa dispone que «no obstante, *tendrá derecho a permanecer cuando existan otros tratamientos alternativos y la persona afectada manifieste el deseo de recibirlos*», y la nueva Ley estatal 41/2002 remite al juez disponiendo que si el paciente no acepta el alta se le «oirá» y si persiste «lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión» (art. 21.2). El juez deberá resolver conforme a las interpretaciones garantistas a que obligan los principios de los que parten los nuevos textos legales y nunca deberá hacerlo de modo que la negativa al tratamiento obligue a la expulsión del centro. Un juez al que hipotéticamente se acudiera para resolver conforme al artículo 21.2 de la Ley 41/2002, debería de impedir la expulsión del centro hospitalario obligando, al menos, a una asistencia médica mínima.

En la línea de asegurar el ejercicio del derecho a rechazar el tratamiento salvador, la nueva Ley regula la eficacia de lo que llama «instrucciones previas» vulgarmente llamadas «testamento vital» o más técnicamente «*voluntades anticipadas*» (art. 11) (prueba de la adaptación progresiva de nuestro país a las modernas exigencias en esta materia está que en la meritada

encuesta del Consejo de Europa según la cual sólo 7 de los 35 países encuestados reconocen la regulación de dichas voluntades anticipadas). Es decir, aquellas voluntades expresadas con anterioridad en estado de plenitud de facultades para que tengan validez en el momento en que las facultades de conocimiento y voluntad se encuentren mermadas, sobre el tratamiento o la donación de órganos en caso de fallecimiento. Las Comunidades Autónomas se pronunciaron con anterioridad. Le toca el Honor a Cataluña de ser la pionera en este terreno, a quien siguieron Galicia, Aragón y Madrid.

Existe, pues, un derecho a disponer de la vida en el sentido de derecho a rechazar el tratamiento o medida salvadora. Una nueva sensibilidad se ha apoderado del legislador para: 1) impedir que un tratamiento se pueda practicar contra la voluntad del enfermo aunque sea para salvar su vida, 2) mantener en el centro sanitario público al enfermo grave que se negara a un concreto tratamiento, 3) reconocer la validez de las voluntades anticipadas o testamento vital.

