

# TESTAMENTOS VITALES

---

*José Miguel Serrano*

**Resumen:** *El Testamento vital, término convencional que recogemos pese a no ser aceptado en la legislación española, aspira a mantener la ilusión de control autónomo sobre la gestión de la enfermedad. A su vez, el testamento vital eutanásico aparece como el argumento que permitiría vincular autonomía con aceptación del homicidio eutanásico. El artículo describe como eso requiere sustituir el concepto de dignidad, transformado de forma arbitraria. En este sentido, y de forma premonitoria, Sergio Cotta aportó una compleja argumentación sobre la antijuridicidad del testamento vital eutanásico, en cuanto es incompatible con la cualidad relacional del Derecho. Esta idea será posteriormente desarrollada por Francesco D'Agostino.*

**Palabras clave:** Eutanasia, testamento vital, relacionalidad jurídica, dignidad.

**Sumario:** 1. La apuesta por la autonomía, 2. El testamento eutanásico, 3. La antijuridicidad del testamento eutanásico.

## 1. LA APUESTA POR LA AUTONOMÍA

En el debate sobre la denominada eutanasia propia, en terminología del discípulo de Sergio Cotta, Francesco D'Agostino, adquiere especial relevancia la confirmación de la voluntad del solicitante, y víctima, del acto homicida<sup>1</sup>. Es ese elemento el que acerca la eutanasia al suicidio, lo que a su vez, y según la posición dominante, permite situar este acto en relación con la autonomía

1. D'AGOSTINO, Francesco, *Bioética. Estudios de filosofía del derecho*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003, p. 171.

del sujeto, es más lo define como el acto autónomo por excelencia. No debemos olvidar el predominio en nuestra época del concepto de autonomía sin exigencia moral, es decir, de una degeneración de la autonomía kantiana que con acierto se ha denominado autonomía sádica. Pero como ha indicado el propio Cotta los actos que parecen referirse al spinoziano “tantum iuris quantum potentiae” del sujeto absoluto, se revelan por el contrario la inconsciente expresión de su sumisión al poder fascinador del nihilismo<sup>2</sup>.

Desde este punto de vista, uno de los argumentos que se han manejado para oponerse a la legalización de la práctica eutanásica “propia” es el de la dificultad de determinar la verdadera voluntad de la persona que se encuentra en la situación de grave dependencia que define al sujeto para el que la eutanasia aparece como indicada según las legislaciones que se han venido aprobando. Como el tópico parece referirse a la eutanasia como expresión de la voluntad plenamente autónoma de un sujeto adulto, hasta el punto de librarse de la situación de dependencia respecto a la superstición religiosa que evita al hombre tomar la propia vida, se busca una institución jurídica que permita volver sobre ese momento plenamente adulto en el que el sujeto preveía sus propias reacciones ante la situación de dependencia. De nuevo el discípulo de Cotta Francesco D’Agostino ha sido especialmente hábil en señalar el callejón sin salida al que lleva esta sublimación del suicidio como acto libre por excelencia, tan bien descrito por Dostoievski en “Los Endemoniados”. La forma de garantizar la absoluta autonomía sería el llamado testamento vital que superaría en el tiempo las dudas que pudieran levantarse sobre la verdadera capacidad del paciente, lo que tiende a llamarse competencia<sup>3</sup>.

2. COTTA, Sergio, *Aborto ed Eutanasia un confronto*, primero publicado en Francesco D’Agostino, ed *Diritto ed corporeità*, le edizioni Universitarie Jaca, Milán, 1984, p. 33. Luego reproducido en la *Rivista di Filosofia*.

3. D’AGOSTINO, Francesco, *Elementos para una filosofía de la Familia*, Rialp, Madrid, 1991, p. 10.

Una primera cuestión que plantea el testamento vital –aceptaremos este nombre convencional, que no se ha incluido en la legislación española<sup>4</sup>, en razón de su claridad internacional– es si es posible que el sujeto prevea su propia reacción ante la situación de dependencia mediante la mera interiorización de las experiencias que ve a su alrededor, de idéntica forma a como nadie, en sentido estricto, es capaz de prever exactamente su comportamiento ante una situación no experimentada en la que se le exigiese, por ejemplo, un comportamiento heroico. La objeción parece poderosa en razón de que no podemos prever nuestra respuesta ante una situación totalmente nueva e intransferible, como es la propia experiencia de dolor, de la muerte o de la extrema dependencia. Admite, sin embargo, el contra-argumento de que, en sentido estricto, una gran parte de los compromisos o las previsiones de contenido jurídico que realizamos se encuentran en la misma circunstancia y plantean una dificultad similar. Sin detenernos exclusivamente en el contenido jurídico, el propio sentido del compromiso, o incluso de la promesa, parece recoger siempre esta dificultad.

Se ha aducido que la diferencia podría cifrarse en la irreversibilidad del acto previsto en el “testamento eutanásico”. Parecería

4. Y ello aunque somos conscientes de las objeciones que ya expusimos en su momento a la utilización del término “La legislación española, al abandonar genéricamente el término testamento vital, respondía, no sólo a un prurito civilista, pues, como sabemos, desde hace miles de años, un testamento es algo diverso de lo que se incluye en los documentos a los que nos referimos, sino a una opción axiológica sobre algunas medidas que pudiesen tomarse al final de la vida. El término testamento vital es inadecuado en cuanto presupone en su realización, como todo testamento, el fallecimiento del testador. Ahora bien, la característica fundamental del documento conocido como testamento vital sería precisamente las disposiciones sobre donación de órganos que un sujeto pudiese tomar para el final de su vida, exactamente para cuando se declarase su muerte según los criterios legales fuese en el sentido de donar sus órganos como en el de oponerse a esta posibilidad. Sea como fuere, la preeminencia del término en ámbito internacional hace que se utilice mucho en la literatura científica aunque no se acepte en nuestra legislación.” Eutanasia, Eiusa, Madrid, 2007, p. 190.

entonces que sólo se puede comprometer uno o autorizar aquello que es reversible. No es esta, sin embargo, nuestra experiencia. El compromiso, por ejemplo, del matrimonio en su sentido más propio según la ley natural, es decir, el matrimonio indisoluble, es irreversible; también lo han sido a lo largo del tiempo un buen número de compromisos religiosos y civiles. Los juramentos de todo tipo se englobaban en esta especie, piénsese en el carácter de los votos perpetuos, en el juramento del caballero o del Samurai y así un largo etc. Ciertamente es que hoy en día un fuerte sentido de la mutabilidad repele este tipo de compromisos, precisamente en nombre de una autonomía que parece olvidar el carácter claramente autónomo de la capacidad de adquirir obligaciones. Para nuestro asunto, sin embargo, el argumento se vuelve circular. Es difícil, en efecto, limitar la autonomía en nombre de la propia autonomía. Si volvemos nuevamente sobre la irreversibilidad podemos ver el asunto más claro. Hoy día, sin apenas requerimientos, se permiten decisiones tan irreversibles sobre el propio cuerpo como un buen número de operaciones de cirugía estética o la propia esterilización mediante la vasectomía o la ligadura de trompas. Sin apenas trámites, es más con una creciente presión para limitar los escasos controles existentes, se practican sistemáticamente esterilizaciones irreversibles<sup>5</sup>. En este aspecto nuestro derecho parece seguir un camino que le permitiría aceptar el testamento de contenido eutanásico y, sin embargo, como veremos se aleja firmemente de él en las previsiones legislativas que se vienen realizando.

Probablemente el *quid* se encuentra en que el testamento eutanásico tiene como contenido una ejecución de una muerte, lo que le diferencia en buena medida de todo tipo de decisiones incluidas las que se refieren a los propios tratamientos y falta de tratamien-

5. Es igualmente relevante que al incluirse en la denominada medicina satisfactiva, y aunque puedan exigirse frente a la Sanidad Pública, las obligaciones de resultado sean más poderosas en estos supuestos que las que se exigen en la Medicina general.

tos en las fases finales de la vida. Más que la dificultad de prever una determinada situación, o de discriminar la voluntad de un documento, el problema insoslayable es si alguien puede disponer de su propia vida en el sentido de permitir que otro lo mate. La dificultad por supuesto se plantea de forma más aguda en la aceptabilidad jurídica de ese hecho. La autonomía, que podemos denominar sádica, ha introducido dudas en todos los ordenamientos. Así un ejemplo paradigmático lo encontramos en las sentencias dispares que se produjeron en Alemania ante el caso de canibalismo consentido. En un primer momento parece que se dio una gran importancia a la voluntad "autónoma" del devorado, mientras se despreciaba la capacidad de manipulación del espíritu fuerte que se aprovechó de su peculiar debilidad. Ciertamente resulta tranquilizador que finalmente quedase asegurado que el orden jurídico no puede quedar inerte ante las excentricidades de un sujeto.

En este orden de cosas, los testamentos vitales se han generalizado, dentro de la escasa presencia real aún en las decisiones personales, y han sido plenamente aceptados en nuestras legislaciones. Es más, su justificación está en la misma base de la que hemos visto antes sobre la superación de los inconvenientes de dar la autorización de muerte en las fases finales de grave dependencia. El testamento vital se manifiesta como el elemento para sostener permanentemente el consentimiento informado, incluso en las circunstancias en la que no es posible dar ningún consentimiento.

Detengámonos brevemente en este aspecto. Como hemos señalado, no todo sistema de testamentos vitales implica la legalización de la eutanasia. Pueden existir testamentos vitales para prevenir ciertas acciones cuando el paciente es incompetente e incluso puede existir un testamento vital para prevenir la eutanasia en un régimen en el que esta sea tolerada, sea directamente, sea por la vía indirecta de autorizar la muerte por omisión en un número de casos, como ocurre en ciertos países anglosajones. Como hemos señalado anteriormente, parte de la doctrina española ha venido considerando reiteradamente que el testamento vital es el medio

idóneo para solucionar algunos de los problemas de los enfermos terminales.

Diego Gracia, en este sentido, ha contrapuesto vida y libertad de conciencia y acusaba al derecho de los noventa de preferir la primera a la segunda. No parece que esto fuera posible desde la Ley de Autonomía aunque, desde luego, dudo que el problema sea efectivamente vida y libertad de conciencia. Mas bien la contraposición se establece entre criterio médico, es decir, tratamiento indicado, y libertad de conciencia, lo que constituiría una falsa aporía que sería resoluble<sup>6</sup>.

Uno de los medios de solución sería la propia definición de ortotanasia, que se opondría tanto al exceso, el ensañamiento terapéutico u obstinación terapéutica como gustan de decir los médicos, como al defecto de la eutanasia en sentido estricto. Los testamentos vitales se considerarían los instrumentos que mantienen el control sobre la propia vida y los tratamientos al final de la vida.

Por ello, en los últimos años, los del debate sobre la eutanasia que sigue el caso Sampedro, se ha desarrollado en España una amplia legislación en torno a lo que se han denominado voluntades anticipadas o instrucciones previas. Su desarrollo definitivo se alcanza en la Ley de Autonomía del Paciente.

El hecho de que el texto preste una notable atención al historial médico y a los consentimientos informados prueba el carácter prejudicial que se pretende, con la intención de garantizar la prueba y evitar las complicaciones jurídicas posteriores que aparecen en esta época de medicina juridificada y también judicializada.

Es muy relevante que la ley 41/2002 tome de la legislación autonómica anterior la institución del representante y la invalidez de las instrucciones previas que contengan disposiciones contrarias al ordenamiento jurídico, la buena práctica médica o no correspondan a los supuestos previstos. Como es sabido, estas precauciones

6. Senado, Comisión de eutanasia, 16 de junio de 1998, n. 307, p. 19.

son redundantes al no necesitar el sistema jurídico de las mismas para considerar nulo un documento que contenga previsiones contrarias al Código Penal. Por ello es notorio que el legislador consideraba que la cuestión de la eutanasia estaba presente y que opta por rechazar cualquier forma de la misma.

Aún así, y tranquilizados por el legislador respecto a cual es el propósito de la extensión de las instrucciones previas, debemos considerar que el testamento vital en un contexto no eutanásico presenta notables dificultades. La primera es que no parece posible prever en un documento soluciones prudenciales y de carácter médico que no pueden diseñarse con anterioridad en todos sus extremos. Especial relevancia han alcanzado las instrucciones de no reanimación que en los supuestos de enfermedad avanzada tienen su sentido pero que como instrucción de conciencia respecto a la artificialidad de una acción que se rechaza cuando aún uno esta sano, cara a un posible accidente, presenta graves dificultades y puede entenderse perfectamente como una negación del deber de socorro.

Todas estas circunstancias permiten pensar que los testamentos vitales, por el escaso número en el que se realizan efectivamente a pesar de la amplia legislación aprobada y por las dificultades del prever el futuro, van a ser de poca utilidad. Como hemos señalado, mientras el paciente sea competente su voluntad se puede manifestar de forma razonable, luego probablemente sea más útil la fórmula mixta del apoderamiento de personas cercanas y entendidas que puedan velar por su situación.

Por ello se han planteado dudas sobre cual será la evolución futura de estos documentos y sobre el funcionamiento de los registros de instrucciones que se han establecido por la ley y que son un referente obligado de la actuación del médico. El derecho comparado es poco alentador. Tras el primer entusiasmo por la solución decisiva que rescata la autonomía, una visión más sosegada permite ver que el testamento no se extiende ni entre los grupos de población más concienciados, mientras que se hacen evidentes

las dificultades prácticas que se presentan a personas carentes de conocimientos médicos específicos y que no pueden prever sus circunstancias futuras, ni siquiera cual será la enfermedad que les ponga en situación de aplicar la instrucción previa.

Lo definitivo es que, aun cuando el testamento vital es un instrumento imperfecto, en cuanto en un buen número de casos juega sobre lo imprevisible y sus instrucciones pueden encontrarse totalmente desenfocadas y no ser útiles, el derecho español lo ha aceptado con entusiasmo y con notable retórica. Y ello aunque ciertamente falla en su punto más decisivo, es decir, en el intento, máscara o subterfugio de hacer que aparezca como competente quien no lo es, ni podrá serlo. Se ha sentado un axioma, la autonomía del paciente y este se mantiene incluso en las circunstancias menos autónomas, todo en aras de desterrar el denostadísimo paternalismo médico.

Resulta, sin embargo, conveniente que recordemos que los problemas ligados al testamento vital se mantienen todavía en un ámbito que no es contradictorio con el principio que salvaguarda la vida humana inocente y excluye el acto lícito de administrar la muerte previa autorización jurídica o con posterior procedimiento de verificación. En efecto, la discusión sobre la aceptación y la administración subsiguiente de un tratamiento o su interrupción se mantiene en un ámbito plenamente aceptable sin tocar el principio antes mencionado de santidad de la vida humana. Cierto es que en algunos casos límite la cuestión es fronteriza con la eutanasia. Sin embargo, lo fundamental es que, se mantenga la postura concreta que sea ante casos como el de Inmaculada Echevarria, los distintos puntos de vista se fundamentan en la base de que no debe admitirse el acto de dar muerte a un paciente independientemente de sus circunstancias. En este caso, como es sabido, el debate se centró sobre la licitud de la oposición consciente de una paciente a mantener la respiración artificial en un caso de distrofia muscular progresiva, en los que en general se venía manteniendo que la conexión no era indicada. La indicación o no de un tratamiento,

o la oposición o no a un tratamiento indicado, se mantiene en un ámbito de discusión diverso del de la autorización de la muerte y del procedimiento para lograrlo, este hecho se comprueba atendiendo a que quienes pretenden la legalización de la denominada muerte digna no se conforman con un desarrollo radical del principio de consentimiento informado, no basta éste para satisfacer sus demandas.

En este sentido, en un conocido texto el Comité Episcopal para la defensa de la vida de la Comisión Episcopal Española entendía que: “Si por testamento vital se entiende el mandato hecho a una persona para que acabe con la propia vida en caso de estar gravemente enfermo, impedido o con fuertes dolores, tal testamento es nulo y totalmente ineficaz, porque nadie puede obligar a otro a matarlo ni por acción ni por omisión.

En cambio si por testamento vital se entiende la expresión de la voluntad de una persona de renunciar a que le sean aplicados medios desproporcionados para alargarle o la agonía cuando ya no sea posible salvarle la vida, tal testamento es válido jurídica y éticamente”<sup>7</sup>.

## 2. EL TESTAMENTO EUTANÁSICO

El testamento vital eutanásico remite al concepto de muerte digna. Es, en uno de sus aspectos, el corolario de esta reivindicación. Creo que es interesante remitirse a este tópico, que constituye un hito dentro de la deriva del propio concepto de derecho subjetivo que padece el ordenamiento. En última instancia, la muerte digna se traduce en lo que se ha denominado derecho a la muerte. De nuevo Kass ha incidido sobre la contradicción que supone enten-

7. COMITÉ PARA LA DEFENSA DE LA VIDA, *La eutanasia. 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos*, 1993.

der que el derecho a ser muerto es una libertad desde el punto de vista que pretende que aumenta las opciones de quien se encuentra en una situación desesperada. Por el contrario, la opción por matarse o por que te maten elimina totalmente la autonomía<sup>8</sup>. Pero el derecho a la muerte que se desliza desde la concepción de muerte digna tiene también una fuerte implicación para terceros tal como ha señalado Andrés Ollero. “Cuando se propone una legalización de la eutanasia se ha abandonado, pues, el mero rechazo de una intervención paternalista para esgrimir, de modo más o menos consciente, un auténtico derecho a morir, que podría llegar a exigir la obligada colaboración de terceros. No es por ello extraño que en más de una de las propuestas legales que venimos comentando vuelva a escena una apelación a la conciencia; pero esta vez para admitirla como motivo de objeción frente a un deber jurídico. No sólo hemos pasado de la mera constatación de un lícito ámbito de libertad individual al reconocimiento de un derecho, sino que éste se acaba configurando inevitablemente como un derecho prestación garantizado por los poderes públicos”<sup>9</sup>.

En una primera aproximación el discurso de la muerte digna supone un esfuerzo propagandístico destinado a superar los inconvenientes derivados del origen del movimiento eutanásico contemporáneo. En efecto, no puede obviarse la relación estrecha entre eutanasia y eugenesia, o que la obra de referencia sobre la eutanasia en el primer tercio del siglo veinte mencionara explícitamente en su título a las vidas carentes de valor vital. El texto de Hoche y Binding elaborado durante la República de Weimar se mantiene oculto en la mayor parte del debate actual pero resulta especialmente revelador<sup>10</sup>. La

8. KASS, Leon R., *Life Liberty and the Defense of Human Dignity*, Encounter Books, San Francisco, pp. 217-218.

9. OLLERO, Andrés, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 218.

10. HOCHÉ&BINDING, *Die freigabe der dernichtung lebesunwerten Lebens*, Leipzig, 1922.

referencia a la dignidad de la muerte quiere hacer olvidar lo que fue la eutanasia antes y durante la Segunda Guerra Mundial, pretensión que parece haber conseguido.

Pero el tópico de la muerte digna supera esta intención para constituir una máscara que encubre la radical transformación del propio concepto de dignidad. De este sólo parece mantener su carácter incondicionado. En efecto, mediante la inclusión de la referencia a la dignidad parecen superarse los argumentos puramente jurídicos que se oponen a la eutanasia. La pendiente deslizante en su versión fáctica, los riesgos para el ordenamiento, el impacto en la propia medicina parecen cuestiones menores ante el hecho de que lo que se reclama es la manifestación más plena de la libertad y de la dignidad humana. Exigida por el ordenamiento, con base constitucional, su reivindicación adquiere casi el carácter de cruzada en los grupos más convencidos y sus opositores parecen encontrarse en una situación de menor nivel ético. El juego de esta reclamación “moral” parece superar los inconvenientes jurídicos aunque sean los de fuerte base moral como es, por ejemplo, la protección de la vida de los más dependientes en un mundo que en la realidad se mantiene muy alejado de sus pregonados estándares morales.

En el último debate sobre eutanasia de 16 de octubre de 2007, el cuarto de la legislatura, ante la insistencia de los radicales el ponente resumía de esta forma su discurso sobre la dignidad “España es un país cada vez más adelantado en derechos individuales y por eso resulta cada vez más anómala la situación de ilegalidad en la que se encuentra el derecho a una muerte digna. La Constitución española recoge en el artículo 10 la dignidad de la persona y en el artículo 15 se prohíbe la tortura y las situaciones degradantes. Salvador Paniker, presidente de la Asociación Federal por el Derecho a Morir Dignamente, dice concretamente: El verdadero respeto a la dignidad humana implica el respeto para decidir sobre su vida y su muerte”<sup>11</sup>.

11. GARCÍA SUÁREZ, Congreso, n. 291, 16 de octubre de 2007, 14315.

Ahora bien, debemos preguntarnos exactamente que tiene de digna la muerte digna. En efecto, en principio no es tan sencillo entender que el tópico contenga lo que pretende. La muerte no hace digno al hombre, ni el ordenamiento puede garantizar la muerte que uno prefiera. La ilusión de la conquista de la muerte que contiene el tópico apunta a una evidencia para la que no hacen falta filosofías ni modernidades, la tiene el hombre casi de forma intuitiva desde su aparición sobre el planeta. Es fácil, demasiado, provocar la muerte e imposible retrasarla cuando llega. Por lo tanto, lejos de decidir el momento de la muerte, de garantizar sus circunstancias, de domesticarla, la muerte digna tan sólo puede adelantar la muerte a través de un homicidio, poco bagaje para tan alta reclamación. Mediante el homicidio se reasume un control total que fue en su momento el ideal de la muerte tecnificada y al que debió renunciar ante la evidencia de los hechos.

En segundo lugar, el concepto de dignidad inscrito en la muerte digna resulta contradictorio. En cierta manera aprovecha el impacto contemporáneo del término, desde Kant, para reproducir un efecto de lo más antiguo. Ciertamente, el concepto de dignidad en la muerte con el que juega la muerte filosófica es de procedencia estoica. El filósofo debe adelantar la muerte cuando llega su momento, es decir, cuando teme que las circunstancias no le permitan mantener la impassibilidad filosófica por razón del sufrimiento, o más exactamente de las circunstancias propiamente físicas. Aún así, el ejemplo estoico no fue muy constructivo, la propia muerte de Séneca, cumpliendo la orden de un tirano, no puede aparecer como ejemplo de muerte digna, como no lo fue, desde luego, la de su indirecto ejecutor.

Con este juego de dignidad antigua, tan discutible, se envuelve la causa probablemente más notable de la actualidad de la eutanasia, el temor al sufrimiento. Por ello, aunque teóricamente la acción sobre el dolor en los cuidados paliativos no debería tener efecto en una argumentación tan alambicada, el hecho es que la extensión de los paliativos aparece en estos momentos como el

antídoto contra la eutanasia, tal como aparece incluso en el discurso del principal partido de la mayoría radical en el último debate parlamentario sobre la eutanasia, donde justifica en este punto su abandono del proyecto radical. En el debate sobre esta última proposición de ley, sin embargo, la diputada Grande Pesquero del grupo socialista, realizó una notable aproximación al concepto de dignidad. En sus palabras: “La pregunta sería: ¿Aceptamos la idea de dignidad humana como punto de partida o como punto de llegada? Me explico. Como punto de partida, la dignidad humana se entiende que es congénita y ligada a la propia vida desde su inicio, independientemente de sus condiciones concretas, y vinculada, por supuesto, a la base de los derechos fundamentales y a la igualdad de todos los seres humanos. En el polo opuesto, si entendemos la dignidad como punto de llegada, esta irá ligada a la calidad de vida de tal manera que, ante la situación de grave pérdida de calidad de vida, se puede que esta no merece la pena ser vivida porque ya se ha perdido la dignidad y sin ella la vida ya no tendría sentido. Precisamente en esta discrepancia se basa la filosofía de los cuidados paliativos y, por ello, la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, a la que he citado y voy a volver a citar, defiende la consideración de la dignidad del paciente en situación terminal como un valor independiente del deterioro de su calidad de vida; de lo contrario, se podría privar de dignidad y de valor a personas que sufren graves limitaciones o severos sufrimientos y que por eso precisan de especial cuidado.

Señor Mingo, coincido con usted –porque al fin y al cabo es la Sociedad Española de Cuidados Paliativos la que habla– en que cuando muchas veces hablamos de condiciones de vida indignas, efectivamente, las que son indignas son las condiciones o los comportamientos de quienes toleran estas situaciones indignas, nunca es indigna la vida del enfermo”<sup>12</sup>.

12. Congreso, 16 de octubre de 2007, num 291, 14322.

Estas afirmaciones tendrían concordancia con parte de la argumentación de Eudaldo Forment ante la Comisión del Senado hace ocho años e indican un cambio de posición del Grupo Parlamentario respecto al que mantuvo en aquellos momentos el Grupo socialista en el Senado<sup>13</sup>.

La referencia a la Sociedad Española de Cuidados Paliativos se refiere fundamentalmente a su Declaración sobre la Eutanasia, publicada en la revista de la sociedad, *Medicina Paliativa* en el año 2002.

Pero lo más relevante del ambiguo juego de la dignidad de la muerte digna es que tiene como objeto desarticular el papel de la dignidad como principio inspirador del ordenamiento jurídico, tal como aparece, por ejemplo, en la Constitución Española. En efecto, el principio de inspiración kantiana tiene como objeto impedir que ningún hombre sea considerado como menos que humano. Así aparece en la Ley Fundamental de Bonn como consecuencia de la experiencia nacionalsocialista, donde el término ideológico de subhombres se aplicó con profusión.

Si la dignidad es algo más que un mero flatus vocis o una indicación más o menos benevolente hacia el mayor reconocimiento de derechos con el tiempo, salario digno, vivienda digna, condiciones dignas, tiene que jugar un papel propio como principio inspirador del ordenamiento jurídico. El principal, desde mi punto de vista, debe ser evitar la discriminación posible entre hombres y no hombres en virtud de ciertas condiciones de raza, sexo, religión, grado de madurez, inteligencia, capacidad de valerse por sí mismo e incluso autoestima. De forma muy significativa, cuando la dignidad se extiende en los aspectos que se valoran dignos e indignos, su vigor jurídico pierde fuelle hasta hacerse irreconocible. En un determinado momento, por ejemplo, en Alemania se ha discutido

13. FORMENT, Eudaldo, Senado-comisión, 26 de octubre de 1999, n. 502, pp. 2-3.

si la tortura sería compatible con la vigencia del concepto de dignidad lo que indica que el principio parece reducido a la nada.

Cuando el ordenamiento acepta el concepto de dignidad supera una forma antigua de ver las cosas, especialmente a los hombres, y toma una forma nueva, radicalmente distinta de la dominante durante muchos siglos. Si se me permite la imagen se trata de una planta frágil que hay que cuidar con especial cuidado, pues, por ejemplo, no en vano el siglo de la proclamación legislativa de la dignidad, que fue el siglo XX, conoció atrocidades inimaginables el siglo anterior; el sentido literal lo más graves atentados contra la dignidad humana. Era fácil observar la dignidad de un Darcy, por referirnos al protagonista de “Orgullo y Prejuicio” pero muy difícil verla en las víctimas de Koba el Terrible, en los penosos “pájaros” de los barcos camino del Gulag, por seguir la imagen de Martín Amis<sup>14</sup>.

La dignidad en su sentido contemporáneo remite al principio de santidad de la vida humana, en un sentido de santidad que incluye lo indisponible por no ser cuantificable. Como en su momento señaló Joseph Boyle, no debe confundirse este principio de santidad con el de derecho a la vida. O dicho de otra forma, no se pueden reducir las razones de la protección de la vida humana inocente al ejercicio de un derecho, como si la razón de la protección fuera la propia valoración o la disponibilidad a ejercer ese derecho<sup>15</sup>.

En consecuencia, el proceso de discriminación de vidas dignas de ser vividas y vidas indignas convierte la dignidad en nada, pues precisamente atiende a las cualidades que permiten al Estado discriminar unos cuya vida puede ser tomada sin sanción jurídica y

14. AMIS, Martín, *Koba el terrible, La risa y los veinte millones*, Anagrama, Barcelona, 2004, p. 74.

15. BOYLE, Joseph, *Sanctity of life and suicide: tensions and developments within common morality*, en Baruch A. Brody (ed.), *Suicide and Euthanasia. Historical and Contemporary Themes*, Kluwer Academic Publishers, Norwell, 1989, pp. 221-222.

otros que mantienen tal derecho a la vida que su supresión provoca la más grave reacción jurídica.

En este orden de cosas, y paradójicamente, el juego de la muerte digna es de forma predominante determinar que persona se encuentra en la circunstancia subhumana en la cual es lícito administrarle la muerte. Esta es la raíz del fenómeno que Keown ha denominado pendiente lógica, por la cual lo relevante es la caracterización de las condiciones de la vida digna, y como efecto, la definición de vidas indignas a las que es posible aplicar la eutanasia si pueden manifestar su voluntad, y también cuando esta manifestación es imposible<sup>16</sup>. Lo digno para el subhumano, el medio por el que reconquista la dignidad, la única que la sociedad puede administrarle, es precisamente la muerte administrada, eso sí, de forma tecnocrática e indolora. Por otra parte, el testamento eutanásico podría entenderse como la previsión del plenamente humano hacia el subhumano, aunque este sea uno mismo, alguien en definitiva en el que no queremos reconocernos. Es conveniente destacar que la valoración que el propio sujeto hace respecto a sí mismo no es modificable por medios jurídicos, pero también que si el derecho la aceptase para permitir el homicidio la haría suya y distinguiría el mismo entre el humano digno y el subhumano no digno. La razón última de esta imposibilidad jurídica, tal como ha indicado Kass, es que la razón por la que se valora la vida humana no es por qué el sujeto la valore a su vez, ni siquiera por que de no hacerlo se pondría en riesgo el orden instaurado por el Estado contra la guerra de todos contra todos, sino que la vida humana es

16. KEOWN, John, *Euthanasia, Ethics and Public Policy: An argument against legalisation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 72. "En su forma lógica, el argumento afirma que la aceptación de la eutanasia voluntaria conduce a la aceptación de, por lo menos, la eutanasia no voluntaria (es decir, la muerte de pacientes incapaces de solicitar la eutanasia, como los neonatos y aquellos que padecen demencia senil), debido a que se apoya en el juicio de que algunas vidas no tienen valor".

en si valiosa, lo que obliga al Derecho en primer lugar y al Estado a valorarla. No habría en este sentido peor estafa que autorizar al Estado a que estableciese las cualidades de valoración<sup>17</sup>.

La conclusión a la que queremos llegar es que la voluntariedad de la denominada muerte digna pierde importancia ante la “benevolencia” de su administración en determinados casos, tal como aparece en la experiencia de los países que como Holanda llevan ya unos años de legalización. De esta forma, y por seguir con la clasificación articulada por D’Agostino, nos deslizamos ya en origen hacia la eutanasia impropia en la efectiva aplicación legislativa.

Esta pendiente lógica tiene una gran importancia, por cuanto, establece la consecuencia necesaria de toda legalización de la eutanasia. Esta buscará la garantía jurídica de la acción del médico por encima de la voluntariedad y, sobre todo, definidas las cualidades idóneas, tenderá a apreciarlas también en los sujetos que ya no pueden manifestar su voluntad.

### 3. LA ANTIJURIDICIDAD DEL TESTAMENTO EUTANÁSICO

Sergio Cotta realizó una aproximación inspiradora al problema planteado. Desde su teoría del derecho como relación de igualdad se pregunta si es posible articular un testamento eutanásico que sea jurídico. Es decir, que respete las condiciones de juridicidad que hacen posible la vigencia, entre otros, del principio de dignidad tal como se ha articulado en la sociedad contemporánea.

Su respuesta es negativa y en ella nos detendremos finalmente como modesto homenaje a su obra y su recuerdo.

Cotta define las condiciones propias de la eutanasia según las siguientes condiciones: 1 Que sea decidida voluntariamente por

17. KASS, Leon R., *Life, Liberty and the Defense of Human Dignity*, Encounter Books, San Francisco, 2002, pp. 212 ss.

el sujeto, 2 Que sea reclamada de un tercero, 3 Que no sea configurable como el rechazo de medios curativos extraordinarios o inciertos respecto a su capacidad curativa, 4 Que no sea configurable como eutanasia lenitiva, es decir, consecuencia del uso de fármacos con funciones puramente antidoloríficas y no curativas<sup>18</sup>. Según D'Agostino la diferencia entre eutanasia propia, la anteriormente descrita y la impropia es que sólo la primera tiene cabida en la discusión pública del derecho contemporáneo dentro de la lógica relacional del Derecho y de los parámetros ilustrados y secularizados. Por ello podría ser considerada efecto de una normal práctica sanitario-administrativa.

Ahora bien la tesis de Cotta, como hemos indicado, es precisamente que el contrato eutanásico o testamento eutanásico viola esta condición relacional. En palabras de Iturmendi: "En su rigurosa consideración del tema, Sergio Cotta entiende que el ámbito de extensión universal del Derecho es la condición necesaria y suficiente para el establecimiento de las relaciones jurídicas, lo que supone tanto como reconocer que la relación jurídica en última instancia es consecuencia del Derecho, y no meramente una relación de la vida social asumida por el Derecho. Con esto parece claro que quien fuera profesor de la Sapienza de Roma y dirigiera la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, adopta la conocida posición, sostenida al respecto por distintos exponentes de la Patrística y muy especialmente la que suscribirá San Agustín en su monumental Tratado sobre la Trinidad, un tratado teológico que contiene importantes aportaciones de carácter epistemológico sobre la llamada relación subsistente que implica que todos los seres creados se encuentran íntimamente vinculados entre si, formando un único orden ontológico, con lo

18. "Aborto e eutanasia: un confronto", *Rivista di filosofia*, num 25/27 (1983), 22. Recogido en *Diritto e corporeità*, Milán, 1984, p. 16. Realmente la edición de Jaca menciona la próxima aparición en *Rivista di Filosofia*.

que la esencia de la realidad sería propiamente su relatividad o relacionalidad”<sup>19</sup>.

Como ha indicado D’Agostino el derecho tiene una moralidad propia distinta de la intrínsecamente moral. Sus notas serían las siguientes:

En primer lugar, el derecho garantiza la relacionalidad. Y garantiza los valores sólo en cuanto son coherentes con la lógica de la relacionalidad. Por ello el Derecho occidental podría negar un valor como la poligamia islámica por considerarlo incompatible con su lógica relacional.

Esta relacionalidad que garantiza el Derecho es la propia de sujetos dotados de la misma paridad ontológica. La dinámica peculiar en la que son observados los sujetos en el Derecho es la de la universalidad de sus acciones. Como indica D’Agostino: “Como en la relacionalidad social no son las intenciones las que ayudan y ofenden, sino sólo las acciones realmente queridas y esperadas, el Derecho se hace cargo de esta dimensión sin negar la existencia y la relevancia del otro, sino dejándolas en manos de los otros ámbitos de estudio y reflexión”<sup>20</sup>.

Fue Cotta quien puso de relieve que el testamento biológico eutanásico altera de forma grave esta estructura relacional del Derecho. Lo altera respecto al enfermo y al médico. La razón está en que la decisión del sujeto (quien requiere la eutanasia) y del actuante (el médico o miembro del personal sanitario) no coincide necesariamente en todos sus elementos. En efecto, el mandato eutanásico, previsto con el tiempo suficiente por el paciente competente, produce una situación en la que o bien el sujeto es dueño

19. ITURMENDI MORALES, José, “La relación jurídica en el pensamiento de Jaime Guasp”, en GUASP DELGADO, Jaime, *Pensamiento y figura*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 2000, pp. 345-355.

20. D’AGOSTINO, F., “Derecho y eutanasia”, en *Bioética, Estudios de Filosofía del Derecho*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003, p. 169.

de la conciencia del operador y la reduce a instrumento, o bien el operador es dueño de la vida del sujeto, y entonces la reduce a objeto. De esta forma la relación intersubjetiva se disuelve. La coincidencia de ambas voluntades en todos sus elementos será en todo caso accidental y siempre discutible desde el punto de vista de una tercera persona<sup>21</sup>.

Como señala D'Agostino “¿Como puede una ley eutanásica resolver esta antinomia, reconocer la eutanasia como derecho y al mismo tiempo eliminar la ambigüedad que se asocia necesariamente con su ejercicio?”<sup>22</sup>.

No me resisto a reproducir los términos en los que Cotta señala esta doble circunstancia por la que el Derecho no puede impedir el acto solitario y menos puede detener el mecanismo mortal pero desde luego no acepta en modo alguno legitimar el acto suicida.

“Il diritto non é di certo in grado d'impedire codesti atti solitari e tanto meno, direttamente, il mortale meccanismo che li sorregge nel segreto dell'inconscio. Ma non può legittimarli senza negare la ragione stessa del suo esserci: la garanzia di quella coesistenzialità senza la quale si ha la riduzione dell'uomo e della sua vita a puri eventi naturalistici”<sup>23</sup>.

21. COTTA, S., *Aborto ed eutanasia un confronto*, *op. cit.*, pp. 31-32.

22. D'AGOSTINO, F., “Derecho y eutanasia”, *op. cit.*, p. 176.

23. COTTA, S., *op. cit.*, pp. 33-34.