
¿La muerte como cosa justa (lo de cada uno)? Reflexiones sobre la eutanasia desde el realismo jurídico de Javier Hervada

*Death as the Right Thing (His Own)? Reflections on Euthanasia
from the Legal Realism of Javier Hervada*

Marta M.^a ALBERT MÁRQUEZ

Universidad Rey Juan Carlos

marta.albert@urjc.es

<https://orcid.org/0000-0002-8805-0680>

RECIBIDO: 24/12/2020 / ACEPTADO: 22/11/2021

Resumen: El artículo se ocupa de analizar el derecho a la muerte desde el realismo jurídico de Hervada. La distinción entre el derecho (*ius suum*) y el derecho subjetivo, y, en definitiva, la decisión de atribuir la muerte como “lo suyo” de la vida enferma constituyen los puntos clave del análisis, que concluye poniendo de manifiesto cómo tal atribución ignora que lo que las personas tenemos atribuido por naturaleza es la vida, y no la muerte, y denunciando la discriminación que la posibilidad de ejercitar el nuevo derecho puede representar para sus titulares.

Palabras clave: Eutanasia; Derecho subjetivo; discriminación; Hervada.

Abstract: The article analyses the right to death from the perspective of Hervada’s legal realism. The distinction between right (*ius suum*) and subjective right, as well as the decision to attribute death as “its due” to ill life are key points of the analysis, which concludes by underlining how such an entitlement ignores the fact that it is life, and not death, that is given to us by nature, and denouncing the discrimination that the possibility of using the new right may represent for its holders.

Keywords: Euthanasia; Subjective right; Discrimination; Hervada.

I. INTRODUCCIÓN

El 25 de marzo de 2021 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Tres meses después, el 25 de junio, entró en vigor. La nueva regulación establece, según su Exposición de Motivos, la introducción en nuestro ordenamiento jurídico.

La Proposición prevé, según su Exposición de Motivos, la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de «un nuevo derecho individual como es la eutanasia. Se entiende por esta la actuación que produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto

única e inmediata, a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo o por dicha persona, y que se lleva a cabo en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios».

El primer artículo del texto, en su versión definitivamente aprobada en el Congreso, describe el objeto de la ley como sigue: «El objeto de esta Ley es regular el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, el procedimiento que ha de seguirse y las garantías que han de observarse.

Asimismo, determina los deberes del personal sanitario que atiende a esas personas, definiendo su marco de actuación, y regula las obligaciones de las administraciones e instituciones concernidas para asegurar el correcto ejercicio del derecho reconocido en esta Ley».

La creación de un nuevo derecho individual, a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir responde, a juicio del legislador, a la existencia de una «demanda sostenida» en la sociedad actual, y tiene por objeto la protección jurídica de la voluntad tendente a terminar con la propia vida dentro de lo que se conoce como «contexto eutanásico»¹.

Las páginas que siguen pretenden rendir homenaje a la obra de Hervada, reflexionando, en diálogo con el autor, sobre la creación de este nuevo derecho, no tanto a la luz de las consideraciones que este gran maestro nos legó sobre la dignidad y el valor jurídico de la vida humana (lo que, sin duda, daría lugar a otro ensayo completamente distinto, pero no menos relevante y necesario) como a partir de una categoría básica del pensamiento realista sobre el derecho, la de «cosa justa».

¿Resiste el supuesto «derecho a morir», propugnado por el legislador, una lectura como verdadero derecho, es decir, como «cosa justa» o «lo suyo de cada uno»? Intentaré distinguir con cuidado la categoría de derecho en cuanto «cosa justa» de la concepción moderna de derecho subjetivo, con el ánimo de someter a prueba la hipótesis de la que parten estas reflexiones: que si ya es difícil comprender la propia muerte como el objeto de una facultad de exigir que se reconoce al ciudadano frente a otros (el personal sanitario, y, en última instancia, el Estado), comprender la muerte de un grupo de seres humanos vulnerables como «la cosa justa» atribuida por un acto de voluntad de otros seres humanos, pretendidamente iguales suyos, no sólo resulta sen-

¹ *Ibid.*, *Exposición de Motivos*, p. 2.

cillamente inadmisibles, sino que además, en el intento, se vuelve explícita la discriminación que la introducción de este nuevo derecho implica para todos aquellos a quienes convierte en responsables últimos (y únicos) de su propia vida.

II. EL DERECHO COMO COSA JUSTA Y EL DERECHO SUBJETIVO

De entre los pasajes más reveladores de *¿Qué es el Derecho?*² destaca, desde mi punto de vista, aquel en el que Hervada aclara la diferencia entre «derecho» y «derecho subjetivo»³.

El derecho es la cosa justa, lo que me es debido en justicia. Lo de cada cual, *el ius suum* (su derecho), son sus cosas: las cosas, tangibles o intangibles, que le corresponden⁴. «El derecho es una cosa, que recibe ese nombre en la medida en que está atribuida a una persona»⁵.

² HERVADA, J., *¿Qué es el Derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico. Una introducción al Derecho*, 3.^a ed., Eunsa, Pamplona, 2011.

³ Diferencia a mi juicio de la máxima importancia para la comprensión de la dinámica propia del derecho, de la que el autor se ha ocupado también en otras obras, a las que nos referiremos a lo largo de la exposición. *Vid.*, CARPINTERO, F. *et al.*, *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003, especialmente pp. 20 y ss; VILLEY, M., *El derecho y los derechos del hombre*, Marcial Pons, Madrid, 2019. Aunque no podamos detenernos a desarrollar esta idea, merece la pena destacar que la concepción del derecho propia del realismo clásico contrasta profundamente con la idea contemporánea del derecho como resultado de la actividad legislativa del Estado, pues esta distinción planea sobre las argumentaciones que siguen (*vid.*, MEDINA MORALES, D., «El arte del derecho. La ley como instrumento del operador jurídico», en HERMIDA, C. y SANTOS, J. A., *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, pp. 574-574).

⁴ *Ibid.*, p. 66.

⁵ *Ibid.*, p. 56. No podemos abordar aquí la polémica sobre si el primer análogo de derecho sería propiamente la cosa o la acción. Siguiendo a Rabbi-Baldi, debemos afirmar que la postura de Hervada consiste en comprender bajo «cosa» tanto cosas en sentido estricto como acciones, siempre que quepa integrarlas en una relación interpersonal, *vid.*, RABBI-BALDI, R., «El concepto de derecho en el realismo clásico a partir de las opiniones de Michel Villey y Georges Kalinowski», *Persona y Derecho*, vol. 25 (1991), p. 100. Como bien indica Gregorio Robles, en su interpretación del pensamiento tomista, tal cosa puede referirse en principio a cualquier aspecto relacional entre los humanos. *Vid.*, ROBLES, G., «El «derecho» como objeto de la Justicia. Breve comentario al artículo 1 de la Quaestio 57 de la *Secunda Secundae* de la *Summa Theologiae* de Santo Tomás de Aquino: «Utrum ius sit obiectum iustitiae», *Persona y Derecho*, vol. 78 (2018), 1, p. 38. Para una revisión del problema del concepto del derecho, *vid.*, VALLET DE GOYTISOLO, J. Bms., «Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo», *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, n.º 5 (1999), y especialmente, p. 30.

La existencia de un derecho sigue a la justicia, puesto que es el resultado de la atribución que se realiza en justicia, dando a cada uno su derecho. En realidad, las cosas están ya repartidas antes de que la justicia entre en juego. La justicia presupone la existencia de un reparto previo, y actúa cuando, por diversas circunstancias, no tengo lo mío. Entonces, en justicia, me es restituido algo que yo ya tenía atribuido previamente. La justicia, afirma Hervada, «no atribuye las cosas, sino que sigue al hecho de que ya están atribuidas»⁶.

Las cosas se atribuyen mediante un acto que es anterior a la justicia. Este acto podrá ser un acto de buen gobierno, de liberalidad, el acto de una recta administración⁷..., pero no será en ningún caso un acto de justicia. La justicia solo puede ejercerse después de un acto de atribución⁸.

Ese acto creador o constituyente de un derecho es –en relación con la justicia– un acto primero y anterior, el acto originario del derecho. En cambio, la justicia, como afirma Pieper, es un acto segundo, porque presupone el acto primero que constituye el derecho»⁹.

Por tanto, todo acto de justicia presupone la existencia de un derecho que se ha constituido con anterioridad. El acto primero, el acto que instituye el derecho «no es un acto de virtud, sino un acto de dominio»¹⁰.

El acto de crear u otorgar el derecho –lo que presupone su inexistencia anterior– no es un acto de justicia en sentido estricto, *sino de dominio o de poder*¹¹.

La justicia, por tanto, no reparte originariamente las cosas, sino que presupone un reparto ya establecido previamente, bien por la naturaleza, por ley humana o por pacto¹². Por esta misma razón, concebimos la justicia como el acto de dar a cada uno su derecho, y, ese derecho, como una cosa (la cosa justa).

En cualquier caso, las cosas que en ese reparto me corresponden son mi derecho, mis derechos: el derecho es, o, los derechos son, por tanto, las cosas mismas. Como explica el propio Hervada en sus *Lecciones Propedeúticas de Filosofía del Derecho*, «el derecho es una cosa»: «la cosa que se da en el acto

⁶ HERVADA, J., *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 11.^a ed., Eunsa, Pamplona, 2011, p. 24.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibid.*, p. 25.

⁹ HERVADA, J., *¿Qué es el Derecho?...*, cit., p. 58.

¹⁰ HERVADA, J., *Introducción Crítica...*, cit., p. 27.

¹¹ Cuando esa creación del derecho se lleva a cabo mediante ley o pacto, no obviamente, cuando el reparto responde a la naturaleza misma, como a continuación se expondrá.

¹² HERVADA, J., *¿Qué es el Derecho?...*, cit., p. 60.

de justicia: el fundo a su dueño, la conducta prescrita por la ley a la sociedad, (...) la casa arrendada al arrendatario, los bienes de la herencia al heredero»¹³

Es en este punto donde surgen las fricciones con la teoría moderna del derecho subjetivo. No es difícil convenir en que el derecho subjetivo no es una cosa, sino una facultad sobre una cosa. Por tanto, desde este punto de vista, afirmar la identificación entre el derecho y la cosa misma implicaría una confusión entre el derecho y su objeto.

Si una casa me pertenece, explica Hervada, esa casa es lo mío (no entraremos ahora en la cuestión –política– del reparto en sí, es decir, por qué esa casa es mía). La casa misma es mi derecho. El derecho sobre la casa, entendido como un derecho subjetivo, es cosa distinta, y constituye un conjunto de facultades que, como es lógico, encuentran su razón de ser en el derecho sobre el que descansan, esto es, en que la casa es mía y por esa razón puedo desplegar sobre ella el conjunto de facultades a través de las que se ejerce el derecho de propiedad: esas facultades son «lo suyo del titular en cuanto derivaciones del hecho principal, constituido por ser –siguiendo el ejemplo puesto– la cosa propiedad –un tipo de derecho– de ese titular»¹⁴.

De aquí surge una importante consecuencia, y es que las facultades (o derechos subjetivos) se siguen de un hecho previo, que es mi derecho, entendido como la cosa misma y su condición de «corresponderme», es decir, el haberme sido atribuida previamente a la entrada en juego de la justicia.

Hervada pone de manifiesto a continuación las razones que le llevan a explicar esta diferencia, y entre ellas describe una que me parece especialmente significativa. Conviene destacar la diferencia entre «cosa justa» y «derecho subjetivo», afirma el autor, para «contribuir a la causa de los marginados» ya que la categoría de derecho subjetivo «es una trampa abierta por el individualismo decimonónico para adormecer la conciencia de los poderosos frente a los desposeídos»¹⁵. Efectivamente, si para tener un derecho basta el reconocimiento formal de la facultad «moral» de obrar, la cuestión de las condiciones *reales* de ejercicio *real* del derecho queda descartada como intrínsecamente jurídica.

Otra penosa consecuencia podría añadirse a esta, aunque queda implícita en lo expuesto. Si eliminamos de la ecuación la idea misma de derecho, y salta-

¹³ HERVADA, J., *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 3.^a ed., Eunsa, Pamplona, 2000, p. 198.

¹⁴ *Ibid.*, p. 67.

¹⁵ *Ibidem.*

mos directamente a ese conjunto de facultades morales que se llaman derechos subjetivos, eludimos, de paso, el acto de atribución mismo, o al menos su significado profundo. El Estado puede sostener mucho más fácilmente su imposible «neutralidad ética»¹⁶, puesto que el acto de dominio que toda atribución implica queda ahora en la penumbra. Tras la creación de derechos subjetivos no habría más que el ensanchamiento de la libertad individual y las posibilidades del ciudadano libre de ejercer o no ese derecho, puesto que el Estado ha cedido esa esfera de poder, transfiriéndola al titular del derecho¹⁷. Como tendremos ocasión de mostrar, lo que ocurre realmente es, desde mi punto de vista, justamente lo contrario: que el Estado se apodera de un ámbito de la existencia para realizar sobre él un acto de atribución basado ilegítimamente en la voluntad humana.

III. LA ATRIBUCIÓN DE LA MUERTE COMO DERECHO

III.1. *La posición del legislador: la creación de un nuevo derecho y la ley como justo título (o primer reparto)*

La recién aprobada Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia afirma crear, como antes señalé, un nuevo derecho subjetivo: la facultad de solicitar y obtener la ayuda médica necesaria para morir, es decir, un derecho a la eutanasia.

Esta ayuda médica para morir a la que, a partir de ahora, determinadas personas tienen derecho, puede consistir en la prescripción del medicamento letal necesario para causar la muerte, en el caso de que el paciente se encuentre

¹⁶ Sobre cómo esta no es posible en el caso de la eutanasia se ha pronunciado el Comité de Bioética de España, afirmando que «No cabe mantener una posición neutral, porque el Estado o protege la vida humana como el bien primario que posibilita toda suerte de realización humana, o protege el ejercicio de la autonomía del individuo sobre su propia vida», *vid.*, COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *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*, 30 de septiembre de 2020, <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/index.php> [30/11/2020], p. 27.

¹⁷ La argumentación puede encontrarse en la propia Exposición de Motivos de la ley, que cita en su apoyo la sentencia del caso *Gross v. Suiza* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2013). Resulta difícil de creer que el legislador no conozca la circunstancia de que esta sentencia fue anulada por el propio Tribunal, un año más tarde, en 2014, anulando también, obviamente, el valor jurídico de las argumentaciones a favor de la consideración de la propia muerte como un derecho que en ella se contenían. Cfr. ALBERT, M., «Derecho a morir y abuso de derecho. La inadmisibilidad del caso *Gross v. Suiza*. Comentario a la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de septiembre de 2014», *Medicina e Morale*, 6 (2014), pp. 1027-1045.

en condiciones de autoadministrarlo, o bien en la administración directa de la sustancia letal (art. 3 g 1º y 2º de la Ley Orgánica 3/2021).

Como planteamos en la *Introducción*, nos proponemos someter la creación de este «nuevo derecho» a la prueba de su intelección como verdadero derecho en el sentido de «cosa justa». Puesto que la cosa atribuida aquí es la muerte, nos preguntaremos si cabe atribuirla jurídicamente (y, más aún, si cabe atribuirla a unos seres humanos y no a otros).

Comencemos nuestro análisis dando por válida la perspectiva del legislador, es decir, presuponiendo que la aprobación de esta ley constituya un legítimo reparto primero, un acto de dominio a partir del cual se determina qué corresponde a cada cual al final de la vida. Discutiremos después si tal presuposición se sostiene sólidamente o, por el contrario, ha de rechazarse.

La aprobación de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia no constituiría, en este supuesto, un acto de justicia, siempre acto segundo, como antes se indicó, sino un acto de dominio: un acto en virtud del cual se crea un nuevo derecho, un reparto *primero*¹⁸.

En virtud de este primer acto de dominio, la muerte es lo que corresponde a los titulares del derecho. Podemos obtener ya una primera conclusión, y es que, con la creación del «nuevo derecho», no se concede una libertad de la que después el ciudadano hará uso potestativamente. En realidad, lo que se está haciendo es crear una atribución que define en lo sucesivo en qué consiste hacer justicia: en dar, a cada uno, su derecho, es decir, la «ayuda» a morir¹⁹. En esta medida, la ley es la razón de una deuda: del deber que surge en el profesional sanitario de ayudar a morir al enfermo que así lo solicita, en los términos establecidos por la ley²⁰.

¹⁸ Así lo plantea el propio legislador, que no se cuestiona en ningún momento si las cosas que a través de la ley atribuye, estarían o no previamente repartidas en un acto de atribución previo.

¹⁹ El Comité de Bioética de Italia ha subrayado, en su Informe de 18 de julio de 2019, la equivalencia entre «ayudar» a morir a un paciente y terminar con su vida. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18-07-2019, en <http://bioetica.governo.it/italiano/documenti/pareri-e-risposte/riflessioni-bioetiche-sul-suicidio-medicalmente-assistito/> [30/11/2020].

La propia Ley Orgánica 3/2021, al establecer como requisito de la eutanasia la relación causa-efecto entre el ejercicio del derecho a solicitar la ayuda a morir y la muerte misma, presupone de hecho semejante equivalencia.

²⁰ Tan disruptivo como considerar que la muerte pueda ser el resultado de la atribución realizada jurídicamente resulta pensarla en términos de «acto médico». Tanto lo uno como lo otro, resultan ser profundamente contrarios a la propia finalidad tanto del Derecho como de la Medicina. *Vid.*, CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS, *El CGCOM ante la aprobación del congreso de los diputados del dictamen de la comisión de justicia sobre la proposición de ley orgánica para la regulación de la eutanasia en España*, 18 de diciembre de 2020.

La propia Ley Orgánica de regulación de la eutanasia sería así el *título* en virtud del cual la muerte se convierte en «lo suyo»²¹, el derecho de cada persona que se encuentre en las circunstancias previstas por la ley. Para ella, no nace primariamente una facultad, o una posibilidad de acceso a la prestación sanitaria de ayuda a morir. Nace una atribución, como nace una deuda en el personal sanitario. Nace la muerte médicamente asistida como cosa que pertenece a determinados pacientes.

III.2. *Los titulares del derecho a morir*

Podemos identificar a los titulares del derecho no sólo porque son aquellos que poseen el título, o a quienes el título se refiere, sino también por la medida del derecho. La medida «es la caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca del derecho: la delimitación de la cosa: su cantidad, cualidad, naturaleza, etc.; el modo como la cosa es del titular: propietario, arrendatario, usuario, administrador, delegado, etc.; las facultades jurídicas que competen al titular; los presupuestos y requisitos de uso del derecho, etc.»²².

La medida del derecho a morir se describe en el artículo 5 de la Ley, que indica que podrán solicitar la prestación de ayuda a morir quienes tengan nacionalidad española, o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses. Además, será necesario que los solicitantes tengan la mayoría de edad y sean plenamente capaces.

Deberán también ser informados adecuadamente sobre su estado y las alternativas a la decisión de morir (incluyendo la posibilidad de acceder a cuidados paliativos). Por lo demás, deberán sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos por el propio texto legal, y prestar su consentimiento para recibir la «ayuda» a morir.

Como acabamos de ver, la Ley define a los titulares del derecho distinguiendo entre «padecimiento» y «enfermedad». Son titulares del derecho a morir todos aquellos que tengan un «padecimiento grave, crónico e imposi-

²¹ Afirma Hervada que puede ser título todo aquello capaz de atribuir las cosas y, por tanto, todo aquello que contiene un poder o dominio en acto. Son títulos el contrato, la ley, la costumbre, un acto de gobierno o la naturaleza humana. *Vid.*, HERVADA, J., *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, cit., p. 205.

²² HERVADA, J., *Escritos de Derecho Natural*, 3.^a ed., Eunsa, Pamplona, 2013, p. 265.

bilitante» y también los que tenga una «enfermedad grave e incurable». «Padecimiento», según el Diccionario de la Real Academia, significa la acción de padecer o sufrir, y puede aplicarse a un daño, a una injuria o a una enfermedad, pero no necesariamente a esta última.

La introducción del supuesto del «padecimiento» abre por tanto la titularidad del derecho a las personas que «padezcan» aun cuando lo padecido no sea una enfermedad o patología médicamente descrita como tal, sino una situación o estado (el coma es un estado, no una enfermedad, el síndrome de Down es una condición, no una patología en sí... podrían ser ejemplos de estados causantes de un padecimiento grave e imposibilitante).

La titularidad del derecho no se vincula, como cabe advertir, a un estadio terminal de la vida, ni mucho menos a los últimos momentos de esta²³.

¿Qué significa, para ellos, ser titulares de un derecho? Significa, *no principalmente que, si lo desean, podrán solicitar la muerte, sino que la muerte les corresponde, se les ha atribuido, y, por tanto, podrán solicitarla, si lo desean.*

Esto implicaría, desde mi punto de vista, la atribución de la muerte como derecho en los términos de la regulación que analizamos. Corresponde ahora preguntarse si tal atribución es susceptible de crítica en los términos de la idea de derecho como cosa justa.

IV. LA PERSONA TIENE ATRIBUIDA POR NATURALEZA LA VIDA, NO LA MUERTE

Hasta ahora no hemos hecho cuestión del acontecimiento originario en virtud del cual lo justo para el enfermo llega a ser la muerte. Partíamos de la presuposición de que el enfoque del legislador fuese correcto, en el sentido de no contemplar ninguna atribución previa que estableciera límites a su poder de decisión.

Ese acto de dominio que constituye el título que hace nacer el derecho es, en el caso de la eutanasia, una decisión parlamentaria. En el contexto de la distinción entre derecho natural y derecho positivo, estaríamos ante una decisión de derecho positivo. Su fundamento único es la voluntad de los hombres (así como derecho natural es aquella parte del derecho cuyo título estriba en la naturaleza humana)²⁴.

²³ Enfermedades crónicas, sin cura, graves e invalidantes, como por ejemplo, la artritis reumatoide, afectan a miles de personas en nuestro país.

²⁴ *Ibid.*, p. 90.

El reparto originario, a partir del cual se define la justicia, sería, en este caso, una decisión humana, o radicaría en ella. Pero para que esa decisión sea legítima, es necesario que *no recaiga sobre algo que ha sido ya atribuido previamente*, bien por pacto, bien por la naturaleza. Cuando el hombre crea derechos, y establece lo que es propio de los demás a través de un acto de su voluntad, es preciso que el objeto del que se ocupe caiga, afirma Hervada, en el ámbito de lo «indiferente»²⁵.

¿Estamos en el ámbito de lo indiferente cuando se trata de la decisión de despenalizar parcialmente el homicidio y convertir la propia muerte en un derecho subjetivo?

Para que así fuera, sería preciso que, en el asunto que regula la Ley, no se hubiera dado ninguna atribución previa a través de un título distinto de la propia Ley, de un acto de gobierno, o de la costumbre.

Esta condición no se da en el caso que nos ocupa, porque el asunto al que se refiere la ley es la muerte, más aún, el fin de la vida humana en un contexto de vulnerabilidad extrema, y ocurre que para este caso ya existe un reparto primero, que encuentra su título en la naturaleza, y que atribuye al hombre, en toda circunstancia, la vida, y por tanto, no la muerte.

El legislador se ha conducido como si la naturaleza humana fuera muda, o, por expresarlo con Hervada, como si estuviera «vacía de juridicidad»²⁶. En cambio, el ser persona conlleva en el hombre una dimensión jurídica, es decir, hay cosas que le son atribuidas en virtud de su propia naturaleza²⁷. La existencia, afirma Hervada, de cosas propias del hombre –derechos o iura–, que le corresponden por título de naturaleza, se deduce de modo inmediato del

²⁵ Vid., HERVADA, J., *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., p. 80 y ss; p. 139: ID., *¿Qué es el Derecho?*, cit., p. 87 y ss. Lo que no implica, a mi juicio, que la forma en que se regule la cuestión sea totalmente indiferente, sino más bien que la voluntad del legislador no está sujeta a límites sustanciales a la hora de establecer la regulación de la materia, porque está no está regulada previamente ni por la propia naturaleza de las cosas ni por una convención o pacto vinculante entre las personas.

²⁶ HERVADA, J., *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, cit., p. 470. Esta negación de la juridicidad intrínseca del ser humano no es otra cosa que la negación de su propia dignidad (*ibid.*, p. 475).

²⁷ Vid., HERVADA, J., *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., p. 82, sobre si existen por naturaleza cosas justas, «o sea derechos naturales, en el sentido realista con el que venimos usando en estas páginas el término derecho: lo justo». Como es bien conocido, la idea de naturaleza humana entendida teleológicamente opera como el fundamento para un derecho entendido como a-justamiento. Vid., FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Madrid, 1992, p. 235.

hecho mismo de que el hombre es persona»²⁸. La vida es una de esas cosas, quizá el derecho natural original y primario que más urgentemente reclama nuestro ser-hombres²⁹.

Como señala Hervada, «persona es el ser que es dueño de sí. Por lo tanto, no es sólo capaz de dominar su entorno, sino que ya es, por naturaleza, dueño y poseedor de sí. *Al menos todo aquello que constituye su propio ser le está atribuido al hombre en virtud de ser persona*»³⁰.

La persona nunca puede ser objeto de pertenencia ajena. Por esta razón, los bienes inherentes a su ser, son objeto de su dominio, son suyos en sentido estricto. «Se trata de derechos naturales del hombre en el sentido más riguroso y estricto de la palabra»³¹. La condición de persona «reparte cosas», y la vida es propia del hombre en virtud de su naturaleza³².

Implica esto que, en nombre de la propia autodeterminación, la primera exigencia que cabría plantear frente al legislador es que se abstuviera de tomar decisiones de atribución respecto a algo que ya está previamente atribuido, a saber, todo cuanto constituye el ser propio del hombre y, por tanto, el destino de su vida. La decisión sobre la vida y la muerte de los seres humanos no es, cabría argumentar, de derecho positivo, porque no es algo que caiga dentro de la esfera de aquello que nos resulta «indiferente» que se regule de una manera u otra, de la esfera en la que la decisión del legislador es libre, precisamente sobre la base de esta misma «indiferencia»³³.

²⁸ HERVADA, J., *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., p. 83. Continúa: «En realidad, la deducción no es sólo inmediata sino también evidente, esto es, sin necesidad de demostración, porque se contiene en la definición de persona. La noción misma de persona conlleva en el hombre la existencia de derechos por título natural».

²⁹ *Ibid.*, pp. 93-94, y 95, donde se hace referencia al derecho a la vida, y al derecho de medicarse para conservarla, como derechos originales y primarios.

³⁰ *Ibid.*, p. 94.

³¹ *Ibid.*, p. 83.

³² *Ibid.*, p. 80.

³³ No ignoro que esta interpretación puede ser, a su vez, objeto de crítica. La crítica consistiría en afirmar que la legalización de la eutanasia no presupone necesariamente la indiferencia de la cuestión, ni su adscripción directa a lo que en el derecho nace de la voluntad de los hombres. El derecho a morir no sería, en este sentido, de derecho positivo, sino de «derecho natural», y la ley no vendría más que a reforzar, regular y organizar el ejercicio de un derecho que nos correspondería por naturaleza, o, por usar un lenguaje más afín con estas tesis, un derecho basado en la idea misma de dignidad o en la de autodeterminación. Me parece, no obstante, que esta argumentación sería válida pero exclusivamente para un derecho que nada tiene que ver con la eutanasia, pero que se confunde con él en la opinión común: el derecho al acceso a los cuidados paliativos por parte del enfermo y de su familia. Porque detrás de esta argumentación y de esta

De esta apreciación cabe extraer dos conclusiones diversas:

La *primera* tiene que ver con la ilegitimidad de todo acto de dominio que trate de establecer un reparto pretendidamente originario sobre cosas ya «repartidas» por la propia naturaleza humana. Si no se trata de un acto realmente originario, sino de un reparto *segundo*, entonces la ley sí se convierte en un acto de justicia y, por tanto, puede ser juzgada como tal, es decir, puede decirse de ella que sea justa o injusta en función de su adecuación o no a ese reparto originario producido no a través de la voluntad, sino a través de la naturaleza³⁴.

La *segunda* tiene que ver con la discriminación que entraña el reconocimiento del derecho solo para ciertas vidas. De ella nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

V. DISCRIMINACIÓN EN LA ATRIBUCIÓN DE LA MUERTE

Nos referimos ahora a la no universalidad de la atribución realizada por el legislador, es decir, al hecho de que la muerte se le adjudica a unos sí y a otros no. De esta forma, la Ley trae consigo la paradójica consecuencia de discriminar a aquellos a quienes convierte en titulares de un derecho.

forma de malentender el derecho a morir lo que se encuentra es una reivindicación de la buena muerte, de no morir con dolor o en sufrimiento intolerable, lo que resulta el objeto del derecho a los cuidados paliativos, pero no el objeto del derecho a la eutanasia.

La defensa de la eutanasia como una pretensión fundada en la dignidad de la persona, y en su autonomía personal, en palabras del Comité de Bioética de España, «encierra el peligro de mostrarse excesivamente ambigua e, incluso, equívoca para todas aquellas personas que viven los largos tiempos de la enfermedad y la discapacidad enfrentándose diariamente al desánimo y sufrimiento, casi como si aquellos que no tienen la intención de optar por la muerte anticipada estén privados de dignidad y autonomía. Además, este enfoque responde a una ética claramente subjetivista que niega la existencia de valores objetivos universales y, en virtud de la cual, la vida se considera un bien subjetivo», COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso del morir*; cit., p. 17. Ahondando en esta argumentación, resulta imprescindible afirmar, con Hervada, que la idea de naturaleza humana en cuanto título nos remite al concepto metafísico de naturaleza humana, ya que el conocimiento empírico de la naturaleza, por sí mismo, no puede ofrecernos una visión exacta de la naturaleza humana», *vid.*, HERVADA, J., *Introducción al Derecho*, cit., p. 89.

³⁴ Como cuidadosamente explica Hervada «Entonces, ¿cómo hablar de un derecho justo o injusto? Es evidente que el tema del derecho justo o injusto sólo se plantea en relación al derecho positivo. La posibilidad de plantear tal tema significa que la constitución del derecho positivo se opera en el contexto de un derecho anterior y preexistente, un derecho verdaderamente tal, al que desde la antigüedad se ha llamado natural. Entonces sí que el derecho positivo puede dar o negar a alguien lo suyo, siendo justo o injusto». *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., p. 27.

A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2021, los que no somos titulares del derecho seguiremos estando, simplemente, vivos. En cambio, para aquellos a quienes se atribuyó la muerte, es decir, todos aquellos que pueden ejercer las facultades en las que consiste el derecho subjetivo que deriva del acto atributivo fundamental, se ha producido una mutación fundamental: su vida ya no es un hecho natural que la ley protege sin fisuras. Su vida es el fruto de su «libertad», se convierte en el objeto posible de una decisión, una decisión que pueden tomar porque ha sido autorizada por otros, por «los demás».

La presunta «libertad para morir» va intrínsecamente unida a una transformación profunda del sentido y la valoración jurídica de la vida enferma. No de la vida de los que deseen ejercer el derecho subjetivo, sino de toda vida a la que se ha atribuido la ayuda a morir como «lo suyo».

La Ley hace nacer una distinción que quiebra con la igualdad esencial de todos los seres humanos, que, como es notorio, constituye una exigencia básica de toda experiencia jurídica³⁵. Es, por esta razón, profundamente discriminatoria. Si la vida es atribuida a todo hombre por título de naturaleza, le es atribuida también según una medida natural de igualdad³⁶. La conversión de la propia muerte en un «derecho» y la posibilidad misma de un homicidio legal bajo ciertas circunstancias implican una quiebra fundamental en la protección del derecho a la vida³⁷.

Esta igualdad mínima esencial exige que no sea admisible que unos (sean muchos, pocos, la mayoría o la unanimidad) decidan sobre la vida de otros. La Ley se presenta como un instrumento al servicio de las vidas enfermas, un instrumento cuya finalidad consiste en aumentar su capacidad de decisión. Pero lo que queda oculto al debate público (y el análisis desde el realismo jurídico permite ver con toda claridad) es que la propia Ley Orgánica misma constituye un acto superlativo de dominio sobre todas esas vidas que se pretende «empoderar»³⁸. Ese acto de dominio consiste en convertir la muerte,

³⁵ BALLESTEROS, J., «El derecho como no discriminación y no violencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVII (Madrid, 1974), pp. 159-165, p. 162.

³⁶ HERVADA, J., *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., p. 81.

³⁷ Sobre hasta qué punto se puede ver comprometida la igualdad en la delimitación de los conceptos de dignidad y autonomía, entre otros, en el caso de la eutanasia, *vid.*, OLLERO TASSARA, A., «¿Son jurídicos los derechos humanos?», *Scio*, 4 (2009), p. 151.

³⁸ No abordaremos aquí el problema que plantean las demandas de ayuda morir realizadas por personas con patología mental. Simplemente, desde mi punto de vista, la ley no aborda con las garantías suficientes esta situación, en la que la demanda de suicidio forma parte de los síntomas de la propia patología. *Vid.*, OLIÈ, E y COURTET, P. «The Controversial Issue of Euthanasia in Patients With Psychiatric Illness», *JAMA*, num. 316, 6 (2016), pp. 656-657. <https://doi:10.1001/jama.2016.9883>

no en una facultad moral que el enfermo sea libre de ejercer o no, sino primariamente en lo justo, en lo suyo de todo aquel que se encuentre en la medida establecida por la Ley para ejercer la titularidad del derecho, y no únicamente de aquellos que quieran ejercerla.

La Ley Orgánica 3/2021 representa una demostración de poder por parte del Estado sin precedentes en la historia reciente de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, el propio Comité de Bioética de España ha subrayado cómo:

«algunas publicaciones han traído paradójicamente a colación del otorgamiento del estatus de prestación pública a la eutanasia y/o auxilio al suicidio al conocido concepto de biopolítica de Michael Foucault, de manera que con la legalización de aquella y su incorporación al catálogo de prestaciones el Estado no tendría ya en sus manos la salud de sus ciudadanos/as, sino la propia vida, soslayando uno de los principales límites del Estado liberal, en virtud del cual, la vida de los ciudadanos/as no puede estar a disposición de los poderes públicos»³⁹.

El fenómeno que describimos no es ajeno a otros momentos de la vida humana, singularmente a su inicio. El mismo «menoscabo de la propia auto-comprensión moral» cuya existencia ha denunciado Habermas tan lúcidamente, en el caso de que unos se conviertan en «coautores de la vida de otros»⁴⁰, es, a mi juicio, totalmente reproducible en el caso de la eutanasia, aunque ahora se trate de la despedida de este mundo y no de su llegada a él. Son dos formas de dominación, a mi juicio, equivalentes. Las dos impiden por igual «el reconocimiento recíproco, sobre la base de la igualdad estricta»⁴¹.

Esta quiebra de la igualdad resulta profundamente discriminatoria para los titulares del derecho (no para quienes quieran ejercer la facultad subjetiva de solicitar la ayuda a morir, sino para todos quienes ven atribuida la muerte médicamente asistida como lo justo para ellos) porque, tras la aprobación de

³⁹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso del morir*; cit., p. 8. Cfr. ALBERT, M., «Privacidad y derecho a morir», en SANTOS ARNAIZ, J. A.; ALBERT, M. y HERMIDA DEL LLANO, C. (eds.), *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016, p. 209.

⁴⁰ En relación con la reproducción humana asistida y, en particular, al diagnóstico genético preimplantatorio: HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, trad. R.S. Carbó, Paidós, Barcelona, 2002, pp. 107 y ss.

⁴¹ *Ibid.*, p. 109.

la Ley, su vida habrá pasado a convertirse en el producto de su decisión de continuar viviendo. No se puede crear la libertad de morir sin crear también la libertad de vivir. Convertir la vida vulnerable en una decisión y, por tanto, en una responsabilidad individual denota, a mi juicio, un profundo egoísmo social que no siempre estamos dispuestos a reconocer.

Las vidas sanas seguirán siendo asunto de todos, compartiremos, como hasta ahora, la responsabilidad sobre ellas. Las vidas enfermas, las vidas dolientes, frágiles y vulnerables, serán asunto de cada paciente, responsabilidad única de cada cual. No hace falta ser demasiado perspicaz para imaginar la carga impuesta sobre quienes no deseen solicitar su propia muerte, pudiendo hacerlo⁴². Son efectos inevitables de la previa atribución de la muerte como «lo suyo» de las vidas vulnerables.

VI. CONCLUSIONES

Ley Orgánica de regulación de la eutanasia puede ser entendida y enjuiciada de dos maneras:

- a) como un instrumento jurídico destinado a aumentar la libertad de los ciudadanos en la medida en que aumenta el perímetro de sus derechos, incluyendo dentro del mismo la posibilidad de ejercer la facultad de morir, recabando para ello la ayuda médica necesaria.
- b) como un acto ilegítimo de atribución de la muerte médicamente producida como «lo suyo», lo que corresponde a las vidas enfermas. Esta atribución traería su origen en la voluntad del legislador y recabaría para sí la consideración de reparto originario, ignorando la juridicidad inherente a la persona, que opera, sin embargo, como título en virtud del cual lo que se nos atribuye es la vida, no la muerte.

Desde mi punto de vista, esta última perspectiva, propia de la reflexión sobre la eutanasia desde el planteamiento del derecho como cosa justa, nos ofrece una visión más certera de lo que representa la legalización de la eutanasia, permitiéndonos concluir que la creación de este «nuevo derecho» supone:

1. Una decisión que ignora que lo que corresponde a cada uno, en virtud de la naturaleza misma, es la vida (y no la muerte) como derecho

⁴² Cfr. ALBERT, M., «Nota del editor invitado: Legalización de la Eutanasia: lo que está en juego», *Cuadernos de Bioética*, 30, 98 (2019), pp. 19-21.

- natural original y primario; una decisión que ignora, por tanto, los límites de lo que se puede decidir, y que parte del error de considerar a la persona como algo «vacío jurídicamente».
2. Por esto mismo, la conversión de la muerte en un derecho constituye un acto de desmedido dominio que no ensancha la libertad de la persona enferma y vulnerable, sino que penetra ilegítimamente en el corazón de lo que le corresponde como ser humano, sometiéndola, por otra parte, a una enorme presión social.
 3. Una decisión que implica una quiebra esencial en la igualdad entre las personas, provocando una diferencia de trato jurídico que carece de fundamento razonable y que ha de reputarse, por esto mismo, discriminatoria.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERT, M., «Derecho a morir y abuso de derecho. La inadmisibilidad del caso Gross v. Suiza. Comentario a la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de septiembre de 2014», *Medicina e Morale*, 6 (2014), pp. 1027-1045.
- ALBERT, M., «Privacidad y derecho a morir», en SANTOS ARNAIZ, J.A.; ALBERT, M. y HERMIDA DEL LLANO, C. (eds.), *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016.
- ALBERT, M., «Nota del editor invitado: Legalización de la Eutanasia: lo que está en juego», *Cuadernos de Bioética*, 30, 98 (2019), pp. 19-21.
- BALLESTEROS, J., «El derecho como no discriminación y no violencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVII (Madrid, 1974), pp. 159-165.
- BALLESTEROS, J., «Exigencias de la dignidad humana en la biojurídica», en APARISI, A. y BALLESTEROS, J. (eds.), *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Eunsa, Pamplona, 2004.
- CARPINTERO, F. et. al., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003.
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 de julio de 2019.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *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*, 30 de septiembre de 2020.
- CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS, *El CGCOM ante la aprobación del congreso de los diputados del dictamen de la comisión de justicia sobre la proposición de ley orgánica para la regulación de la eutanasia en España*, 18 de diciembre de 2020.
- FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Madrid, 1992.
- HERVADA, J., *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 3.^a ed., Eunsa, Pamplona, 2000.

- HERVADA, J., *¿Qué es el Derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico. Una introducción al Derecho*, 3.ª ed., Eunsa, Pamplona, 2011.
- HERVADA, J., *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 11.ª ed., Eunsa, Pamplona, 2011.
- HERVADA, J., *Escritos de Derecho Natural*, 3.ª ed., Eunsa, Pamplona, 2013.
- HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Paidós, Barcelona, 2012.
- MEDINA MORALES, D., «El arte del derecho. La ley como instrumento del operador jurídico», en HERMIDA, C. y SANTOS, J.A., *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015.
- OLIÈ, E. y COURTET, P. «The Controversial Issue of Euthanasia in Patients With Psychiatric Illness», *JAMA*, num. 316, 6 (2016), pp. 656-657. <https://doi:10.1001/jama.2016.9883>
- OLLERO TASSARA, A., «¿Son jurídicos los derechos humanos?», *Scio*, 4 (2009).
- RABBI-BALBI, R., «El concepto de derecho en el realismo clásico a partir de las opiniones de Michel Villey y Georges Kalinowski», *Persona y Derecho*, vol. 25 (1991).
- ROBLES, G., «El ‘derecho’ como objeto de la Justicia. Breve comentario al artículo 1 de la Quaestio 57 de la *Secunda Secundae* de la *Summa Theologiae* de Santo Tomás de Aquino: ‘Utrum ius sit obiectum iustitiae’», *Persona y Derecho*, vol. 78 (2018), 1.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.Bms., «Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo», *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, n.º 5 (1999).
- VILLEY, M., *El derecho y los derechos del hombre*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

