

# Tribuna. Anteproyecto de muerte digna: del encarnizamiento terapéutico al legislativo

El autor analiza el anteproyecto de ley de muerte digna de Andalucía desde el punto de vista jurídico para destacar las irregularidades que presenta. Advierte de los problemas que plantea el hecho de que los derechos que promulga, que pertenecen a todos por la condición de ser humano, sólo sean efectivos para los residentes en dicha autonomía.

**Federico de Montalvo. Profesor doctor de Derecho Constitucional, Universidad Pontificia Comillas (Icade) 12/09/2008**

Andalucía ha redactado un anteproyecto de ley de muerte digna cuya tramitación parlamentaria se espera que comience el próximo año. Sin perjuicio de las buenas intenciones que el ejecutivo autonómico pueda perseguir, el texto presenta algunos problemas jurídicos. En el ánimo del autor no está transmitir una visión extremadamente negativa del borrador, sino apuntar las cuestiones que, desde el análisis del Derecho Constitucional, puedan resultar problemáticas.

Merece la pena destacar la obsesión que en los últimos años tiene el legislador, tanto estatal como autonómico, por regular el proceso de morir. En una sociedad en la que poco o nada se habla sobre el proceso de morir, en la que la muerte es un verdadero tabú, el legislador ha aprobado en la última década cerca de treinta normas que abordan este problema. Podría decirse que el legislador, con el fin de evitar el encarnizamiento terapéutico, está provocando un verdadero encarnizamiento legislativo.

El anteproyecto supone un paso más en el camino iniciado, al amparo sobre todo del desarrollo autonómico de la Ley 41/2002, de creación de un cuerpo normativo diferente y contradictorio de derechos y libertades de los pacientes en cada comunidad.

Resulta significativo que el texto se inicie en su exposición de motivos con una mención limitada al derecho a la salud como instrumento que legitima a la autonomía para dictar la norma, cuando constituye un desarrollo directo del derecho a la vida e integridad física y psíquica del artículo 15 de la Constitución.

Es paradójico que una futura ley que quiere regular el final de la vida no haga referencia al derecho que protege la vida.

Así, la muerte se nos muestra como un acto o tratamiento médico más y no como un proceso biológico con una dimensión personal y social que trasciende al propio derecho a la salud.

## **Naturaleza de ley orgánica**

La omisión del artículo 15 debe responder, seguramente, al temor del proponente de que la ley se convierta, ipso facto, en inconstitucional por constituir un desarrollo directo de dicho artículo, vulnerándose el principio de competencia al exigir su naturaleza una ley orgánica, que únicamente puede ser aprobada por el Parlamento nacional y no por uno autonómico. Tal prohibición responde a una doble intención: a) exigir una mayoría reforzada para desarrollar derechos y libertades que reciben por la Constitución una mayor protección, y b) garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de tales derechos y libertades.

El silencio acerca del artículo 15 contrasta con las constantes referencias a la regulación de la eutanasia del Código Penal.

El anteproyecto se atreve a determinar cuál es el contenido del artículo 143.4 del Código Penal, cuando esta labor corresponde, normativa y constitucionalmente, al Parlamento o, en su defecto, al Tribunal Constitucional, y en modo alguno a una autonomía.

Muchos podemos estar de acuerdo con la definición del anteproyecto, pero el aparente acierto no elimina las exigencias constitucionales, dado que el concepto legal de eutanasia debe ser único en el territorio nacional, salvo que iniciemos el camino de defender distintos tipos delictivos en las comunidades autónomas.

Más allá de estos problemas, lo alarmante es que los derechos y libertades, que como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica nos pertenecen no por nuestra condición de ciudadanos, sino por la de seres humanos, queden sujetos para su reconocimiento al hecho de ser residente en una autonomía.

La situación es, a todas luces, surrealista. ¿Hay que esperar a morir en Andalucía para que ese proceso sea digno? ¿Puede ser sancionado el médico que ejerce en otra comunidad que no respeta la voluntad del ciudadano andaluz? El texto limita su ámbito de aplicación a Andalucía, lo que plantea por qué no podemos participar los ciudadanos no andaluces en su discusión parlamentaria, cuando el inicio del proceso de morir es casi siempre imprevisible y puede producirse involuntariamente en territorio andaluz.

El problema se agrava, además, por la ausencia de una norma estatal que pueda servir de marco. ¿Tiene sentido aprobar una norma con efectos sólo en una autonomía sobre un hecho tan esencialmente humano y tan poco autonómico (salvo en lo que se refiere a la liquidación del impuesto de sucesiones) como es la muerte cuando

aún no se ha iniciado ni siquiera la tramitación de una ley estatal? Evidentemente no. En definitiva, parece que volvemos, con todo el respeto, al lema de "a ver quién legisla más lejos". Lo correcto en un Estado descentralizado como el nuestro sería que por el propio Parlamento andaluz se impulsara, prioritariamente, la aprobación por el Parlamento nacional de una ley orgánica o, al menos, de una ley básica.

Por otro lado, el texto destaca el aspecto individual de la muerte, obviando toda referencia al aspecto social o comunitario. Y hasta tal punto que no se hace ni una sola mención a la posible objeción de conciencia del personal sanitario involucrado en el proceso de morir de un paciente. La muerte no sólo posee una condición individual, sino también familiar y social. El texto parece reivindicar el paradigma de la autonomía de la voluntad que responde a una visión bioética del principialismo en la que prima la autonomía frente a los demás principios de beneficencia, no maleficencia y justicia. Supone recuperar un camino que no sólo encaja mal con nuestro concepto de comunidad y Estado social, sino que está siendo ya abandonado por sus propios padres creadores que reclaman ahora la relevancia del principio de justicia. ¿Es justo que cada uno de nosotros podamos imponer plenamente nuestro propio modelo de muerte en un sistema sanitario gratuito, universal y limitado en recursos? Mucho habría que discutir al respecto.

El anteproyecto posee también deficiencias al amparo del principio de seguridad jurídica, empezando por el propio concepto de dignidad, que es muy complejo. El concepto de dignidad y el de muerte digna admiten interpretaciones absolutamente contradictorias. Así, es objeto de reivindicación tanto por quienes promueven la despenalización de la eutanasia activa directa como por quienes se oponen a ella.

El propio Fukuyama apuntó hace tiempo que es un concepto que gusta utilizar con reiteración, pero que casi nadie es capaz de definir o explicar.

¿Qué es muerte digna o dignidad en el proceso de morir? ¿Equivale a la plena autonomía? ¿Somos más dignos porque gozamos de mayor autonomía? Otros países de nuestro entorno, como Francia, no limitan el concepto a la autonomía, sino a algo más complejo como la vulnerabilidad del ser humano. Esta vulnerabilidad que impide, como ha decidido algún tribunal francés (caso lanzamiento de enanos) que nuestra autonomía sea siempre y plenamente respetada, reviste mayor significado en el ámbito de la sanidad. Los trabajos de campo sobre esta cuestión apuntan la conveniencia de recuperar el principio de confianza. El encarnizamiento informativo que ha provocado en la relación médico-paciente el paradigma de la autonomía parece que sigue teniendo eco, no en el ciudadano, pero sí en el legislador.

### **Sanciones para un ámbito complejo**

El texto contiene también una regulación de las instrucciones previas, pero no establece qué derecho se ejerce a través del documento. De su tenor podría extraerse que el derecho que se ejerce es el de autorizar o rechazar el tratamiento. Sin embargo, dicha interpretación no se corresponde con el tratamiento que la voluntad prospectiva tiene en nuestro ordenamiento. El Tribunal Constitucional ha proclamado que la voluntad prospectiva, aquella que se emite para que tenga efectos en el futuro, reviste una eficacia limitada cuando pueden derivarse daños irreversibles, ya que se desconoce la voluntad contemporánea del sujeto (principios de irreversibilidad y proporcionalidad). Esta inseguridad se torna peligrosa desde el momento en que el anteproyecto recoge un régimen sancionador especialmente riguroso para los incumplimientos de las instrucciones previas. Es paradójico que se establezca un régimen sancionador respecto de conceptos tan complejos y ambiguos como la muerte digna o los efectos de la autonomía prospectiva.

Hay que desear que los aspectos positivos que recoge la norma en relación a los cuidados paliativos no se queden en el papel y se promueva su desarrollo. Como han venido recordándonos los médicos que trabajan dicho ámbito y la propia sociedad científica, el verdadero debate es la universalización de los cuidados paliativos.

El problema no es sólo el reconocimiento formal de derechos, sino que también se faciliten los medios materiales para ejercerlos.

Sin el desarrollo de unidades hospitalarias y, sobre todo, domiciliarias de cuidados paliativos no podemos hablar de verdadera autonomía en el proceso de morir y nuestro problema no es tanto proclamar derechos como desarrollar medios paliativos, respecto de los que nuestro sistema de salud presenta un importante déficit.

Si, al menos, para este propósito sirve la futura ley, bienvenida sea, pese a sus irregularidades constitucionales y legales.

El texto se atreve a determinar el contenido del artículo 143.4 del Código Penal -que regula la eutanasia-, cuando esta labor es del Parlamento nacional o del Tribunal Constitucional

Lo correcto en un Estado descentralizado como el nuestro sería que el Parlamento andaluz impulsara la aprobación estatal de una ley orgánica o, al menos, de una ley básica

**Diario Médico**